

REVISTA

# Atualidades Jurídicas



Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil  
Ano 2012 - Janeiro, Fevereiro e Março - Número 15

## CONSELHO EDITORIAL

### **Presidente**

OPHIR CAVALCANTE JUNIOR

Pará

### **Presidente Executivo**

MARCELO HENRIQUE BRABO MAGALHÃES

Alagoas

### **Membros Efetivos**

ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO

Paraná

ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES

Distrito Federal

LUIZ ALBERTO GURJÃO SAMPAIO ROCHA

Pará

RONNIE PREUSS DUARTE

Pernambuco

TALES CASTELO BRANCO

São Paulo

### **Apoio Administrativo**

ALINE MACHADO COSTA TIMM

FERNANDA DEL BOSCO DE ARAUJO

### **Projeto Gráfico**

SUSELE BEZERRA MIRANDA

Envio de artigos, críticas ou sugestões:

[oabeditora@oab.org.br](mailto:oabeditora@oab.org.br)

[www.oab.org.br/editora](http://www.oab.org.br/editora)

ISSN 1982-890X

# EDITORIAL

Mais uma Revista Atualidades Jurídicas, de nº 15, passa estar à disposição do leitor.

Desta vez com variados e interessantes artigos sobre temas palpitantes, além de comentários e palestras, cumpre a revista prontamente o seu papel de divulgação de ideias e espaço destinado à reflexão jurídica.

Com destaque para a Lei da Ficha Limpa, cuja constitucionalidade vem de ser reconhecida em termos amplos pelo Supremo Tribunal Federal, os artigos discorrem sobre assuntos que vão desde a ampliação do prazo da suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa, passando pelos limites da publicidade na advocacia, até os sistemas de controle de constitucionalidade.

Esperamos que o leitor desfrute mais esta oportunidade de meditação.

**Arnaldo Versiani Leite Soares**

Membro do Conselho Editorial

## PALAVRA DO PRESIDENTE

Advogadas e Advogados,

A Revista Atualidades Jurídicas de nº 15 dá continuidade ao árduo e altaneiro trabalho desenvolvido pelo Conselho da OAB Editora em conjunto com a ENA – Escola Nacional da Advocacia.

Trata-se a mesma de um instrumento de consulta obrigatória, de natureza plural, direcionado aos mais diversos ramos do direito, com artigos assaz interessantes, os quais tratam, em sua maioria, de temas polêmicos e novos.

Destacamos, na mesma, algumas discussões por demais interessantes, como palpitantes notícias que são relevantes para a advocacia e para a sociedade como um todo.

Sem dúvida, a finalidade almejada por todos nós está sendo atingida, propiciando que o advogado tenha, cada dia mais, um instrumento de informação e formação, que o auxilie no dia a dia e nos temas mais tormentosos que lhe forem confiados.

Esperamos, cada vez mais, contar com a colaboração de todos, que podem participar deste projeto, que não é apenas da OAB Editora e da ENA, mas de toda a advocacia, enviando-nos, para tanto, artigos, palestras, comentários, sugestões, entre outros, de forma a podermos fazer uma revista cada dia mais completa, atual e de grande importância para o desempenho da nossa profissão e para o direito, sem descuidar da causa cidadã a todos nós confiada.

Saudações Oabeanas!

**Marcelo Henrique Brabo Magalhães**  
Presidente Executivo

**Destaques**

**6**

**8**

**9**

**Comentários e Palestras**

**125**

**129**

**Lançamentos editoriais**

**131**

**131**

**132**

**132**

**Artigos Científicos**

**10**

**13**

**22**

**51**

**63**

**87**

**114**



# Ficha Limpa é vitória da Ética e Democracia

“É uma vitória da cidadania, da ética e do povo brasileiro, que foi às ruas e disse para todo o Brasil que quer mudança na política”. A afirmação foi feita pelo presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante, ao enaltecer a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de acolher a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 30, ajuizada pela OAB, para declarar, por maioria de votos, a constitucionalidade da Lei Complementar 135/10 - a Lei da Ficha Limpa, em 16 de fevereiro de 2012.

Ao comentar a decisão, Ophir ressaltou que a lei vale para as próximas eleições municipais, conferindo mais segurança para o eleitor, aos candidatos e principalmente para o processo democrático. No entendimento do presidente da OAB, a declaração de constitucionalidade da Lei Ficha Limpa vai além, tornando-se, na prática, o início do processo de reforma política no país. “O próximo passo agora será o Supremo Tribunal Federal acabar com o financiamento privado das campanhas eleitorais”.

A Lei Ficha Limpa não será capaz, no entanto, segundo resalta Ophir Cavalcante, de acabar com todos os males da política brasileira, mas será um passo importante para evitar que “carreiristas” ingressem na política com a intenção de fazer do mandato uma extensão de interesses privados. “Esses vão pensar duas vezes porque a punição moral e política será grande”, afirmou. “A lei é um importante passo para a limpeza ética na política brasileira e o STF, ao declará-la constitucional, o fez em prestígio aos princípios da probidade administrativa e da moralidade pública”. Ophir espera, ainda, que a nova lei propicie eleições mais transparentes e com maior credibilidade. “Essa decisão fortalece a classe política e confere aos partidos políticos uma responsabilidade muito maior, ou seja, a de selecionar quadros de qualidade para representar o povo brasileiro, sob pena de terem as candidaturas indeferidas”, afirmou. Ainda quanto à maior responsabilidade que recai aos partidos, Ophir Cavalcante entende que a Lei da

Ficha Limpa veio para mudar os costumes políticos e propiciar que os partidos escolham seus candidatos não mais com base em sua capacidade econômica e com foco no aspecto meramente político. “Agora os partidos terão de avaliar se o candidato tem o passado limpo. Isso é muito importante para mudarmos o caminho da política atual no sentido da ética e da moralidade”. O presidente nacional da OAB acompanhou pessoalmente a votação do plenário do STF, em Brasília.

O placar final do julgamento foi de sete votos a favor do artigo da lei que prevê a inelegibilidade de políticos condenados em órgão colegiado, quatro que consideraram que ninguém pode sofrer restrições até que haja uma sentença transitada em julgado (sem possibilidade de recursos). Os sete ministros a favor foram: Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Carmen Lucia, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, e Marco Aurélio. Ficaram contra: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. Dentre os principais pontos da Lei da Ficha Limpa sobre os quais o STF se manifestou, destacam-se: A presunção de inocência - O principal questionamento sobre a ficha limpa era o de que a lei seria inconstitucional ao tornar inelegíveis políticos condenados que ainda poderiam recorrer da decisão. O STF decidiu que a lei não viola o princípio que considera qualquer pessoa inocente até que ela seja condenada de forma definitiva. Essa decisão permite a aplicação da lei a pessoas condenadas por órgão colegiado, mas que ainda podem recorrer da condenação.

Fatos passados - A ficha limpa também foi contestada por atingir fatos que ocorreram antes da sua vigência, inclusive ao determinar o aumento de três para oito anos do prazo que o político condenado ficará inelegível. A maioria do STF decidiu que a lei se aplica a renúncias, condenações e outros fatos que aconteceram antes de a ficha limpa entrar em vigor, em junho de 2010.

Renúncia - A proibição da candidatura nos casos de renúncia de cargo eletivo para escapar de cassação foi mantida pelos ministros do STF.

A maioria do tribunal defendeu que a renúncia é um ato para “fugir” do julgamento e que deve ser punido com a perda do direito de se eleger.

**Prazo de inelegibilidade** - A Lei da Ficha Limpa determina que os políticos condenados por órgão colegiado fiquem inelegíveis por oito anos. Esse período é contado após o cumprimento da pena imposta pela Justiça. Por exemplo, se um político é condenado a 10 anos de prisão, ficará inelegível por 8 anos a contar do fim do cumprimento da pena. Na prática, ele não poderia se candidatar por 18 anos.

**Rejeição de contas** - A lei torna inelegíveis políticos que tiveram contas relativas a cargos

públicos rejeitadas. Por exemplo, um prefeito que tenha tido as contas do mandato reprovadas por um tribunal de contas.

**Órgãos profissionais** - O Supremo manteve o dispositivo da Lei da Ficha Limpa que torna inelegíveis pessoas condenados por órgãos profissionais, devido a infrações éticas, como nos casos de médicos e advogados que eventualmente forem proibidos de exercer a profissão pelos Conselhos da classe.

*Com informações do Portal G1*



*Legenda da foto: Exerrore eos quo quat perchil moluptatene con cus alique re videm volupta core, asimus magnisquide reped ut entiae apis magnat.*

# OAB quer acabar com autorização de Assembleia para processar governador

O Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil decidiu em sua sessão plenária de 06 de março, por unanimidade, ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade (Adins) contra dispositivo das constituições dos 26 Estados que determina a prévia autorização da respectiva Assembleia Legislativa, como requisito para que o governador seja processado e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos crimes comuns e de responsabilidade. No caso do Distrito Federal, cuja Constituição também contém esse dispositivo, a OAB Nacional já ingressou como “amicus curiae” em Adin de autoria da Procuradoria Geral da República que aguarda julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF).

O voto propondo o ajuizamento das ações no Supremo é de autoria do secretário-geral do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, e a sessão que o aprovou foi conduzida pelo presidente nacional da entidade, Ophir Cavalcante. Conforme Marcus Vinicius, o Conselho Federal da OAB decidiu nesse caso propor Adin contra cada Estado da Federação por entender que não pode uma ação contra governador, por crime comum ou de responsabilidade, ficar dependendo do humor ou da conveniência das Assembleias Legislativas. Além disso, tal regra afronta vários princípios da Carta Magna. “A Constituição Federal diz que compete ao STJ processar e julgar o governador; ora, se compete ao STJ processar e julgar o governador isso significa que a ele compete também decidir se recebe ou não a denúncia, e não ficar na dependência da autorização e da conveniência política das Assembleias”, afirmou o autor do voto.

Um segundo argumento sustentado por Marcus Vinicius, conselheiro federal da OAB pelo Piauí, é de que o recebimento de denúncia é matéria processual penal. “E a Constituição Federal reza em seu artigo 22 que compete exclusivamente à União legislar sobre matéria processual penal”, lembra ele, para destacar que as Assembleias Legislativas estão assim invadindo competência



*Edifício-sede do Conselho Federal da OAB*

da União. Em terceiro lugar, ressaltou ele, a regra das constituições estaduais que exige prévia admissibilidade das Assembleias para processar e julgar governadores “fere o princípio republicano, o princípio da separação dos poderes e o princípio da inafastabilidade da jurisdição”. Portanto, observou, são três os princípios da Constituição Federal feridos pelas constituições estaduais, razões mais que suficientes para que tal dispositivo seja declarado inconstitucional pelo STF. “Por esses motivos, o Conselho Federal determinou o ajuizamento das Adins contra a Constituição de cada Estado. Até porque o Conselho já havia ingressado como “amicus curiae” em uma Adin que discute a Lei Orgânica do Distrito Federal, proposta pela Procuradoria Geral da República”, explicou Marcus Vinicius. “Agora, o que foi feito em relação ao DF será feito em todo o País; de modo que se o STF declarar inconstitucional a lei do Distrito Federal, como esperamos, nós já teremos as ações propostas para se fazer o mesmo em relação às constituições de todos os Estados, pois essa matéria está nas constituições das 27 unidades da Federação”.



# Para Ophir, sem Lei Maria da Penha haveria guerra civil nos lares do País



*Presidente Ophir perante o Supremo Tribunal Federal*

Em sustentação oral perante o Supremo Tribunal Federal em defesa da constitucionalidade da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Ophir Cavalcante, defendeu em 09 de fevereiro a necessidade da proteção do Estado à mulher como parte biológica e socialmente mais frágil dentro do lar e da sociedade. “Homens e mulheres são iguais, mas a grande realidade hoje é a que biologicamente e socialmente a mulher ainda é inferior e, em consequência, vítima de agressões, necessitando a proteção do Estado”, afirmou Ophir da Tribuna do STF e durante entrevista sobre a questão. Ophir Cavalcante citou dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, observando que “a continuar esse tipo de violência doméstica familiar contra a mulher que eles expressam, poderemos chegar a uma verdadeira guerra civil dentro do lar; é necessário que a lei liberte, a lei vem para libertar a mulher dessa situação”. Conforme os dados do CNJ apresentados por Ophir, desde a sanção da Lei Maria da Penha, até março do ano passado, foram distribuídos 331.796 processos por agressões a mulheres em todo o Brasil. Destes, foram sentenciados 110.998 processos; e designadas 20.999 audiências. O CNJ registrou um total de 9.715 prisões em flagrante decretadas e 1.577 prisões preventivas, dentro da referida legislação.

“Por isso, é necessário que haja a Lei Maria da Penha para libertar a mulher dessa condição”, sustentou o presidente nacional da OAB. “E essa lei, ao ter reafirmada sua constitucionalidade pelo STF, virá ao encontro daquilo que a sociedade quer para que haja uma democracia plena neste País, onde as pessoas tenham igualdade de oportunidades, igualdade de tratamento, sem discriminação de sexo e gênero”. Sob a relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, o STF julga, em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) 4424 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19, ambas envolvendo discussão de pontos da Lei Maria da Penha. De autoria da Procuradoria Geral da República, a Adin procura afastar a aplicabilidade da Lei 9099/95 dos juizados especiais aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha e determinar que o crime de lesão corporal de natureza “leve” cometido contra a mulher passe a ser processado mediante ação penal pública incondicionada, o que significa que não dependerá da representação da vítima contra o agressor para se abrir o processo (a PGR estima que 90% dos casos de agressão sofrida pela mulher no ambiente doméstico não são denunciados). Já a ADC 19, de autoria da Presidência da República, por meio da Advocacia Geral da União - e que ingressou no Supremo quando o advogado-geral da União era o atual ministro Dias Toffoli -, tenta acabar com distorções existentes dentro do próprio Judiciário, onde subsiste a interpretação de que a Lei Maria da Penha fere o princípio da igualdade previsto na Constituição. A base do argumento dessa ação, sustentado também pelo presidente nacional da OAB, Ophir Cavalcante, da tribuna do STF - é que ao Estado compete dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. “Homens e mulheres são iguais perante a lei; mas o homem é mais igual que a mulher na parte biológica e em aspectos sociais e, daí, a necessidade da proteção do Estado à parte mais frágil, menos igual, que é a mulher, buscando um equilíbrio nessas relações domésticas”.

## DESVIO DE FINALIDADE DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS: APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Não obstante a Advocacia Pública seja tratada na disciplina constitucional como Função Essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia *stricto sensu*, o desígnio de tratamento isonômico entre essas carreiras está longe de ser implementado.

Os Advogados Públicos possuem entre suas funções a defesa do Regime Democrático, a viabilização das políticas públicas, o controle de legalidade e Constitucionalidade dos atos administrativos, entre outras atribuições indispensáveis para toda a sociedade, todavia, fato é que o Governo Federal e outros Entes Federados estão descumprindo com o que determina a Constituição e as leis.

A titularidade dos honorários advocatícios de sucumbência, aqueles fixados pelo juízo no processo contencioso em que a Fazenda Pública seja vencedora, aos Advogados Públicos é um dos vilipêndios à legalidade.

Alguns Governos declaram, unilateralmente, ao alvedrio da lei, que enxergam os honorários advocatícios como “*receita pública*”. Embora o façam sem qualquer respaldo legal, face o que determina a Lei n.º 8906/94, assim tem ocorrido diante da inércia que dificulta a mudança de certos paradigmas, ainda que bastante frágeis em suas bases.

A Lei n.º 8.906/94, também conhecida como o Estatuto dos Advogados ou da Ordem dos Advogados do Brasil, deixa claro que os honorários pertencem ao Advogado, sem fazer qualquer ressalva, seja ele público ou privado, assim dispondo:

**Art. 3º** [...]

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

**Art. 22.** A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. [...]

**Art. 23.** Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

**Art. 24 [...]**

§ 3º É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.

Uma interpretação literal, sistemática e teleológica dos dispositivos transcritos afasta qualquer celeuma interpretativa, ficando evidente que o legislador fixou, de forma intencional, específica e redundante, a titularidade dos honorários ao Advogado. Não obstante tal entendimento, fato é que algumas questões merecem um olhar mais detido.

Primeiramente, registre-se que esses honorários, os sucumbenciais, não integram a remuneração do Advogado Público, ou seja, não integram a remuneração paga pela Fazenda Pública ao seu “servidor”. Isso porque os honorários sucumbenciais não são pagos pelos cofres públicos, e sim pela parte contrária, vencida na demanda.

Segundo, enquanto a remuneração dos Advogados Públicos tem caráter administrativo, os valores recebidos como honorários sucumbenciais tem características civis. Tratando-se de elemento do custo do processo<sup>1</sup>, ao lado das demais despesas processuais com que a parte deve arcar.

Acrescente-se que é a natureza do representante judicial (o fato de ser Advogado) e não a natureza da parte (ser entidade pública ou privada) que importa para aferição do direito aos honorários. Assim, os Advogados Públicos, como são Advogados, regularmente inscritos na OAB, submetidos ao Estatuto, tem a titularidade dos honorários.

De outro giro, as diretrizes do CPC dão relevo ao aspecto da prestação do serviço. É nesse contexto de valoração do “zelo profissional”, do “trabalho realizado pelo advogado” e, mormente, diante da absoluta falta de lei autorizadora, que causa estranheza a apropriação desses honorários sucumbenciais como “receita pública”.

A tentativa de subordinar a sua percepção, pelos Advogados Públicos, às normas orçamentárias estatais e às exigências relativas à fixação de vantagens remuneratórias para os servidores públicos configura-se como evidente apropriação indébita. Reforça-se que os honorários sucumbenciais não decorrem do regime de contratação ou da política de remuneração estatal, tratando-se de retribuição profissional específica dos Advogados, de caráter civil, fixada caso a caso pelo Poder Judiciário e devida pela parte vencida.

Se o fundamento dos honorários sucumbenciais é a Lei Civil, e não lei de caráter administrativo, e sendo os Advogados Públicos, identicamente Advogados, submetidos à mesma “Lei Civil” que os Advogados “privados” nesse e em outros pontos, devem receber os honorários.

Com base nessas premissas constata-se que o não recebimento fere o direito à propriedade, uma vez que o Estatuto prevê que os honorários pertencem ao Advogado, como

---

<sup>1</sup> LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Honorários Advocatícios no Direito Processual Civil Brasileiro. 2006. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.10.

direito autônomo. E nesse ponto repise-se: sendo a Fazenda Pública vencedora da lide, a verba sucumbencial é solvida pelo perdedor da lide, o que fulmina a argumentação de que esse valor seria integrado aos cofres públicos, uma vez que não advêm de qualquer ato praticado pela Administração.

Como se observa, os Honorários são direito autônomo dos Advogados Públicos e a transformação deles em verba pública configura verdadeira expropriação de recursos cuja titularidade é do Advogado. Assim não fosse, não deveria a parte perdedora da lide sequer pagar os honorários, eis que não há previsão legal de pagamento de honorários para outra pessoa ou entidade que não o profissional Advogado.

Soma-se a isso o fato de que o pagamento dos honorários aos Advogados Públicos pode funcionar como mais um estímulo ao melhor desempenho possível, uma vez que somente serão pagos nas ações em que a Fazenda pública sair vitoriosa. Nesse sentido, no contexto de uma administração gerencial voltada a resultados, nunca se poderia entender o pagamento dos honorários aos Advogados Públicos como hipótese de se estar abrindo mão de recursos públicos (em verdade os recursos são dos Advogados, como já constatado), mas sim deveria ser visto como um investimento em melhores resultados.

A identificação de que devem ser Advogados esses profissionais que atuam na defesa jurídica do Estado não deve servir apenas para a existência de pré-requisito específico nos concursos públicos, mas também para lhes garantir os direitos que exsurgem dessa mesma condição. Os honorários advocatícios são o fruto do trabalho de um profissional e sendo fruto de um trabalho profissional devem ser pagos ao próprio profissional.

Uma Advocacia Pública forte significa que a sociedade terá uma melhor defesa do seu patrimônio. Portanto, investir nos Advogados Públicos é investir no interesse público, no melhor controle da legalidade e Constitucionalidades dos atos administrativos, na melhor solução dos litígios, na defesa dos valores republicanos e do regime democrático.

Inclusive, a continuar essa lógica, as partes vencidas que litigam contra a Fazenda Pública, a qual não destina esses valores aos seus Advogados Públicos, também estariam sendo lesadas, uma vez que não justifica o pagamento de honorários ao respectivo Ente Federado, mas sim ao Advogado Público.

**Allan Titonelli Nunes**

Procurador da Fazenda Nacional. Presidente do Forvm Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz

# A AMPLIAÇÃO DO PRAZO DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI DA FICHA LIMPA

André Luís da Silva Gomes<sup>1</sup>

**SUMARIO:** Introdução. Breves notas sobre a lei da improbidade administrativa e a suspensão dos direitos políticos. A lei da ficha limpa e o tratamento da inelegibilidade. A suspensão de direitos políticos dentro da lei da ficha limpa. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O advento da Lei da Ficha Limpa trouxe muito regozijo entre os brasileiros, tendo em vista a possibilidade de dificultar o acesso e a permanência a cargos eletivos por cidadãos, políticos e servidores públicos, incompatíveis com a grandeza da missão. Maior satisfação e espírito social a lei ganhou por ter sido aviada pela própria sociedade e não como iniciativa de algum político. Tal condição conferiu ainda maior legitimidade à lei.

Mas não foi apenas esperança social que lei trouxe, mas também muita insegurança jurídica e dúvidas, tanto que especialistas já previam vida curta para o diploma legal em alguns de seus aspectos. Tanto que sua aplicação às eleições de 2010 já foi derrubada pelo Supremo Tribunal Federal. Outros aspectos, como a ofensa à coisa julgada ainda estão sendo debatidos na Justiça.

Outra dúvida que este trabalho pretende investigar, é se a Lei da Ficha Limpa, que penaliza o agente condenado por improbidade administrativa, aumentou o prazo da condenação à suspensão dos direitos políticos previsto na Lei n. 8.429/92, afinal, a inelegibilidade prevista na Lei da Ficha Limpa foi invariavelmente aumentada para oito anos em todas as hipóteses.

Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, este trabalho se presta a verificar se realmente foi ampliado pela Lei da Ficha Limpa o tempo de privação dos direitos políticos a que está sujeito o condenado por improbidade administrativa.

---

<sup>1</sup> Advogado inscrito na OABMG. Bacharel em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Servidor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais – Campus Rio Pomba. Professor de Direitos da Criança e do Adolescente, Direitos do Idoso e Direitos da Mulher na EVATA – Educação Avançada, Ubá-MG. Conselheiro Tutelar por dois mandatos.

## **Breves notas sobre a lei da improbidade administrativa e a suspensão dos direitos políticos**

Devido às insistentes notícias de corrupção na política e no serviço público, foi criada a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, consagrada pelo título de Lei da Improbidade Administrativa. Esta lei nascia como uma esperança de dar um golpe nos agentes ímprobos. A idéia principal era a defesa da moralidade administrativa, coibindo atos causadores de prejuízos aos cofres públicos e ensejadores de enriquecimento ilícito de agentes públicos.

A Lei da Improbidade Administrativa inaugurou um novo panorama na luta contra a corrupção, pois doravante tornou-se possível a punição também na área cível, sem prejuízo das sanções criminal e administrativa, sem se cogitar em *bis in idem*, já que se tratam de sanções de natureza distinta.

A Constituição Federal de 1988, instaurando uma nova ordem jurídica, procurou (e procura) difundir o respeito pelo patrimônio público e a honestidade na condução dos negócios públicos, tanto que dispõe no art. 37, §4º que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” Observe-se, apenas, que a Carta Magna não disse quais são esses atos de improbidade.

Lei n. 8.429/92 afirma que atos de improbidade administrativa são os que importam em enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

As penas previstas para os agentes ímprobos são, no caso de enriquecimento ilícito, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; no caso de prejuízo ao erário, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; e no caso de atentado contra os princípios da Administração Pública, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos

fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Em linhas gerais, é o que propõe a Lei de Improbidade administrativa.

### **A lei da ficha limpa e o tratamento da inelegibilidade**

A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, batizada pela sociedade de “Lei da Ficha Limpa”, altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

A lei da Ficha Limpa nasceu de uma iniciativa popular. O apelo midiático foi grande, sendo considerada o grande avanço político dos últimos anos da democracia brasileira.

Num País que convive com altos índices de criminalidade e corrupção, e ainda convive com a sensação de que nada acontece com quem empreende tais condutas, esta Lei apresenta-se mesmo como uma figura messiânica.

O §9º do art. 14 da Constituição Federal de 1988, dispõe que “**Lei complementar** estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” Esperava-se que o Congresso Nacional realizasse a preconizada regulamentação, o que não foi feito, até porque deveriam exigir o que faltaria a uma parcela dos mandatários, vida pregressa digna do cargo. Ante a omissão do Estado, a sociedade civil organizada apresentou o projeto de lei de iniciativa popular, buscando efetivar a norma constitucional e moralizar a política no Brasil.

As mudanças introduzidas, todas na Lei Complementar nº 64/1990, pela Lei da Ficha Limpa foram:

- 1) Alteração redacional do art. 1º, inciso I, alíneas *c, d, e, f, g e h*, art. 15 e art. 22, inciso XIV;
- 2) Criação de novas hipóteses de inelegibilidade ao acrescentar as alíneas *j, k, l, m, n, o, p e q*, ao inciso I do art. 1º, bem como através dos parágrafos 4º e 5º, acrescidos ao art. 1º, parágrafo único acrescido ao art. 15, e com a criação dos arts. 26-A, 26-B e 26-C;
- 3) Possibilidade de haver suspensão da inelegibilidade pelo órgão do Tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l e n* do inciso I do art. 1º, em caráter cautelar,

suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso, conforme art. 26-C.

A Lei da Ficha Limpa, baseada na insatisfação da sociedade, tendo por objetivo social punir e afastar os maus políticos da política, tornou mais rigorosa a sanção por condutas incompatíveis com a governança. Em breves linhas, têm-se as seguintes mudanças:

– **Aumentou de três para oito anos o prazo de inelegibilidade:**

- a. do Governador, Vice-Governador de Estado, Governador e Vice e do Distrito Federal, Prefeito e do Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município (art. 1º);
- b. dos que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, a começar pela eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados (art. 1º);
- c. dos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a data da condenação. Cabe ainda observar que mais figuras criminosas passaram a ensejar a inelegibilidade. Não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada. Por outro lado, somente se aplicará os crimes eleitorais cuja pena cominada seja reclusão ou detenção (art. 1º);
- d. dos detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado (art. 1º);
- e. daquele que tiver julgada contra si representação aviada por qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral junto à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político (art. 22);

– **Aumentou de quatro para oito anos o prazo de inelegibilidade (art. 1º)** dos que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis;

– **Aumentou de cinco para oito anos o prazo de inelegibilidade (art. 1º)** dos que



tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por *irregularidade insanável* que configure ato *doloso* de improbidade administrativa, e por decisão irreversível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, contados a partir da data da decisão;

- **Hipóteses novas de inelegibilidade, para a qual prevê prazo de oito anos (art. 1º):**
1. dos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma;
  2. do Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município;
  3. dos que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado;
  4. dos que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;
  5. dos que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, a partir da decisão que reconhecer a fraude;
  6. dos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;
  7. da pessoa física e dos dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, a partir da decisão;
  8. os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na

pendência de processo administrativo disciplinar.

- **Não exige trânsito em julgado da decisão proferida por órgão colegiado** que declarar a inelegibilidade do candidato. Esta decisão terá força para ser-lhe negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido (art. 15)
- **Para a configuração do ato abusivo** do poder econômico ou do poder de autoridade previsto no art. 22, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam, afastando o entendimento jurisprudencial dominante que exigia a primeira consequência como determinante;
- **Prioridade** sob quaisquer outros, para os processos de desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade até que sejam julgados, ressalvados os de habeas corpus e mandado de segurança. Órgãos de controle como o Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e as Corregedorias Eleitorais manterão acompanhamento dos relatórios mensais de atividades fornecidos pelas unidades da Justiça Eleitoral a fim de verificar eventuais descumprimentos injustificados de prazos, promovendo, quando for o caso, a devida responsabilização (art. 26-B);
- **Possibilidade de suspensão da inelegibilidade**, pelo órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recursos contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l* e *n* do inciso I do art. 1º, sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido requerida expressamente, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso (art. 26-C);
- Importante destacar que a Lei da Ficha Limpa permitiu, no seu art. 3º, que os recursos interpostos antes de sua vigência poderiam ser **aditados** para pleitearem o referido efeito suspensivo (um lampejo de bondade).

### **A suspensão de direitos políticos dentro da lei da ficha limpa**

A partir dos conhecimentos acima descritos, observa-se que a Lei da Ficha Limpa preocupa-se em melhor atender a previsão constitucional do §9º do art. 14, segundo a qual Lei Complementar deve estabelecer casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, considerando a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições. Lei esta que existe sob o número 64, de 1990. Portanto, a Lei da Ficha Limpa preocupa-se com a **inelegibilidade**, a qual por sua vez:

... revela impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Obsta, pois, à elegibilidade. Não se confunde com a inalistabilidade, que é impedimento à capacidade eleitoral ativa (direito de ser eleitor), nem com a incompatibilidade, impedimento ao exercício do mandato depois

de eleito.<sup>2</sup>

... importa no impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva do cidadão, que consiste na restrição de ser votado, nas hipóteses previstas na LC nº 64/90 e na Constituição Federal, não atingindo, portanto, os demais direitos políticos, como, por exemplo, votar e participar de partidos políticos. A inelegibilidade pode ser absoluta, proibindo a candidatura às eleições em geral, ou relativa, impossibilitando a postulação a determinado mandato eletivo.<sup>3</sup>

Por outro lado tem-se que

Direitos políticos ou direitos de cidadania é o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão, que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo.

Estar no gozo dos direitos políticos significa, pois, estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos ou a nomeações para certos cargos públicos não eletivos, participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular e propor ação popular.

Quem não está no gozo dos direitos políticos não poderá filiar-se a partido político e nem investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo.<sup>4</sup>

Os direitos políticos só podem ser suspensos (privação temporária) por três motivos, quais sejam, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos e improbidade administrativa. As causas de inelegibilidade são diversas, conforme se pôde observar de alguns casos acima referidos.

O art. 14, §3º da Constituição Federal de 1988 dispõe que o *pleno exercício dos direitos políticos é condição de elegibilidade*. Os direitos políticos habilitam o cidadão à várias manifestações de democracia, incluindo a candidatura a cargo eletivo. A suspensão dos direitos políticos, matéria da Lei de Improbidade Administrativa, implica a inelegibilidade, matéria da Lei da Ficha Limpa, mas a recíproca não é verdadeira.

---

2 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed., Malheiros, São Paulo, 2005, p. 388

3 Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)> Acesso em 2 jun 2011.

4 Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)> Acesso em 2 jun 2011.

## CONCLUSÃO

A Lei da Ficha Limpa aumentou simplesmente prazos e criou novas figuras de inelegibilidade. A única menção a direitos políticos feita pela Lei da Ficha Limpa é a inclusão da alínea “I”, ao inciso I do art. 1º da LC n. 64/1990, nos termos já discorridos retro.

Deve-se ter atenção na interpretação do dispositivo, pois, a lei determina que o agente condenado por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, ficará inelegível por 8 (oito) anos. Em momento algum a lei determina a privação dos demais direitos políticos pelo mesmo período. A privação temporária dos direitos políticos variará conforme a Lei que a comina, como é o caso a Lei n. 8.429/92

Essa disposição, assim como outras da Lei da Ficha Limpa, suscita debates quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, pois a condenação à pena de suspensão dos direitos políticos fixada em menor ou maior patamar previsto, terão o mesmo tratamento, qual seja, a inelegibilidade por oito anos.

Por hora, deve ficar claro que, cumprido o período de suspensão dos direitos políticos pela improbidade administrativa, haverá de permanecer, tão somente, o restante da pena de inelegibilidade (até completar oito anos).

Portanto, as duas normas convivem harmoniosamente no sistema normativo brasileiro.

## **REFERÊNCIAS:**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 14ª ed, Rideel, São Paulo, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed, Malheiros, São Paulo, 2005.

# OS LIMITES DA PUBLICIDADE NA ADVOCACIA

Roberto Serra da Silva Maia<sup>1</sup>

## 1. Considerações iniciais

O serviço profissional do advogado é um bem de consumo e, para ser consumido, há de ser divulgado. Todavia, a advocacia não é uma atividade mercantil<sup>2</sup>, e sua divulgação, por consequência, não deve possuir nenhum traço mercantilista.

O desconhecimento ou a não leitura do Estatuto da Ordem e dos Advogados do Brasil e do Código de Ética e Disciplina da OAB dá aos leigos, ou a muitos advogados, a ideia (equivocada) de que a mercantilização da profissão é a saída para o êxito profissional, fazendo com que se lancem as mais variadas estratégias de *marketing*.

Diante disso, a temática da publicidade na advocacia é das mais pertinentes na ética do advogado, pelo que merece algumas reflexões prévias.

A primeira delas diz respeito à propriedade terminológica: o significado próprio dos vocábulos “publicidade” e “propaganda”.

Etimologicamente, o termo “propaganda” vem do latim *propagare* [reproduzir por meio de mergulhia], que deriva de *pangere* [plantar, enterrar]. Pode ser definida como todo o esforço de comunicação que, de alguma forma, tenha a intenção de tornar públicas as vantagens de um produto ou serviço, intentando facilitar a decisão do público-alvo e assim induzi-lo à aquisição daquele elemento anunciado.

A “publicidade”, por sua vez, vem do latim *publicus* [público, qualidade do que é público]. Consiste na divulgação de informações a respeito de pessoas, ideias, serviços ou produtos para o público, através de mensagens publicitárias, por meio da mídia, com o fim de influenciar o público.

Um julgado do Tribunal de Ética e Disciplina de São Paulo desfaz a confusão terminológica, ao estabelecer a diferença de significado dos termos:

“...A propaganda está mais vinculada à ideia de comércio ou mercantilização de produtos, e visa alcançar público maior, incentivando a demanda para maior lucro do empresário ou comerciante. A publicidade é a informação mais discreta, sem alardes, para público menor e direito, pressupondo a existência de interesse anterior, por menor que seja...”<sup>3</sup>.

---

1 Advogado. Professor do curso de Direito e da Pós-Graduação da PUC-GO. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Juiz do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-GO.

2 Art. 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB: “O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”.

3 TED-SP, Proc. 1.684/98, Rel. João Teixeira Grande, Rev. Clodoaldo Ribeiro Machado, julgado em 21.5.1998.

Portanto, “propaganda” e “publicidade” têm uma certa sinonímia enquanto termos usados despreocupadamente no domínio popular, mas se observados com mais atenção revelam conceituação própria, sem ambiguidade.

O Código de Ética e Disciplina da OAB - CED, não adota o vocábulo “propaganda”, que traz em si forte conotação mercantilista. Em consonância com o seu Capítulo V, composto pelos arts. 28-34, sob título “Da Publicidade”, é o teor do Provimento nº 94/2000, do Conselho Federal da OAB, que o regulamenta.

Segundo estudo realizado pelo jurista Flávio Olímpio de Azevedo<sup>4</sup>, há uma tendência mundial de liberação da “publicidade” da atividade advocatícia. O autor noticia que nos Estados Unidos, desde 1977, tal “publicidade” é liberada de forma irrestrita, havendo até mesmo anúncio televisionado. Destaca-se, ainda, que na Europa há uma tendência [liberal] a favor da permissão da “publicidade” do Advogado.

Entretanto, em nosso país, o jurisconsulto Paulo Lôbo pondera que a “publicidade”:  
“não pode adotar a ética empresarial, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos. No Brasil, assume contornos próprios mais adequados a uma profissão que deseja preservar-se em dignidade e respeito popular. O serviço profissional não é uma mercadoria que se ofereça à aquisição dos consumidores. É vedado ao advogado utilizar-se dos meios comuns de publicidade mercantil”<sup>5</sup>.

Na advocacia brasileira, a “veiculação de publicidade enseja uma série de cuidados que devem necessariamente ser observados, sob pena de banalização e desprestígio do exercício profissional”<sup>6</sup>.

O Código de Ética e Disciplina da OAB, por sua vez, conforme salientado alhures, estabelece os regramentos alusivos à “publicidade” [discreta e moderada<sup>7</sup>] da atividade advocatícia, com a finalidade de ordenar a prática do mercantilismo e a vulgarização da advocacia<sup>8</sup>.

O Estatuto da Advocacia e da OAB [Lei nº 8.906/94] pune, com sanção de censura, a “publicidade” imoderada<sup>9</sup>. E o Provimento nº 94/2000, do Conselho Federal da OAB, referido acima, regula esse dispositivo, especificando as limitações da norma e ordenando a matéria de forma sistemática.

Segundo aludido Provimento, admite-se “publicidade informativa do advogado

---

4 AZEVEDO, Flávio Olímpio de. *Comentários ao estatuto da advocacia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 10-11.

5 LÔBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193.

6 TED-PR, Processo 4764/2007, Acórdão 10001, Rel. Ítalo Tanaka Júnior, julgado em 12.11. 2007.

7 Para Marcus Cláudio Acquaviva, a “publicidade discreta é a que se apresenta de forma recatada, decente, sem espalhafato visual ou auditivo”; enquanto a “publicidade moderada é aquela cujo conteúdo é verdadeiro, não abusivo ou mendaz” [*O advogado perfeito: atualização profissional e aperfeiçoamento moral do advogado*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2002, p. 100-101].

8 Cf. arts. 28 a 34, todos do Código de Ética e Disciplina da OAB.

9 Cf. art. 34, IV, c/c art. 36, I e II, ambos da Lei nº 8.906/94.

e da sociedade de advogados, contanto que se limite a levar ao conhecimento do público em geral, ou da clientela, em particular, dados objetivos e verdadeiros a respeito dos serviços de advocacia que se propõe a prestar” [art. 1º].

Por “publicidade informativa”, entende-se:

“**a)** a identificação pessoal e curricular do advogado ou da sociedade de advogados; **b)** o número da inscrição do advogado ou do registro da sociedade; **c)** o endereço do escritório principal e das filiais, telefones, fax e endereços eletrônicos; **d)** as áreas ou matérias jurídicas de exercício preferencial; **e)** o diploma de bacharel em direito, títulos acadêmicos e qualificações profissionais obtidos em estabelecimentos reconhecidos, relativos à profissão de advogado (art. 29, §§ 1º e 2º, do Código de Ética e Disciplina); **f)** a indicação das associações culturais e científicas de que faça parte o advogado ou a sociedade de advogados; **g)** os nomes dos advogados integrados ao escritório; **h)** o horário de atendimento ao público; **i)** os idiomas falados ou escritos”<sup>10</sup>.

O Provimento também regula os meios e veículos lícitos e ilícitos de “publicidade” da advocacia [cf. arts. 3º, 4º, 5º e 6º].

Por fim, não se pode olvidar que a “publicidade” deve referir-se aos serviços advocatícios plenos, que abrangem atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, privativas de advogados [art. 1º, Lei 8.906/94]. Logo, de acordo com o precedente jurisprudencial adiante colacionado, ressalvada a hipótese de utilização de “cartão de visita”<sup>11</sup>, a “publicidade” do estagiário de Direito é vedada, eis que o mesmo exerce atividades limitadas a serviços forenses e preparação de peças, sem funções advocatícias e que estão, necessariamente, sob a supervisão e responsabilidade de um advogado. Assim, por faltarem ao estagiário as qualidades inerentes ao exercício da advocacia, não lhe é permitido anunciar os serviços. Nesse sentido, *verbis*:

“INTERNET - ANÚNCIO FEITO POR ESTAGIÁRIO DE DIREITO – IMPOSSIBILIDADE. O Código de Ética e Disciplina não autoriza o anúncio do estagiário de direito, mas apenas do advogado. Assim, inexistente possibilidade da oferta de serviços, mediante publicidade,

---

10 Art. 2º do Provimento 94/00.

11 “ESTAGIÁRIO – USO CARTÃO DE VISITA – VIABILIDADE – LIMITES. Em princípio, não será vedado ao estagiário de direito, regularmente inscrito na OAB, o uso de cartão de visita, o qual, ademais dos limites da discricção e moderação do CED (art. 28) deverá transmitir com verdade, sem azo a confusão, o *status* ou limitação profissional do portador. O cartão, no caso, deverá ter, como elementos dominantes, a menção ao escritório ou advogado patrono do estagiário e todos os elementos deverão apontar como mensagem principal ao escritório de advocacia ou do advogado onde presta estágio o candidato a advogado...” (TED-SP, Proc. E-3.010/2004, Rel. Ernesto Lopes Ramos, Rev. Fábio Kalil Vilela Leite, julgado em 21.10.2004).



inclusive na Internet, feita por estagiário de direito, por faltar-lhe a qualidade de advogado”<sup>12</sup>.

Feitas essas breves considerações iniciais, passemos a analisar as formas de “publicidade” na advocacia e algumas situações casuísticas.

## 2. Formas de publicidade

Uma prática que vem se tornando corriqueira hoje em dia é a utilização pelo advogado, ou pela sociedade de advogados, de mecanismos comuns de publicidade mercantil, como a distribuição personalizada de agendas, calendários, canetas, camisetas, bebidas engarrafadas, baralhos e jogos em geral, *pen drives*, balas, doces, ingressos e convites para eventos, chaveiros, dentre outros brindes e objetos similares.

O Conselho Federal da OAB já decidiu que o envio de correspondências padronizadas, de forma indistinta ou indiscriminada, fazendo-se acompanhar na correspondência, cartão de visitas, cartão de natal e brindes com divulgação do escritório ou da sociedade de advogados, caracteriza evidente conotação mercantil, captação de clientela e concorrência desleal, vedadas pelo art. 34, inciso IV, da Lei nº 8.906/94, e pelos arts. 1º, 5º, 7º, 28, 29, § 3º, e 31, § 2º, todos do Código de Ética e Disciplina<sup>13</sup>.

Essa conclusão também não destoa dos Tribunais Regionais, *verbis*:

“PUBLICIDADE – ANÚNCIO DE ADVOGADO EM CALENDÁRIO – IMODERAÇÃO – CONCORRÊNCIA DESLEAL – VEDAÇÃO. Calendário, agenda, folhinha ou assemelhados, com inserção do nome do advogado, endereço, telefone e áreas de trabalho, como brinde em festas natalinas e de fim de ano, distribuídos a granel, caracteriza publicidade imoderada, captatória de causas e clientes, com feição mercantilista e dissimulada concorrência desleal. Inteligência dos arts. 28 a 30 do CED e Provimento n. 94/2000 do Conselho Federal da OAB. Precedente E-1.526/97”<sup>14</sup>.

“...A distribuição indiscriminada à população de calendários, folhinhas e correlatos, contendo nome e endereço de advogado, é vedada por ser publicidade imoderada, com apelo mercantilista, sendo incompatível com a dignidade e nobreza da advocacia, aplicando-se analogicamente o art. 30 do CED. Inteligência dos dispositivos citados e precedentes nos. 1.526/97, 2.425/01 e 2.912/04, dentre

---

12 TED-SP, 430ª Sessão, Proc. E-2.094/00, Rel. Osmar de Paula Conceição Júnior, julgado em 17.8.2000.

13 Cf. Conselho Federal da OAB, 2ª Câmara, Ementa 278/2010/SCA-STU, Recurso 2009.08. 06537-05/SCA-STU, Rel. Cons. Fed. Walter Carlos Seyfférth, DJ de 21.12.2010, p. 41-42.

14 TED-SP, 438ª Sessão, Proc. E-2.425/01, Rel. José Garcia Pinto, julgado em 18.10.2001.

outros deste Tribunal”<sup>15</sup>.

Quando a divulgação não se apresenta perante um número indeterminado de pessoas, mas a clientes específicos e determinados do advogado ou da sociedade de advogados, poder-se-ia questionar se persiste a infração ético-disciplinar.

No que tange ao envio de cartões de natal, felicitações de aniversário, cumprimentos e similares, entendemos que, a princípio, não constitui infração ético-disciplinar quando o encaminhamento se destina a cliente(s) certo(s) e determinado(s), e desde que ocorra com as devidas cautelas impostas pela ética profissional [discrição e moderação]<sup>16</sup>.

No entanto, no que alude à utilização de outros mecanismos comuns de publicidade mercantil, como por exemplo, distribuição personalizada de agendas, calendários, canetas, chaveiros, dentre outros brindes e objetos similares, verificamos contrariar os princípios éticos da conduta profissional, caracterizando evidente conotação mercantil, captação de clientela e concorrência desleal, vedadas pelo art. 34, inciso IV, da Lei nº 8.906/94, e pelos arts. 1º, 5º, 7º, 28, 29, § 3º, e 31, § 2º, todos do Código de Ética e Disciplina da OAB. Na mesma senda, segue o seguinte julgado, *mutatis mutandis*:

“PUBLICIDADE IMODERADA – NOME PROFISSIONAL EM OBJETOS. Considera-se imoderada a publicidade de advogado que manda estampar seu nome e demais dados, em objetos estranhos à advocacia, como chaveiros, calendários, lápis, etc. Proibição para utilização desses meios de publicidade contida nos arts. 28 e seguintes do Código de Ética e Disciplina e em inúmeros julgados anteriores”<sup>17</sup>.

No mais, o Provimento nº 94/2000, do Conselho Federal da OAB, regulamenta os “meios lícitos de publicidade da advocacia”. Conforme estabelece o seu art. 3º, constituem-se meios lícitos de publicidade:

“**a)** a utilização de cartões de visita e de apresentação do escritório, contendo, exclusivamente, informações objetivas; **b)** a placa identificativa do escritório, afixada no local onde se encontra instalado; **c)** o anúncio do escritório em listas de telefone e análogas; **d)** a comunicação de mudança de endereço e de alteração de outros dados de identificação do escritório nos diversos meios de comunicação escrita, assim como por meio de mala-direta aos colegas e aos clientes cadastrados; **e)** a menção da condição de advogado e, se for o caso, do ramo de atuação, em anuários profissionais, nacionais ou

---

15 TED-SP, 480ª Sessão, Processo E-3.227/2005, Rel. Fábio Kalil Vilela Leite, julgado em 18.8.2005.

16 O TED-SP já considerou como imoderada “a conduta de casal que aparece fotografado em frente ao símbolo da Justiça e enviando aos leitores mensagens de final de ano...”; e que “ocorre imoderação na sociedade de advogados ou escritório de advocacia que aparece em fotos de revistas com a estampa em destaque ‘Advocacia’, com os nomes e registros da OAB de advogados e estagiários, com mensagens de final de ano, num sentido de inculcar e captação, merecendo censura” [TED-SP, 477ª Sessão, Processo 3.130/05, Rel. Cláudio Felipe Zalaf, julgado em 19.5.2005].

17 TED-SP, Proc. E-1.526, Rel. Rubens Cury, julgado em 24.4.1997.

estrangeiros; **f)** a divulgação das informações objetivas, relativas ao advogado ou à sociedade de advogados, com modicidade, nos meios de comunicação escrita e eletrônica”.

De acordo com o regramento, “a publicidade deve ser realizada com discrição e moderação”<sup>18</sup>, sendo que “as malas-diretas e os cartões de apresentação só podem ser fornecidos a colegas, clientes ou a pessoas que os solicitem ou os autorizem previamente”<sup>19</sup>, devendo “os anúncios de publicidade de serviços de advocacia sempre indicar o nome do advogado ou da sociedade de advogados com o respectivo número de inscrição ou de registro”<sup>20</sup>, e, também, “ser redigidos em português ou, se em outro idioma, fazer-se acompanhar da respectiva tradução” [§§ 1º, 2º e 3º do art. 3º do Provimento 94/00].

Em seu art. 5º, o Provimento destaca os veículos de informação publicitária permitidos:

“**a)** Internet, fax, correio eletrônico e outros meios de comunicação semelhantes; **b)** revistas, folhetos, jornais, boletins e qualquer outro tipo de imprensa escrita; **c)** placa de identificação do escritório<sup>21</sup>; **d)** papéis de petições, de recados e de cartas, envelopes e pastas”.

O art. 6º do Provimento, por sua vez, não admite os seguintes veículos de publicidade da advocacia:

“**a)** rádio e televisão; **b)** painéis de propaganda, anúncios luminosos e quaisquer outros meios de publicidade em vias públicas; **c)** cartas circulares e panfletos distribuídos ao público; **d)** oferta de serviços mediante intermediários”.

Não é incomum nos depararmos com anúncios contendo, por exemplo, os dizeres: “Fulano de Tal – advogados associados”; “Fulano – Advocacia e Tribunais”; “Fulano de Tal – Advogados Associados”; “Fulano, Beltrano & Cicrano – Advogados Consultores”; FBC – Fulano Cicrano Beltrano & Advogados Associados”; “Fulano de Tal” [pessoa física]; “Fulano & Beltrano – Advogados”; “Fulano, Consultoria & Assessoria Jurídica”; imagem do símbolo de uma associação vinculada ao termo “Assessoria Jurídica”; “Fulano & Beltrano – Advogados desde 1958”; “Contabilidade – Fulano de Tal – Advogado & Associados”, etc.

Conforme salientado alhures, o § 3º do art. 3º do Provimento nº 94/00, estabelece que “os anúncios de publicidade de serviços de advocacia devem sempre indicar o nome do advogado ou da sociedade de advogados com o respectivo número de inscrição ou de registro”.

18 Cf. art. 28, do Código de Ética e Disciplina da OAB.

19 Cf. art. 29, § 3º, do Código de Ética e Disciplina da OAB.

20 Cf. art. 29, *caput*, do Código de Ética e Disciplina da OAB: “O anúncio deve mencionar o nome completo do advogado e o número de inscrição na OAB...”.

21 Arts. 30 e 31, do Código de Ética e Disciplina da OAB: [art. 30] “O anúncio sob a forma de placas, na sede profissional ou na residência do advogado, deve observar a discrição quanto ao conteúdo, forma e dimensões, sem qualquer aspecto mercantilista, vedada a utilização de *outdoor* ou equivalente”; [art. 31] “O anúncio não deve conter fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia, sendo proibido o uso de símbolos oficiais e dos que sejam utilizados pela Ordem dos Advogados do Brasil”.

O art. 29, *caput*, do Código de Ética e Disciplina da OAB, igualmente, dispõe que “o anúncio deve mencionar o nome completo do advogado e o número de inscrição na OAB”; enquanto o § 5º do art. 29 do aludido *codex* estabelece que “o uso das expressões ‘escritórios de advocacia’ ou ‘sociedade de advogados’ deve estar acompanhado da indicação de número de registro na OAB ou do nome e do número de inscrição dos advogados que o integrem”.

Assim, toda a vez que houver publicidade de advogado ou de escritório de advocacia, é imprescindível mencionar a indicação do número de registro da pessoa [física ou jurídica] perante a OAB. A não indicação deste número, por si só, torna a publicidade irregular.

Da mesma forma, o § 3º do art. 1º da Lei nº 8.906/94 estabelece que “é vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade”; logo, tem-se por “imoderada a publicidade profissional do advogado ou de sociedade advocatícia feita [...] juntamente com outras atividades que não sejam especificamente jurídicas ou que possa ser realizada por outro profissional que não seja inscrito nos quadros da ordem”<sup>22</sup>.

Pertinente à publicidade em “listas telefônicas”, também utilizada nos dias atuais, a ementa abaixo sintetiza muito bem o comando normativo, *verbis*:

“PUBLICIDADE – ADVOCACIA – LISTA TELEFÔNICA – MEIO LÍCITO. Como previsto nos artigos 28 a 34 do CED, Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal da OAB e Resolução nº 02/92 deste Tribunal de Ética, a lista de telefones é meio lícito à publicidade do advogado, atendendo-se a sua identificação pessoal, número de inscrição, endereço do escritório, telefones, meios de contato e especialidades do exercício profissional. O anúncio não deve conter fotografias, ilustrações, figuras, desenhos, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia...”<sup>23</sup>.

Em relação à placa de identificação do escritório, ressalte-se que deve ser afixada no escritório ou na residência do advogado, não sendo permitido que seja luminosa, tal e qual a que se costuma ver em farmácias e lojas de conveniência. Suas dimensões não são preestabelecidas, bastando que haja proporcionalidade em relação às dimensões da fachada do escritório ou residência, sempre respeitando os critérios de discricção e moderação.

A utilização da expressão “assessoria jurídica” ou “advogados consultores” não constitui infração ética, desde que acompanhada do(s) nome(s) do(s) profissional(is), ou de sociedade de advogados, e sua(s) respectiva(s) inscrição(ões) na OAB. Paulo Lôbo acentua que o nome da sociedade de advogados pode ser composto apenas da seguinte forma:

“a)nomes de todos os advogados sócios, antecidos ou acrescidos

---

22 Conselho Federal da OAB, Órgão Especial do Conselho Pleno, Consulta 2010.31.04738-01/OEP, Ementa 0144/2010/OEP, Rel. Cons. Fed. Walter de Agra Júnior, *DJ* 30.11.2010, p. 24/25.

23 TED-SP, 479ª Sessão, Proc. E-3.198/05, Rel. Jairo Haber, julgado em 21.7.2005.

da qualificação social inconfundível: ‘sociedade de advogados’, ‘advocacia’, ‘advogados associados’, ‘escritório de advocacia’, etc.; b) nome completo ou sobrenome de um advogado sócio (ou mais de um) e mais a qualificação referida na alínea a).

Entende-se por nome do advogado seu nome completo (prenome e sobrenome), seu nome resumido ou apenas seu sobrenome”<sup>24</sup>.

Contudo, incorre em falta ética a sua utilização [“assessoria jurídica”, “advogados consultores”, etc] quando venha dar conotação da existência de sociedade de advogados, e a mesma não for registrada na OAB<sup>25</sup>.

Ainda no que concerne às sociedades de advogados ou ao uso da expressão “advocacia”, “escritórios de advocacia” ou “sociedade de advogados”, importante se faz tecer os seguintes comentários.

Entendemos, a princípio, que o uso da expressão “advocacia” nas placas externas ou internas e nos impressos profissionais, antecedendo ou seguindo o nome completo do advogado que atua isoladamente, ou em conjunto com outros colegas<sup>26</sup>, com os respectivos números de suas inscrições individuais, não acarreta infração ética.

No entanto, tal utilização não pode conduzir ao abuso de pretender-se inferir estrutura inexistente de uma sociedade, voltada à publicidade imoderada e à captação de clientela, condutas essas puníveis disciplinarmente.

Nesse sentido, sem mais delongas:

“EXERCÍCIO PROFISSIONAL – ADVOGADO QUE ATUA ISOLADAMENTE - USO DA EXPRESSÃO ‘ADVOCACIA’ – INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL OU ÉTICA – PUNIÇÃO DO ABUSO, QUANDO VOLTADA À PROPAGANDA IMODERADA E CAPTAÇÃO DE CLIENTES. É regular o uso da expressão ‘advocacia’, antecedendo ou seguindo o nome completo do advogado que atua isoladamente, com o número de sua inscrição individual. Para o exercício da advocacia unipessoal é suficiente o registro do profissional junto à OAB, nos termos do art. 8º do EAOAB, e observância dos demais preceitos estatutários e éticos. O uso regular, contudo, não pode conduzir ao abuso, a pretender-se inferir estrutura inexistente, voltada à publicidade imoderada e à captação de clientela, condutas essas puníveis disciplinarmente. Já a utilização de partes do nome de família somente é possível em se tratando de sociedades de advogados regularmente constituídas

24 LÔBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 5ª ed., 2ª tir., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

25 Cf. TED-SP, 523ª Sessão, Proc. E-3.779/2009, Rel. José Eduardo Haddad, julgado em 16. 7.2009.

26 Reunião informal de advogados no mesmo escritório.

junto à OAB/SP, para compor a sua denominação oficial, assim como são privativas destas, ex vi do disposto no art. 29, § 5º do CED, as expressões ‘escritório de advocacia’ ou ‘sociedades de advogados’. Precedentes: E-3.043/04 e E-3.439/07”<sup>27</sup>.

“...A utilização da expressão ‘advocacia’, desde que seguida do nome completo do advogado e de sua inscrição na OAB, não constitui infração ética, ficando apenas impedida a sua divulgação com finalidade mercantilista ou para insinuar a existência de sociedade de advogados, quando assim não o for...”<sup>28</sup>.

“...O emprego do termo ‘Advogados Associados’ nos impressos profissionais deve ser reservado às sociedades de advogados regularmente inscritas na OAB...”<sup>29</sup>.

“...A utilização da expressão ‘advocacia’, antes ou depois do nome do advogado, desde que acompanhada do número de inscrição do profissional na OAB, não configura infração ética. Não deve, porém, possuir forma mercantilista, nem insinuar se tratar de sociedade de advogados, sem que exista regularmente. Deverá ser utilizado o nome completo do advogado, e não apenas o primeiro nome e seu sobrenome, a fim de evitar confusão. Interpretação dos art. 14, § único, do Estatuto da OAB e 29, § 5º, do CED...”<sup>30</sup>.

Outrossim, *ex vi* do disposto no art. 29, § 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB, as expressões “escritório de advocacia”, “sociedades de advogados” ou “advogados associados” são privativas das sociedades regularmente inscritas<sup>31</sup>.

Pertinente à utilização da denominação [objeto] da sociedade, o Provimento nº 112/2006 admite que se utilize o símbolo “&”<sup>32</sup>, mas veda, expressamente, referência à expressão “sociedade civil” ou sua respectiva abreviatura [“S.C.”]<sup>33</sup>.

Aliás, no dia 18.3.2008, os membros da 1ª Câmara Julgadora da Comissão de Sociedade de Advogados da OAB-SC, no julgamento do Processo nº 236/96, respondeu a uma consulta formulada pela 2ª Câmara Julgadora da OAB-SC e, nos termos do voto do Relator

27 TED-SP, 504ª Sessão, Proc. E-3.538/2007, Rel. Luiz Francisco Torquato Avólio, julgado em 18.10.2007.

28 TED-SP, 513ª Sessão, Proc. E-3.640/2008, Rel. Fábio Guedes Garcia da Silveira, julgado em 21.8.2008.

29 TED-SP, 484ª Sessão, Proc. E-3.266/2005, Rel. Maria do Carmo Whitaker, julgado em 15. 12.2005.

30 TED-SP, 528ª Sessão, Proc. E-3.833/2009, Rel. José Eduardo Haddad, julgado em 10.12.2009.

31 “A sociedade só adquire personalidade jurídica, passando a existir formalmente, com o registro na OAB – Conselho Seccional. Se não está presente tal formalidade, a sociedade não tem existência legal, configurando sociedade de fato. Nesse caso, não podem os advogados sugerir tal existência por meio de denominação que inclua expressões como ‘sociedade de advogados’ ou ‘advogados associados’” [FIGUEIREDO, Laurady. *Ética profissional*. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005, p. 68].

32 Provimento 112/06 [Art. 2º, inciso IX]: “é permitido o uso do símbolo ‘&’, como conjuntivo dos nomes de sócios que constarem da denominação social”.

33 Provimento 112/06 [Art. 2º, parágrafo único]: “da razão social não poderá constar sigla ou expressão de fantasia ou das características mercantis, devendo vir acompanhada de expressão que indique tratar-se de Sociedade de Advogados, vedada a referência a ‘Sociedade Civil’ ou ‘S.C.’”.

Rogério Reis Olsen da Veiga, concluiu que às sociedades de advogados é expressamente vedado o uso da expressão “sociedade simples” ou sua respectiva abreviatura [S.S.]. Segundo restou consignado no voto do Relator<sup>34</sup>:

“...nosso entendimento é no sentido de que às sociedades de advogados é **expressamente vedado o uso da expressão ‘sociedade simples’ ou sua respectiva abreviatura.**

O fato de sua classificação jurídica se ajustar à modalidade das sociedades simples, segundo a disposição do Código Civil contida no art. 966, não implica na obrigação de incluir a expressão ‘sociedade simples’ em sua denominação, pois não exige a lei que conste do ato constitutivo da sociedade uma referência expressa à sua natureza simples ou empresária. Na verdade, a exata classificação de qualquer sociedade personificada é uma *questão de fato*.

E no caso das sociedades de advogados, que possuem tratamento jurídico diferenciado, por força do disposto no parágrafo único do art. 983 do Código Civil, menos ainda se justifica a utilização da expressão “sociedade simples”:

Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

Parágrafo único. **Ressalvam-se as disposições** concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as **constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.**

Neste passo, havendo inequívoca vedação, insculpida no art. 2º, par. ún., do Provimento do Conselho Federal da OAB nº 112/2006, da utilização da expressão ‘sociedade civil’ às sociedades de advogados, não se pode admitir a registro ou arquivamento sociedades que não se ajustem a esta regra.

Assim, a nosso sentir, é absolutamente irregular o arquivamento de registros de sociedades de advogados que incluïrem a expressão ‘sociedade simples’, porquanto espécie do gênero das ‘sociedades civis’” [destaques no original].

---

34 Disponível em: <[http://www.cesa.org.br/arquivos/registro\\_cadep/Anexo%20Parecer%20 da%20OAB-SC% 20-%20pauta%2029042008.pdf](http://www.cesa.org.br/arquivos/registro_cadep/Anexo%20Parecer%20da%20OAB-SC%20-%20pauta%2029042008.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2011.

No tocante à “mala-direta”<sup>35</sup>, o jurista Laurady Figueiredo acentua que:

“...apesar de representar forma eminentemente mercantil e captatória de clientela, poderá ser utilizada como meio publicitário informativo do advogado, porém o público destinatário deverá ser delimitado e determinado. Assim, é permitido seu envio apenas aos clientes, amigos ou pessoas que previamente o solicitem ou autorizem (art. 29, § 3º). Nela deverão constar apenas informações relativas a alterações de endereço ou dados de comunicação, instalação de filial da sociedade e informações jurídicas de caráter genérico, jamais a oferta de serviço. A mesma regra aplica-se à utilização de fax”<sup>36</sup>.

Os aspectos didáticos dos julgados a seguir expostos do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-SP merecem destaques:

“...O envio de cartas e comunicações a uma coletividade (‘mala direta’) é expressamente vedado, independentemente do teor e propósito da publicidade, a partir da previsão do artigo 3º, “d” e § 2º, do Provimento 94/2000, do Conselho Federal da OAB, sob pena de configuração de captação de clientela, em desrespeito aos artigos 34, IV, do Estatuto da Advocacia, e 5º e 7º, do Código de Ética e Disciplina...”<sup>37</sup>.

“...Não há óbice para que advogado ou sociedade de advogados envie mala direta a colegas ou clientes, informando nome, instalações, mudança de endereço, etc, desde que a veiculação não se destine a uma coletividade, não seja feita em conjunto com outra atividade profissional, seja discreta, moderada, não tenha caráter mercantilista, não visando a vedada captação de clientes ou causas. Entendimento dos artigos 28 a 34 do CED, artigo 34, IV do EAOAB, Resolução no. 02/92 do TED I e Provimento n. 94/2.000 do CFOAB...”<sup>38</sup>.

No que tange aos panfletos<sup>39</sup>, contendo divulgação de serviços jurídicos, o Conselho Federal da OAB é enfático no sentido de que a sua utilização publicitária, com a distribuição por advogado, escritório [sociedade], ou através de terceiros [associações, etc] visando à angariação de clientela, configura infração disciplinar, senão vejamos:

“...Distribuição de panfletos através de Associação que está vinculado por contrato para captação de clientela, condutas capituladas como

---

35 “Sistema de comunicação individualizada via correio” [Miniaturélio Eletrônico versão 5.13].

36 FIGUEIREDO, Laurady. *Ética profissional*. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005, p. 77.

37 TED-SP, 537ª Sessão, Proc. E-3.939/2010, Rel. Gilberto Giusti, julgado em 18.11.2010.

38 TED-SP, 463ª Sessão, Proc. E-2.896/04, Rel. Ricardo Garrido Júnior, julgado em 19.2.2004.

39 “Escrito polêmico ou satírico, em estilo veemente” [Miniaturélio Eletrônico versão 5.13].



infração disciplinar, nos termos dos artigos 34, inciso IV, do Estatuto, e dos artigos 5º e 7º do Código de Ética e Disciplina, combinados, com o provimento nº 94/2000, do CFOAB...”<sup>40</sup>.

“...Advogado que se utiliza de panfletos para captação de clientela, com a cumplicidade de terceiros, infringe o contido no art. 34, incisos IV do Estatuto da Advocacia da OAB e os artigos 5º e 7º do Código de Ética e Disciplina da OAB, devendo ser aplicada à pena de censura...”<sup>41</sup>.

Do mesmo modo, a utilização de cores, ilustrações, figuras, marcas e símbolos considerados imoderados, indiscretos ou captatórios de clientela, incompatíveis, portanto, com a sobriedade da Advocacia, como por exemplo, “estrela de davi”<sup>42</sup>, imagens religiosas [crucifixos, etc], frases bíblicas e outras, veiculados em cartões, jornais, folders, revistas ou similares, caracteriza infringência ao art. 31 do Código de Ética e Disciplina da OAB, devendo ser excluídos da publicidade do advogado; o mesmo se podendo dizer das divulgações contendo atrativos e promessa de resultados<sup>43</sup>.

De acordo com o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-SP, *mutatis mutandis*:

“...O logotipo utilizado no papel timbrado, que nada tem a ver com os símbolos da justiça, caracteriza infração às regras de publicidade da advocacia (arts. 28 e seguintes do CED e Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal da OAB)...”<sup>44</sup>.

Os símbolos oficiais [brasão da República, bandeira nacional, etc], assim como os adotados pela Ordem [OAB, OAB-GO, etc], por serem expressamente vedados pelo Código de Ética (art. 31, *caput*), também devem ser excluídos da publicidade do advogado. Sobre o tema, mister destacar importante julgado da 5ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-GO [TED-GO]:

“CONSULTA. UTILIZAÇÃO DO BRASÃO DA REPÚBLICA EM CARTÃO DE VISITA DE ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. A utilização do Brasão da República ou de qualquer outro símbolo dos constantes do rol do § 1º do artigo 13 da Constituição Federal só é admissível aos órgãos vinculados à Administração Pública Federal, configurando-se infração ética a utilização destes signos em cartão

---

40 Conselho Federal da OAB, 3ª T., 2ª Câmara, Recurso 2008.08.05141-05/SCA-TTU, Ementa 128/2010/SCA-TTU, Rel. Cons. Fed. Lúcio Teixeira dos Santos, DJ 22.11.2010, p. 40.

41 Conselho Federal da OAB, 2ª T., 2ª Câmara, Recurso 2007.08.00458-05, Ementa 069/2007/2ªT-SCA, Rel. Cons. Fed. Jorge Aurélio Silva, DJ 14.9.2007, p. 1150, S1.

42 WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. Estrela de Davi. [S.l.]: [s.n.], 2011. Disponível em [http://pt.wikipedia.org/wiki/Estrela\\_de\\_Davi](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estrela_de_Davi)

43 Cf. Conselho Federal da OAB, 3ª T., 2ª Câmara, Recurso 2007.08.03748-05, Ementa 054/2009/SCA, Rel. Cons. Fed. Pedro Origa Neto, DJ 22.4.2009, p. 349.

44 TED-SP, Proc. E-3.266/2005, Rel. Maria do Carmo Whitaker, julgado em 15.12.2005.

profissional de advogado”<sup>45</sup>.

Quanto aos símbolos, cujo direito é assegurado pelo inciso XVIII do art. 7º da Lei nº 8.906/94<sup>46</sup>, o Órgão Especial do Conselho Federal da OAB já se pronunciou esclarecendo que “os símbolos da profissão de advogado” a que se refere o citado dispositivo legal, “são as vestes talares e as insígnias, cujos modelos, atualmente, constam do Provimento nº 8/64” do Conselho Federal da OAB. O Órgão Especial também decidiu que “os cartões de visita e os papéis timbrados dos advogados não podem conter o logotipo da OAB, ante à expressa vedação do art. 31, *caput*, do Código de Ética e Disciplina”<sup>47</sup>.

A “balança” e a “Têmis” [símbolos da Justiça] costumam a aparecer com frequência nas veiculações publicitárias. Estes símbolos, sintetizam, basicamente: a) a figura mitológica de “Têmis”<sup>48</sup> – deusa grega que personifica a Justiça – equilibrada pela balança e imposta pela força da espada; b) a “balança”<sup>49</sup>, que representa o mencionado equilíbrio das partes.

Entendemos que, se não houver a conotação mercantilista, cores espalhafatosas, ou design que atente contra a sobriedade da profissão, os referidos símbolos [balança e Têmis] poderão ser utilizados em cartões de visitas, papéis de petições, e outros veículos de “publicidades”. Na esteira, colaciona-se o seguinte precedente jurisprudencial:

“SÍMBOLO – BALANÇA – USO ESTILIZADO EM CARTÃO DE VISITA. Permite-se o uso da balança, símbolo tradicional da Advocacia, mesmo sob a forma estilizada, quando atende aos critérios de moderação e sobriedade, preservando o prestígio da profissão...”<sup>50</sup>.

Aliás, abrindo-se um breve parêntese, com relação ao cartão de visita, deve-se observar o seguinte julgado:

“PUBLICIDADE – CARTÃO DE VISITA. Por ser a apresentação do advogado, o cartão de visita, deve ser sóbrio, elegante, informativo e sem espalhafato. Deve conter o nome do profissional, seu título de advogado, sua inscrição na OAB, o endereço completo, com telefone, fax e endereço eletrônico, se houver, e, se desejar, de forma genérica e sem maiores particularidades, os ramos do direito em que atua...”

<sup>51</sup>.

Pertinente ao uso em cartões, petições, e fachadas das “siglas”, “timbre” ou

---

45 TED-GO, 5ª Turma, Consulta 2009/08634, Rel. Carlos Márcio Rissi Macedo, julgado em 29.9.2010.

46 Art. 7º - “São direitos do advogado: [...] XVIII - usar os símbolos privativos da profissão de advogado”.

47 Cf. Conselho Federal da OAB. Órgão Especial. Proc. 000115/96/OE, Rel. Carlos Mário da Silva Velloso Filho, j. 19.8.97, *DJ* 2.10.1997, p. 49221.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Símbolos da Justiça [Têmis]*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=temis>>. Acesso em: 20 maio 2011.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Símbolos da justiça [balança]*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=balanca>>. Acesso em: 20 maio 2011.

50 TED-SP, 521ª Sessão, Processo 3.736/2009, Red. Jairo Haber, julgado em 21.5.2009.

51 TED-SP, Processo 1.630/97, Rel. Roberto Francisco de Carvalho, julgado em 11.12.1997.

“logotipo”, aqui considerados como “símbolo formado por palavra ou letra(s) com desenho característico”<sup>52</sup> para representar visualmente o advogado ou o escritório, o parágrafo único do art. 2º do Provimento nº 116/2006, do Conselho Federal da OAB, estabelece que da “razão social não poderá constar sigla<sup>53</sup> ou expressão de fantasia ou das características mercantis, devendo vir acompanhada de expressão que indique tratar-se de Sociedade de Advogados”.

O art. 31 do Código de Ética e Disciplina da OAB, igualmente, estabelece que “o anúncio não deve conter fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia”.

Também o art. 4º, letra “k”, proíbe a publicidade com “emprego de fotografias e ilustrações, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia”.

Ocorre que a jurisprudência [recente e posterior ao Provimento nº 116/2006] do TED-SP admite a utilização das “siglas”, “timbre” ou “logotipo”, desde haja indicação do respectivo número de inscrição na seccional da OAB, e utilizado de forma discreta, moderada, e que não induza a existência de sociedade de advogados quando ela não está inscrita na seccional da OAB.

No julgamento do Processo E-3.948/2010, ocorrido no dia 18.11.2010, o Relator Flávio Pereira Lima, do TED-SP, destacou que:

“... É importante ressaltar que o CED não veda a inclusão de fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos nos materiais publicitários, mas somente há a vedação quando esses elementos não forem compatíveis com a sobriedade da advocacia. Portanto, a foto de um advogado apresentada em material publicitário de forma discreta não poderia sofrer qualquer censura deste Tribunal. O que se veda é a inserção de fotos extravagantes, exageradas e em atitudes notadamente incompatíveis com a advocacia [...] O mesmo raciocínio se aplica à inclusão de ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos nos materiais publicitários divulgados por advogados...”<sup>54</sup>.

No mesmo sentido, seguem os seguintes julgados, *verbis*:

“PUBLICIDADE – USO DE LOGOTIPO PELO ADVOGADO EM SUA PUBLICIDADE MERAMENTE INFORMATIVA – DISCRIÇÃO E MODERAÇÃO. É permitido o uso de logotipo, como tal entendido como um símbolo representado apenas por uma ou várias letras, para servir apenas como identificação do advogado, desde que utilizado

---

52 Miniaurélio Eletrônico versão 5.13.

53 “Reunião das letras iniciais dos vocábulos fundamentais duma denominação ou título (ex.: INSS = Instituto Nacional de Seguro Social)” [Miniaurélio Eletrônico versão 5.13].

54 Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/melhores-pareceres/e-3-948-2010>>. Acesso em: 27 maio 2011.

de forma discreta e moderada. É vedado o uso de logotipo que induza a existência de sociedade de advogados quando ela não está inscrita na seccional da OAB. O uso de logotipo na publicidade do advogado ou da sociedade de advogados não dispensa a indicação do respectivo número de inscrição na seccional da OAB... Artigos 28 e 31 do CED e artigos 4º, “k”, e 5º, “c”, ambos do Provimento 94/2000 do CF. Precedente Proc. E-3.008/2004”<sup>55</sup>.

“...O uso de logotipo deve ser compatível com a sobriedade, atendendo ao bom senso, equilíbrio e as limitações no que concerne a forma e dimensões...”<sup>56</sup>.

Ainda nessa trilha, o Conselho Federal da OAB entendeu recentemente que “a veiculação do timbre do escritório, apoiador de evento jurídico, não caracteriza publicidade vedada pelo Código de Ética e Disciplina da OAB”<sup>57</sup>.

Por outro lado, não se permite que o advogado, ou sociedade de advogados confeccione identificação do escritório ou advogado em uniformes, veículos, crachás, ainda que para uso interno, por afrontar os princípios da moderação e discrição. De acordo com o Conselho Federal da OAB e com o TED-SP:

“...não é permitida a divulgação de logomarca e nome em bottons para sua equipe de advogados e estagiários, e nem a utilização de adesivos em automóveis, sob pena de violação ao art. 31, § 2º, do Código de Ética e Disciplina”<sup>58</sup>.

“...Impossibilidade ética ocorre na utilização de adesivos com o nome do escritório/telefone nos veículos de utilização do escritório de advocacia tanto na porta lateral quanto nos vidros, por afrontar os princípios da moderação e discrição. Neste caso o público alvo deste tipo de publicidade móvel é indeterminado adentrando no vasto campo da captação de clientela e concorrência desleal e de modo a afrontar o disposto no Estatuto da Advocacia e as regras contidas no Provimento 94/2.000 do Conselho Federal da OAB”<sup>59</sup>.

Outro aspecto importante a ser aventado, diz respeito à utilização da internet.

Os parâmetros para publicidade na internet também estão estabelecidos no Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal da OAB e nos arts. 28 a 31 do Código de Ética e Disciplina. A internet deve seguir os mesmos critérios dos anúncios em jornais e revistas,

55 TED-SP, 525ª Sessão, Proc. E-3.802/2009, Red. Luiz Antônio Gambelli, julgado em 16.9.2009.

56 TED-SP, 513ª Sessão, Proc. E-3.640/2008, Rel. Fábio Guedes Garcia da Silveira, julgado em 21.8.2008.

57 Conselho Federal da OAB, 2ª Câmara, Proc. 2007.08.07500-05, Ementa 207/2010/SCA-TTU, Rel. Cons. Fed. Ulisses César Martins de Sousa, DJ de 23.12.2010, p. 13-14.

58 Órgão Especial, Consulta 0018/2004/OEP, Rel. Cons. Fed. Gisela Gondin Ramos, DJ 20.10.2006, p. 1343, S 1.

59 TED-SP, Proc. E-3.998/2011, Rel. Cláudio Felipe Zalaf, julgado em 14.4.2011.

com moderação e discrição, de modo a evitar a banalização e, principalmente, a captação de clientela.

Sobre o tópico, mister se faz destacar os seguintes posicionamentos do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-SP:

“INTERNET – ‘HOME PAGE’ DE ADVOGADO - CUIDADOS A SEREM TOMADOS. Ao advogado é permitido a abertura de ‘home page’ na Internet, desde que o faça com discrição e moderação, valendo aqui as regras para publicações em jornais e revistas. Não poderá, portanto, incluir nela dados como: referências a valores dos serviços, tabelas, gratuidade ou forma de pagamento, termos ou expressões que possam iludir ou confundir o público, informações de serviços jurídicos suscetíveis de implicar direta ou indiretamente, captação de causa ou de clientes, bem como, menção ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional, fotos, desenhos ou símbolos, tudo de conformidade com a Resolução 02/92”<sup>60</sup>.

“PUBLICIDADE – USO DE SITE – POSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO DO CURRÍCULO, FOTOGRAFIA E LOGOTIPO – REGRAMENTO ÉTICO. Permitida, desde que apresentados, de forma objetiva, o currículo, endereço, e-mail e telefones e áreas de atuação do advogado. É obrigatória a divulgação do nome e do número de inscrição do advogado na Ordem dos Advogados do Brasil. É vedada a divulgação em site na Internet de frases ou textos que transmitam a busca da justiça ou que possuam qualquer caráter persuasivo. É permitida a divulgação em site da Internet de fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas e símbolos, desde que sejam apresentadas de modo discreto e de forma a não atentar contra a sobriedade da advocacia”<sup>61</sup>.

“INTERNET – LISTA E DEPOIMENTO DE CLIENTES – VEDAÇÃO. Em princípio não existe violação ética ao advogado ou sociedade de advogados que cria um site para divulgação do seu escritório, através da Internet, desde que em consonância com os arts. 28 e 31 do CED, 58, V, do EAOAB e Provimento n. 94/2000 do Conselho Federal da OAB. É vedada, no entanto, aos advogados e às sociedades de advogados, a divulgação de informações ou serviços suscetíveis de implicar, direta ou indiretamente, captação de causa ou de clientes,

---

60 TED-SP, Proc. E - 1.435, Rel. Roberto Francisco de Carvalho, julgado em 19.9.1996.

61 TED-SP, 533ª Sessão, Proc. E-3.898/2010, Rel. Flávio Pereira Lima, julgado em 15.7.2010.

entre as quais se destaca, por força do disposto no artigo 33 do CED, e artigo 4º, letra “A”, do Provimento 94/2000, a divulgação da lista de clientes e seus depoimentos”<sup>62</sup>.

“PUBLICIDADE - INTERNET - CRIAÇÃO DE SITE DE ASSESSORIA JURÍDICA DENTRO DE SITE DE DIVULGAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS - VEDAÇÃO. A simples inserção de anúncio ou informação, discretos e moderados, via Internet, não sofre restrição por parte deste Sodalício, desde que observados os parâmetros estabelecidos pelo Código de Ética e Disciplina (arts. 28/34) e pela Resolução 02/92 deste Tribunal. Contudo, a oferta de serviços de assessoria jurídica consultiva, juntamente com a propaganda de serviços médicos, caracteriza violação ética vedada pelo regramento vigente, ainda que inserindo-se no âmbito meramente informativo, por tratar-se de propaganda advocatícia juntamente com a de outra atividade não-advocatícia. Questão já pacificada por decisões unânimes deste Sodalício...”<sup>63</sup>.

“SOCIEDADE DE ADVOGADOS - PÁGINA NA INTERNET - SITES DE PUBLICIDADE COM INDICAÇÃO DE ESPECIALIDADES TÉCNICAS E VIABILIDADE DE AGENDAMENTO DE CONSULTAS - SITES COM ARTIGOS E “OPINIÃO VIRTUAL” - PARTICIPAÇÃO EM ONGs E DIVULGAÇÃO DA EXPERIÊNCIA DECORRENTE. A publicidade individual ou coletiva do advogado através de página na Internet já teve várias manifestações deste Tribunal, que entende serem aplicáveis à espécie os mesmos parâmetros éticos da discricção, moderação e intuito meramente informativo que regem a publicidade advocatícia no Brasil. Da mesma forma, viabilizar o contato para o agendamento de consultas, tal como ocorre com os cartões de apresentação do advogado, ou, ainda, como substituição ao meio telefônico tradicional, não infringe as regras vigentes. Já o exercício da atividade advocatícia na Internet é vedado, inclusive sob a forma de consultas. Resguardados tais limites, a publicidade do advogado na Internet há de ser permitida dentro da realidade que a informática instalou. Já a divulgação de sites com artigos, atualização jurídica e ‘opinião virtual’, considerando a divulgação indiscriminada que a Internet propicia, de modo mais abrangente, aliás, do que a mala

---

62 TED-SP, 520ª Sessão, Proc. E-3.712/2008, Rel. Beatriz Mesquita De Arruda Camargo Kestener, julgado em 16.4.2009.

63 TED-SP, 422ª Sessão, Proc. E-2.020/99, Red. Maria Cristina Zucchi, julgado em 18.11.1999.

direta, vedada pela OAB, não há de ser permitida, mantendo-se a respeito os pronunciamentos desta casa (E-1.435, 1.471, 1.640, 1.759, 1.824, 1.847, 1.877). A participação em ONGs, por sua vez, não configura atividade exclusiva de advogados, não se justificando que tal prática se inclua em site de página que pretende divulgação regular e ética do exercício advocatício”<sup>64</sup>.

“INTERNET - SITE CONTENDO PERGUNTAS DE CLIENTES E RESPOSTAS POR ADVOGADO MEDIANTE COBRANÇA VIA CARTÃO DE CRÉDITO - ATITUDE ANTIÉTICA. Reveste-se de caráter antiético, site ou portal montados na Internet destinado a prestação de serviços denominada consultoria eletrônica, contendo perguntas e respostas mediante cobrança, seja pela via direta ou via cartão de crédito”<sup>65</sup>.

“INTERNET - CONSULTORIA JURÍDICA VIRTUAL. Ao advogado e às sociedades de advogados existe vedação ética para a prática de consultoria virtual através de páginas na Internet. Devem ser, sempre, respeitados os princípios da não-mercantilização, da publicidade moderada, da não-captação, da pessoalidade na relação cliente/advogado e do sigilo profissional. A prática virtual expõe o público ao risco de se consultar com leigos que praticam o exercício ilegal da profissão de advogado, muitas vezes sem ter como identificá-los e localizá-los. O Provimento 94/2000 do Conselho Federal reconhece a Internet como veículo de anúncio, mas ratifica a orientação deste Sodalício sobre moderação na publicidade, mercantilização, captação e sigilo. Os casos concretos são remetidos ao Tribunal Disciplinar, mas compete a cada seccional da OAB a apuração e punição de seus inscritos”<sup>66</sup>.

“ARTIGOS E TEXTOS EM SITE OU BLOG DE ADVOGADO, ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA OU SOCIEDADES DE ADVOGADOS – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE ÉTICA E DO PROVIMENTO 94/2000 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB – OPINIÃO “VIRTUAL” – IMPOSSIBILIDADE – DIVULGAÇÃO DE SERVIÇOS PELA INTERNET – LIMITES E REGRAS ÉTICAS A SEREM OBSERVADOS – IMPOSSIBILIDADE DE USO DO NOME FANTASIA – INFRAÇÕES ÉTICAS. Não há

---

64 TED-SP, 423ª Sessão, Proc. E-2.102/00, Rel. Maria Cristina Zucchi, julgado em 18.5.2000.

65 TED-SP, 423ª Sessão, Proc. E-2.136/00, Rel. Cláudio Felipe Zalaf, julgado em 15.6.2000.

66 TED-SP, 427ª Sessão, Proc. E-2.241/00, Rel. João Teixeira Grande, julgado em 19.10.2000.

infração ética na redação de textos técnicos, de assuntos relacionados à área de atuação do escritório ou do advogado, desde que, logicamente, se evite a redação de artigos que possam instigar pessoas a litigar, ou que contenham qualquer tipo de auto-engrandecimento, ou quaisquer outras formas de angariação de clientela. Os artigos somente podem ser fornecidos a colegas, clientes, ou pessoas que os solicitem ou os autorizem previamente, nos termos do § 3.º do artigo 29 do Código de Ética e Disciplina da OAB. Pode a internet ser admitida como novo veículo de comunicação eletrônica, mas, por isso, deve respeitar as regras e limites éticos; portanto, está sujeita ao regramento devidamente estabelecido no Código de Ética e Disciplina e no Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal da OAB. Se o “site” ou blog sob consulta pretender a oferta de serviços com divulgação profissional, utilizando meios promocionais típicos de atividade mercantil tais como nome fantasia e ofertando serviços de aconselhamento jurídico, com evidente implicação em inculca e captação de clientela, infringirá os artigos 34, II, do EAOAB, 5º, 7º, 28, 29 e 31 “caput” do CED e o art. 4º, letras b, c e l, do Provimento 94/2000. A divulgação de sites com “opinião virtual”, considerando a divulgação indiscriminada que a Internet propicia, não há de ser permitida, mantendo-se a respeito os pronunciamentos desta casa (E-1.435, 1.471, 1.640, 1.759, 1.824, 1.847, 1.877). Precedentes: E-3661/2008, E-2.102/00 e E-3.205/05”<sup>67</sup>.

Outro questionamento que deriva do tema proposto neste artigo, diz respeito ao patrocínio de eventos ou programas culturais, sociais, culinários, literários, esportivos, turísticos, filantrópicos, políticos (inclusive eleição da OAB), de mídia (áudio, vídeo, impresso), dentre outros assemelhados.

*A priori*, entendemos não ser vedado ao advogado ou sociedade de advogados patrocinar ou apoiar os eventos acima citados.

Contudo, pelo que se pode depreender dos arts. 28 a 34 do Código de Ética e Disciplina e do Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB, nesses eventos é vedado estampar referência ao nome do advogado ou ao escritório patrocinador, por se tratar de publicidade imoderada e ensejar captação de causas e clientes. Veda-se, pois, o uso dos seus respectivos nomes nos uniformes, em faixas, cartazes e outros meios de divulgação em massa e dentro de eventos abertos, ou franqueados ao público em geral, em respeito ao princípio da moderação na publicidade.

---

67 TED-SP, 515ª Sessão, Proc. E-3.664/2008, Rel. Beatriz Mesquita De Arruda Camargo Kestener, julgado em 16.10.2008.



Na mesma esteira, seguem alguns julgados do Tribunal de Ética e Disciplina-SP:

“PUBLICIDADE – PATROCÍNIO A ESPORTISTAS PROFISSIONAIS BRASILEIROS - VEDAÇÃO DE ESTAMPAR NO UNIFORME UTILIZADO NAS COMPETIÇÕES ALGUMA REFERÊNCIA AO NOME DO ADVOGADO OU AO ESCRITÓRIO PATROCINADOR. Não é vedado ao advogado ou sociedade de advogados patrocinar ou apoiar esportistas profissionais brasileiros, mas é vedado estampar no uniforme utilizado nas competições alguma referência ao nome do advogado ou ao escritório patrocinador, por se tratar de publicidade imoderada e ensejar captação de causas e clientes. O advogado ou escritório de advocacia pode promover atividades esportivas. O que é vedado é o uso dos seus respectivos nomes nos uniformes, em faixas, cartazes e outros meios de divulgação em massa e dentro das competições abertas ou franqueadas ao público em geral, em respeito ao princípio da moderação na publicidade. Inteligência dos artigos 28 a 34 do Código de Ética e Disciplina e do Provimento 94/2000 do Conselho Federal. Precedentes E-3.027/2004 deste sodalício”<sup>68</sup>.

“PUBLICIDADE - NOME DO ADVOGADO EM UNIFORME DE TIME DE FUTEBOL – IMODERAÇÃO. A inscrição do nome do advogado ou do seu escritório em uniformes esportivos, nos campos de futebol ou instalações sócio-esportivas, é vedada eticamente, considerada como publicidade imoderada, captadora de causas e clientes. Mesmo com objetivos sociais e humanitários esse tipo de publicidade, pela sua própria natureza, é incompatível com a sobriedade e nobreza da profissão de advogado”<sup>69</sup>.

Registre-se, ainda, que o Conselho Federal da OAB já decidiu que “não se pode admitir a junção de atividade comercial com a atividade advocatícia, pelo que não se pode permitir a associação de empresa de marketing para a realização de evento jurídico com o intuito de angariar e captar clientela”<sup>70</sup>.

Portanto, a publicidade do advogado deve observar a discricção, a moderação e a sobriedade, e prestar-se exclusivamente à finalidade informativa. As formas de publicidade na advocacia podem ser sintetizadas nas condutas permitidas e proibidas a seguir relacionadas:

---

68 TED-SP, 471ª Sessão, Proc. E-3.028/04, Red. Luiz Antônio Gambelli, julgado em 21.10.2004.

69 TED-SP, Proc. E-1.738/98, Rel. Luiz Carlos Branco, julgado em 17.9.1998.

70 Conselho Federal da OAB, 2ª Câm., Proc. 2008.08.00772-05, Ementa 079/2010/OEP, Rel. Cons. Fed. Walter de Agra Júnior, DJ de 7.5.2010, p. 37.

### **Formas de publicidade**

Toda publicidade do advogado deve observar discrição, moderação e sobriedade, e prestar-se exclusivamente à finalidade informativa

### **Condutas Permitidas**

Encaminhamento de “cartões de natal”, felicitações de aniversário, cumprimentos e similares, através de cartas, e-mail’s, e assemelhados, por parte dos advogados ou sociedades, desde que endereçadas a cliente(s) certo(s) e determinado(s)

Fixação da placa de identificação do escritório no escritório ou na residência do advogado, em extensões proporcionais às dimensões da fachada do escritório ou residência

Utilização do nome da sociedade de advogados, acrescido de sua respectiva inscrição na OAB, contendo: a) nomes de todos os advogados sócios, antecidos ou acrescidos da qualificação social inconfundível, como por exemplo: “assessoria jurídica”, “advogados consultores”, “sociedade de advogados”, “advocacia”, “advogados associados”, “escritório de advocacia”, etc.; b) nome completo ou sobrenome de um advogado sócio [ou mais de um] e mais a qualificação referida na alínea anterior. Entende-se por nome do advogado seu nome completo [prenome e sobrenome], seu nome resumido ou apenas seu sobrenome

Utilização da expressão “advocacia” nas placas externas ou internas e nos impressos profissionais por advogado que atua isoladamente, ou em conjunto com outros colegas, antecidendo ou seguindo o nome completo, com os respectivos números de suas inscrições individuais

Uso do símbolo “&”, como conjuntivo dos nomes de sócios que constarem da denominação social

Envio de mala-direta, fax ou e-mail apenas aos clientes, amigos ou pessoas que previamente o solicitem ou autorizem, constando informações relativas a alterações de endereço ou dados de comunicação, instalação de filial da sociedade e informações jurídicas de caráter genérico

Utilização de símbolos da Justiça [balança e Têmis] em cartões de visitas, papéis de petições, e outros veículos de “publicidades”, sem a conotação mercantilista, cores espalhafatosas, ou design que atente contra a sobriedade da profissão

Utilização do “cartão de visita” de forma sóbria, elegante, informativo e sem espalhafato, contendo o nome do profissional, seu título de advogado, sua inscrição na OAB, o endereço completo, com telefone, fax e endereço eletrônico, se houver, e, se desejar, de forma genérica e sem maiores particularidades, os ramos do direito em que atua

Criação de site para divulgação do escritório, através da internet, admitindo-se a publicação, de forma objetiva, do currículo, endereço, e-mail e telefones e áreas de atuação do advogado ou sociedade de advogados

Patrocinar eventos ou programas culturais, sociais, culinários, literários, esportivos, turísticos, filantrópicos, políticos [inclusive eleição da OAB], de mídia [áudio, vídeo, impresso], dentre outros semelhantes, desde que não haja qualquer referência ao nome do advogado ou ao escritório patrocinador, ou o uso dos seus respectivos nomes em uniformes, faixas, cartazes e outros meios de divulgação em massa e dentro de eventos abertos ou franqueadas ao público em geral

Uso de “logotipo”, como tal entendido como um símbolo representado por uma ou várias letras, ou apenas símbolos, acompanhado do nome completo e número de inscrição do profissional nos quadros da OAB, para servir como identificação do advogado, sem conotação mercantilista

### **Condutas Proibidas**

Distribuição personalizada de agendas, calendários, canetas, chaveiros, assim como camisetas, bebidas engarrafadas, baralhos e jogos em geral, *pen drives*, balas, confeitos, ingressos e convites para eventos, dentre outros brindes e objetos similares, tanto para um número indeterminado de pessoas, quanto para cliente(s) específico(s) e determinado(s)

Divulgação da advocacia em conjunto com outra(s) atividade(s) que não seja(m) especificamente jurídica(s), independente da natureza comercial, civil, econômica, pública, privativa ou não lucrativa, ou que possa ser realizada por outro profissional que não seja inscrito nos quadros da OAB

Anunciar serviços de advocacia sem indicar o nome do advogado ou da sociedade de advogados, com o(s) respectivo(s) número(s) de inscrição ou de registro

Utilização das expressões “escritório de advocacia”, “assessoria jurídica”, “advogados consultores”, “sociedade de advogados”, “advogados associados”, e similares, sem a indicação de número de registro na OAB ou do nome e do número de inscrição dos advogados que o integrem

Remessa de correspondência a uma coletividade, salvo para comunicar a clientes e colegas a instalação ou mudança de endereço
Mencionar, direta ou indiretamente, nos anúncios, qualquer cargo, função pública ou relação de emprego e patrocínio que tenha exercido, passível de captar clientela
Referir-se, nos anúncios [jornais, revistas, internet, etc], a valores dos serviços, tabelas, gratuidade ou forma de pagamento, bem como fazer menção ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional
Oferta de serviços, mediante publicidade [jornais, revistas, internet, etc], feita por estagiário de Direito
Criação de site de assessoria jurídica dentro de site de divulgação de serviços estranhos à advocacia
Indicação expressa do nome do advogado, escritório ou sociedade de advogados em partes externas de veículos particulares [adesivos ou similares], ou a inserção de seu nome em anúncios relativos a outras atividades não advocatícias, faça delas parte ou não
Divulgação da expressão “sociedade simples” ou sua respectiva abreviatura [S.S.]
Uso de “nome fantasia”
Distribuição de panfletos, em via pública ou privada, com oferta de serviços profissionais
Utilização em cartões, jornais, folders, revistas ou similares, de cores, ilustrações, figuras, marcas e símbolos considerados imoderados, indiscretos ou captatórios de clientela, incompatíveis, portanto, com a sobriedade da Advocacia, como por exemplo: “estrela de davi”, imagens religiosas [crucifixos, etc], frases bíblicas e semelhantes
Utilização de símbolos oficiais [brasão da República, bandeira nacional, etc], assim como os adotados pela Ordem [OAB, OAB-GO, etc]
Confeccionar identificação do escritório/advogado em uniformes, bottons, crachás, veículos, dentre outros, ainda que para uso interno da equipe de empregados, advogados e estagiários

Divulgação em jornais, revistas, internet, etc, de frases ou textos que transmitam a busca da justiça ou que possuam qualquer caráter persuasivo
Divulgação de lista de clientes e seus depoimentos em jornais, revistas, internet, etc
Ofertar serviços de assessoria jurídica consultiva, ainda que inserindo-se no âmbito meramente informativo, juntamente com a divulgação de serviços médicos, contábeis, e outras atividades não advocatícias
Exercer atividade advocatícia em jornais, revistas, rádio, televisão, internet, etc, sob a forma de consultas
Criação de site ou portal, montados na internet, destinado a prestação de serviços [consultoria eletrônica], contendo perguntas e respostas gratuitas ou mediante cobrança
Associar-se com empresa de marketing para a realização de evento jurídico

### 3. Considerações Finais

No Brasil, impera a ideia de que não se busca o trabalho de um advogado como se procura um bem de consumo numa atividade comercial qualquer. Como bem observa José Renato Nalini,

“A contratação do causídico está sempre vinculada à ameaça ou efetiva lesão de um bem da vida do constituinte. Ele precisa de um profissional que atue tecnicamente, mas em quem confie suficientemente para entregar a ele informações íntimas sobre a família, bens e haveres, honra e deslizes”<sup>71</sup>.

A advocacia se consubstancia em serviço público e o advogado, no seu mister, exerce função social por cuja relevância lhe faz vedado utilizar-se de meios de publicidade mercantil ou estratégias marqueteiras comuns ao comércio em geral<sup>72</sup>.

Não desconhecemos a tendência atual de abrandamento da proibição da publicidade dos advogados e sociedades de advogados<sup>73</sup>. Aliás, segundo já decidiu o Conselho Federal da OAB, “a realidade dos dias que correm mostra que os advogados competem no mercado e projetam estratégias de mercado, sendo que, goste-se ou não, um *marketing* moderado é até

71 NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 225-226.

72 Cf. Conselho Federal da OAB, Recurso 0024/2004/OEP, Rel. Cons. Fed. Elarmin Miranda, *DJ* de 19.5.2005, p. 618, S 1.

73 Cf. AZEVEDO, Fábio Olímpio. *Comentários ao estatuto da advocacia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 10-11.

tolerado (vide boletins de escritórios, aparições em jornais etc.)”<sup>74</sup>.

Acreditamos até que a publicidade possibilita que o advogado desenvolva mais livremente sua atividade profissional, e mais que isso, autoriza que a sociedade desfrute de informação adequada para o exercício da cidadania, desde que, contudo, sejam respeitados os princípios legais e deontológicos da profissão.

Entretanto, algumas formas de publicidade ou estratégias de *marketing* esposadas [casuisticamente] neste trabalho, além de caracterizar conotação mercantil e captação de clientela, sintetiza uma forma de concorrência desleal, na medida em que somente os grandes escritórios poderão suportar as respectivas despesas. Além do mais, os meios de regulação ou controle pelo órgão de classe seriam extremamente dificultosos, sobretudo em face do grande número de inscritos em todo País.

Seja como for, salienta o saudoso professor Ruy de Azevedo Sodré:

“O cliente deve procurar o advogado, não na razão direta da propaganda por este feita, mas pelo prestígio de profissional honesto, culto e dedicado, independente, que não teme os poderosos, nem os corteja; que não transige com os direitos cuja defesa lhe foi confiada e que só a lei e a moral lhe norteiam os atos”<sup>75</sup>.

A melhor divulgação que o advogado pode fazer de sua atuação profissional, a fim de conquistar ou manter clientes, está na realização do seu trabalho, contínuo e dedicado, na repercussão que suas demandas têm; não em estratégias marqueteiras, mas, em primeiro lugar, “no íntimo de seu próprio cliente, que se sentirá satisfeito e não titubeará em indicar o seu advogado para seu amigo, parente ou voltar ele próprio a procurá-lo quando nova questão jurídica o atormentar. Essa é a única forma de propaganda capaz de valorizar o advogado”<sup>76</sup>.

---

74 Conselho Federal da OAB, 2ª Câmara, Ementa nº 144/2009/SCA, Recurso nº 0711/2006/ SCA, Rel. Cons. Fed. Zacharias Toron, DJ de 21.9.2009, p. 143.

75 SODRÉ. Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr., 1984, p. 159.

76 FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A importância do advogado para o direito, a justiça e a sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, p. 131.

#### **4. Referências bibliográficas**

AZEVEDO, Flávio Olímpio de. *Comentários ao estatuto da advocacia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *O advogado perfeito: atualização profissional e aperfeiçoamento moral do advogado*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2002.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. Proc. E - 1.435, Rel. Roberto Francisco de Carvalho, julgado em 19.9.1996.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. Proc. E-1.526, Rel. Rubens Cury, julgado em 24.4.1997.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. Proc. E-1.738/98, Rel. Luiz Carlos Branco, julgado em 17.9.1998.

BRASIL. Conselho Federal da OAB. Órgão Especial. Proc. 000115/96/OE, Rel. Carlos Mário da Silva Velloso Filho, j. 19.8.97, *DJ* 2.10.1997, p. 49221.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. Processo 1.630/97, Rel. Roberto Francisco de Carvalho, julgado em 11.12.1997.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. Proc. 1.684/98, Rel. João Teixeira Grande, Rev. Clodoaldo Ribeiro Machado, julgado em 21.5.1998.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 422ª Sessão, Proc. E-2.020/99, Red. Maria Cristina Zucchi, julgado em 18.11.1999.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 423ª Sessão, Proc. E-2.102/00, Rel. Maria Cristina Zucchi, julgado em 18.5.2000.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 423ª Sessão, Proc. E-2.136/00, Rel. Cláudio Felipe Zalaf, julgado em 15.6.2000.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 430ª Sessão, Proc. E-2.094/00, Rel. Osmar de Paula Conceição Júnior, julgado em 17.8.2000.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 438ª Sessão, Proc. E-2.425/01, Rel. José Garcia Pinto, julgado em 18.10.2001.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 427ª Sessão, Proc. E-2.241/00, Rel. João Teixeira Grande, julgado em 19.10.2000.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 463ª Sessão, Proc. E-2.896/04, Rel. Ricardo Garrido Júnior, julgado em 19.2.2004.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. Proc. E-3.010/2004, Rel. Ernesto Lopes Ramos, Rev. Fábio Kalil Vilela Leite, julgado em 21.10.2004.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 471ª Sessão, Proc. E-3.028/04, Red. Luiz Antônio Gambelli, julgado em 21.10.2004.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 477ª Sessão, Processo 3.130/05, Rel. Cláudio Felipe Zalaf, julgado em 19.5.2005.

BRASIL. Conselho Federal da OAB, Recurso 0024/2004/OEP, Rel. Cons. Fed. Elarmin Miranda, *DJ* de 19.5.2005, p. 618, S 1.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 479ª Sessão, Proc. E-3.198/05, Rel. Jairo Haber, julgado em 21.7.2005.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 480ª Sessão, Processo E-3.227/2005, Rel. Fábio Kalil Vilela Leite, julgado em 18.8.2005.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 484ª Sessão, Proc. E-3.266/2005, Rel. Maria do Carmo Whitaker, julgado em 15.12.2005.

BRASIL. Conselho Federal da OAB. Órgão Especial, Consulta 0018/2004/OEP, Rel. Cons. Fed. Gisela Gondin Ramos, *DJ* 20.10.2006, p. 1343, S 1.

BRASIL. Conselho Federal da OAB, 2ª T., 2ª Câmara, Recurso 2007.08.00458-05, Ementa 069/2007/2ªT-SCA, Rel. Cons. Fed. Jorge Aurélio Silva, *DJ* 14.9.2007, p. 1150, S1.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 504ª Sessão, Proc. E-3.538/2007, Rel. Luiz Francisco Torquato Avólio, julgado em 18.10.2007.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. Processo 4764/2007, Acórdão 10001, Rel. Ítalo Tanaka Júnior, julgado em 12.11.2007.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 513ª Sessão, Proc. E-3.640/2008, Rel. Fábio Guedes Garcia da Silveira, julgado em 21.8.2008.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 515ª Sessão, Proc. E-3.664/2008, Rel. Beatriz Mesquita De Arruda Camargo Kestener, julgado em 16.10.2008.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 520ª Sessão, Proc. E-3.712/2008, Rel. Beatriz Mesquita De Arruda Camargo Kestener, julgado em 16.4.2009.



BRASIL. Conselho Federal da OAB, 3ª T., 2ª Câm., Recurso 2007.08.03748-05, Ementa 054/2009/SCA, Rel. Cons. Fed. Pedro Origa Neto, *DJ* 22.4.2009, p. 349.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 521ª Sessão, Processo 3.736/2009, Red. Jairo Haber, julgado em 21.5.2009.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 523ª Sessão, Proc. E-3.779/2009, Rel. José Eduardo Haddad, julgado em 16. 7.2009.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 525ª Sessão, Proc. E-3.802/2009, Red. Luiz Antônio Gambelli, julgado em 16.9.2009.

BRASIL. Conselho Federal da OAB, 2ª Câmara, Ementa nº 144/2009/SCA, Recurso nº 0711/2006/ SCA, Rel. Cons. Fed. Zacharias Toron, *DJ* de 21.9.2009, p. 143.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB – Goiás. 5ª Turma, Consulta 2009/08634, Rel. Carlos Márcio Rissi Macedo, julgado em 29.9.2010.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 528ª Sessão, Proc. E-3.833/2009, Rel. José Eduardo Haddad, julgado em 10.12.2009.

BRASIL. Conselho Federal da OAB, 2ª Câm., Proc. 2008.08.00772-05, Ementa 079/2010/OEP, Rel. Cons. Fed. Walter de Agra Júnior, *DJ* de 7.5.2010, p. 37.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 533ª Sessão, Proc. E-3.898/2010, Rel. Flávio Pereira Lima, julgado em 15.7.2010.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. 537ª Sessão, Proc. E-3.939/2010, Rel. Gilberto Giusti, julgado em 18.11.2010.

BRASIL. Conselho Federal da OAB, 3ª T., 2ª Câm., Recurso 2008.08.05141-05/SCA-TTU, Ementa 128/2010/SCA-TTU, Rel. Cons. Fed. Lúcio Teixeira dos Santos, *DJ* 22.11.2010, p. 40.

BRASIL. Conselho Federal da OAB. Órgão Especial do Conselho Pleno. Consulta 2010.31.04738-01/OEP, Ementa 0144/2010/OEP, Rel. Cons. Fed. Walter de Agra Júnior, *DJ* 30.11.2010, p. 24/25.

BRASIL. Conselho Federal da OAB, 2ª Câmara, Ementa 278/2010/SCA-STU, Recurso 2009.08. 06537-05/SCA-STU, Rel. Cons. Fed. Walter Carlos Seyfferth, *DJ* de 21.12.2010, p. 41-42.

BRASIL. Conselho Federal da OAB, 2ª Câ., Proc. 2007.08.07500-05, Ementa 207/2010/SCA-TTU, Rel. Cons. Fed. Ulisses César Martins de Sousa, *DJ* de 23.12.2010, p. 13-14.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. Proc. E-3.998/2011, Rel. Cláudio Felipe Zalaf, julgado em 14.4.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Símbolos da Justiça [Têmis]*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=temis>>. Acesso em: 20 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Símbolos da justiça [balança]*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=balanca>>. Acesso em: 20 maio 2011.

BRASIL. 1ª Câmara Julgadora da Comissão de Sociedade de Advogados da OAB-SC. Processo nº 236/96, Rel. Rogério Reis Olsen da Veiga, julgado em 18.3.2008. Disponível em: <[http://www.cesa.org.br/arquivos/registro\\_cadep/Anexo%20Parecer%20da%20OAB-SC%20-%20pauta%2029042008.pdf](http://www.cesa.org.br/arquivos/registro_cadep/Anexo%20Parecer%20da%20OAB-SC%20-%20pauta%2029042008.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2011.

BRASIL. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo. Processo E-3.948/2010, Rel. Flávio Pereira Lima, julgado em 18.11.2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/melhores-pareceres/e-3-948-2010>>. Acesso em: 27 maio 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Eletrônico - versão 5.13. 7. ed. Positivo Informática Ltda. 2004.*

FIGUEIREDO, Laurady. *Ética profissional*. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A importância do advogado para o direito, a justiça e a sociedade*. Rio de Janeiro: Forense.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da oab*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr., 1984.

WIKIPEDIA, a enciclopédia livre. Estrela de Davi. [S.l.]: [s.n.], 2011. Disponível em [http://pt.wikipedia.org/wiki/Estrela\\_de\\_Davi](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estrela_de_Davi)

## NEGOCIAÇÕES COLETIVAS NO SETOR PÚBLICO

Adriana Ferreira de Paula<sup>1</sup>

### RESUMO

Este trabalho teve o propósito de abordar as controvérsias em torno das negociações coletivas com o setor público, através da pesquisa bibliográfica. Porém, antes enfocou-se a origem dos acordos e convenções coletivas no mundo e no ordenamento jurídico pátrio, os conceitos destes instrumentos, bem como o ponto comum e diferenciador de ambos. Buscou-se identificar a natureza jurídica das convenções coletivas, os passos para sua elaboração, a finalidade deste instrumento e as orientações de organismos internacionais quanto às negociações coletivas, especificamente no âmbito público. Demonstrou-se, neste trabalho, se é possível ou não, na atualidade, celebração de convenções ou coletivos com a administração pública no Brasil, sob a ótica da doutrina e de recente jurisprudência. Ressaltou, por último, o tratamento do assunto no direito comparado. Diante das controvérsias travadas a respeito das negociações com poder público realizou-se uma abordagem dialética.

**PALAVRAS - CHAVE:** convenção coletiva; setor público; acordo coletivo; servidor público

### 1 INTRODUÇÃO

Buscou-se, de início, a origem das normas coletivas no mundo e no Brasil. Posteriormente, a pesquisa perpassa por questões introdutórias das convenções e acordos coletivos, seja conceitos, natureza jurídica, requisitos para elaboração e sua finalidade.

Há, também, um enfoque do poder negocial entre a administração pública e os empregados públicos da administração direta e indireta, bem como das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Apresentou-se, ainda, países que realizam negociações coletivas no setor público.

Porém, o ponto central gira em torno da possibilidade ou não do poder público celebrar convenção ou acordo coletivo com os sindicatos dos servidores públicos no Brasil? Na busca de respostas para esta indagação, analisou-se as orientações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Constituição Federal de 1988, bem como a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal (STF), através da pesquisa bibliográfica e emprego do método dialético, em razão dos divergentes posicionamentos.

---

<sup>1</sup> Professora da FAR – Faculdade Almeida Rodrigues e Advogada

## **2 Origem das convenções coletivas no mundo e no ordenamento jurídico brasileiro**

As convenções coletivas originam da Europa Ocidental e dos Estados Unidos, posteriormente foi expandida aos países industrializados. Foi na Inglaterra que as associações de trabalhadores começaram a estabelecer condições de trabalho através de convenções, desde 1824 (MARTINS, 2006).

Para o mesmo Autor, no Brasil, as convenções coletivas surgiram com o Decreto n. 21.761 de 1932, tendo por base a Lei francesa de 1919. Eram consideradas ajustes relativos às condições de trabalho entre um ou vários empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores, com vigência de um ano, podendo ser prorrogado tacitamente.

Estabelecia o referido Decreto que as convenções tinham efeito normativo, ou seja, eram aplicadas a toda categoria profissional ou econômica. Salienta-se que compreende por categoria profissional os empregados, e econômica os empregadores.

A primeira Constituição brasileira a reconhecer as convenções coletivas foi a CF de 1934.

Já a CF de 1937 utilizava a expressão contrato coletivo. A Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 (CLT) empregou as expressões contratos coletivos, que “[...] eram aplicáveis apenas aos sócios do sindicato, podendo ser estendidos a todos os membros da categoria por meio de decisão do Ministro do Trabalho” (MARTINS, p.818, 2006). Vê-se que a CLT não estabelecia o efeito normativo das convenções coletivas – aplicação a toda categoria, independentemente de fazer parte do sindicato, o que somente foi reconhecido mais tarde.

Com o advento da CF de 1946, tem-se o retorno da denominação convenção coletiva em nível constitucional, porém a CLT mantém a expressão contrato coletivo.

Somente em 1967, através do Decreto-lei n. 229 que a CLT fora modificada, sendo banida da CLT a denominação contrato coletivo, passando esta a empregar o nome convenção coletiva. Também fora, ampliada o seu campo de abrangência, ou seja, a referida norma era aplicada a toda categoria, como previa o Decreto 21.761 de 1932, citado anteriormente. Além disso, o Decreto n. 229 de 1967 possibilitava a elaboração de acordos coletivos.

A CF de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 reconhecem as convenções coletivas.

Porém, foi com CF de 1988 que tivemos a principal inovação quanto às negociações coletivas, seja regulamentação da possibilidade de celebração de convenção coletiva, bem como os acordos coletivos, o que não fora cogitado nas Constituições anteriores, apenas por meio de Decreto.

Com o advento da CF de 1988, as convenções e acordos coletivos revelam grande

importância para relações laborais, uma vez que a Constituição e a CLT tratam dos direitos mínimos aplicáveis a toda relação de emprego, ou seja, não cuida das especificidades de uma determinada classe de empregados e patrões. Além disso, as negociações coletivas possibilitam a flexibilização dos direitos trabalhistas, principalmente no momento de crise econômica.

Após, análise do contexto histórico das convenções coletivas, especificamente, a trajetória nas Constituições brasileiras, convém buscar os conceitos, bem como a distinção desta dos acordos coletivos.

### **3 Conceitos e distinção de convenções e acordos coletivos**

Prescreve o art. 611 da CLT que:

a convenção Coletiva de Trabalho é 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 (COSTA, 2010, p. 98).

Observa-se que as convenções coletivas são pactos celebrados entre um ou mais sindicatos da categoria econômica-empregadores e profissional-empregados, visando a melhores condições de trabalho, com efeito, *erga omnes*, ou seja, aplicável a toda classe representada pela organização sindical conveniente.

Ademais, os acordos coletivos são celebrados entre os sindicatos da categoria profissional, com uma ou mais empresas, objetivando, também, melhores condições de trabalho, aplicável no âmbito da empresa ou das empresas acordantes. Senão veja-se o § 1º, do art. 611 da CLT:

é facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho (COSTA, 2010, p. 98).

Ressalta-se que, na falta de sindicatos, tem legitimidade para celebrar as convenções coletivas as federações e confederações, que são órgãos superiores dentro da organização sindical. Nesse sentido preceitua o § 2º do art. 611 da CLT:

as Federações e, na falta destas, as Confederações representativas de

categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em sindicatos, no âmbito de suas representações (COSTA, 2010, p.98).

Vislumbra-se dos conceitos traçados pela CLT, que o ponto comum entre as convenções e acordos coletivos é a estipulação de condições de trabalho, a serem aplicadas aos contratos de trabalho, com efeito normativo, ou seja, deve ser observada por toda categoria. Por outro lado, as convenções e acordos coletivos distinguem quanto aos sujeitos acordantes, pois as convenções são elaboradas entre os sindicatos dos empregados e dos empregadores, enquanto os acordos são pactuados entre sindicatos dos empregados com uma ou mais empresas.

Outrossim, as convenções coletivas ganham destaque quando a sua finalidade, como verifica-se a seguir.

#### **4 Natureza Jurídica**

Várias teorias tentam explicar a natureza jurídica das convenções coletivas, tais como: teoria contratualista ou civilista, que justifica a natureza das convenções nos contratos civis (mandado, estipulação em favor de terceiro, gestão de negócio e contrato inominado); teoria normativa ou regulamentar e, por fim, a teoria mista (MARTINS, 2006).

Porém, segundo Saraiva (2008, p.360),

prevaleceu na doutrina à teoria mista, indicando que a convenção tem dupla natureza: contratual e normativa. É contratual, pois é fruto de um acordo de vontades entre os celebrantes do instrumento normativo. E é normativo, pois tem efeitos *erga omne*, gerando direitos e obrigações para todos os integrantes das categorias profissionais e econômicas, mesmos não associados.

Para Martins (2006), com sustentáculo no pensamento de Carnelutti, a natureza da convenção coletiva é controvertida, ou seja, híbrida, vez que tem corpo de contrato alma de lei.

Fala-se em corpo de contrato por tratar-se de um ajuste entre as partes, que, por sua vez, é aplicado a toda categoria representada pelo sindicato, seja aos empregados e empregadores filiados ou não à organização sindical, daí a comparação com a lei. Já os acordos têm efeito *inter partes*. Tem-se, com isso, o efeito normativo das convenções e acordos

coletivos, não reconhecidos a *priori* pela CLT de 1943, somente mais tarde, como rechaçado anteriormente.

## **5 Elaboração e Finalidade das negociações coletivas**

Os passos para elaboração das convenções coletivas são: publicação de edital, convocando para assembleia, em órgão oficial ou de maior circulação local, contendo a ordem do dia e a matéria que será discutida; discussão das cláusulas pela assembleia, que é o órgão máximo do sindicato; a eficácia varia de acordo com a base territorial dos sindicatos convenentes; tem validade a convenção durante o prazo de sua vigência, nunca superior a dois anos, depois de três dias, do depósito de duas vias no Ministério do Trabalho e Emprego, tal requisito é imprescindível para dar-lhe publicidade (BARROS, 2010).

Para Delgado (2009), a negociação coletiva é meio de autocomposição de conflito coletivo de trabalho, de cunho essencialmente democrático, que visa à regulação de interesses profissionais e econômicos de “significativa relevância social”, instrumentalizando-se em convenções e acordos coletivos de trabalho.

Têm as convenções coletivas o escopo de propiciar “[...] o entendimento entre o capital e trabalho, para o aumento da produtividade e melhores condições de vida do trabalhador, elementos indispensáveis à paz social” (BARROS, 2010, p.1269).

## **6 Recomendações da Organização Internacional do trabalho sobre as convenções na iniciativa pública**

A OIT é uma agência do sistema das Nações Unidas, fundada em 1919, com sede em Genebra, na Suíça e estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do Governo. Suas normas são preparadas pelos dirigentes da OIT (governo, empresários e trabalhadores) e aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho, que podem tomar a forma de Convenção ou Recomendação (AS RELAÇÕES DE TRABALHO..., 2010).

A Convenção n. 91 de 1951 da OIT define os contratos coletivos como sendo,

todo acordo escrito relativo às condições de trabalho ou emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, e, por outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por eles, de acordo com a legislação dos respectivos países (MARTINS, 2006, p.818).

Para Barros (2010, p.1257) “a partir da década de 60, consolida-se a sindicalização no serviço público e começa a expandir a negociação coletiva, manifestando no cenário internacional por meio de Convenções de n. 87, 98, 151 e 154 da OIT”.

A Convenção n. 87 da OIT, no seu art. 2º, “assegura aos trabalhadores e empregadores, sem nenhuma distinção, o direito de constituírem organizações de sua escolha e de a elas se filiarem” (BARROS, 2010, p.1257).

Já a Convenção n. 98, ratificada pelo Brasil, segundo a mesma Autora, diz respeito à negociação no setor público e assevera que “[...] a legislação nacional deverá determinar o alcance das garantias previstas na presente Convenção, no que se refere à sua aplicação às forças armadas e à polícia”.

A Convenção 151 de 1978 da OIT faz referência às relações de trabalho no setor público ao prever que “[...] os agentes públicos devem beneficiar-se de uma proteção adequada contra os atos de discriminação capazes de implicar atentado à liberdade sindical, devendo a organização gozar de independência em relação às autoridades públicas” (BARROS, 2010, p.1257).

A noticiada autora diz que a Convenção 151, ainda, estabelece que,

devam ser adotadas medidas apropriadas para encorajar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação sobre as condições de trabalho entre as autoridades públicas e as organizações de empregados públicos ou de qualquer outro método que permita aos representantes dos empregados públicos participarem da determinação dessas condições (BARROS, 2010, p.1257).

Cabe assinalar que “a Convenção 151 da OIT, foi ratificada pelo Brasil em 30 de março de 2010, ou seja, recentemente. A noticiada Convenção estabelece “o princípio da negociação coletiva entre trabalhadores públicos e os governos das três esferas - municipal, estadual e federal” (NEGOCIAÇÃO COLETIVA..., 2010).

A Convenção n. 154, da OIT, também disciplina o assunto, propondo a “[...] a existência de negociação coletiva em todos os ramos da atividade econômica, até mesmo no setor público” (MARTINS, 2006, p.819).

Além das Convenções n. 87, 98, 151 e 154, existe a Recomendação n. 163 da OIT que, embora não tem a roupagem de tratado internacional, serve de auxílio para os países que resolvem por em práticas as Convenções. Estabelece a citada Recomendação que “[...] o direito de negociação deve ser amplo, livre e independente, devendo as soluções dos conflitos serem encontradas pelas próprias partes” (MARTINS, 2006, p.819).

Da análise das citadas Convenções e Recomendação da OIT, conclui-se que, no



cenário internacional, as orientações da OIT sempre foram no sentido de banir a discriminação entre os empregados celetistas e servidores públicos quanto aos instrumentos negociais. Partindo desta premissa, mister se faz investigar se é possível a realização de negociações coletivas com a administração pública no Brasil, sob a ótica da CF de 1988 e do STF?

## **7 Negociações coletivas no setor público**

Demorou muito para ser sedimentado o direito à sindicalização dos servidores públicos, enquanto isso a relação de trabalho destes eram regidas exclusivamente pelo direito administrativo.

O direito à sindicalização no âmbito público esbarrava na concepção de que a intervenção das forças sociais e econômicas era incompatível com a autoridade do Estado. Além disso, tinha como elemento dificultador a sindicalização dos servidores públicos a principal função do sindicato, ou seja, os movimentos grevistas, que foram proibidos, por longo tempo, em vários países (BARROS, 2010).

Com relação às negociações coletivas, as resistências são maiores, uma vez que sustentavam a dificuldade do Estado de transigir diante das condições econômicas dos servidores públicos estarem inclusas nas verbas orçamentárias deste, bem como em decorrência do fato dos servidores públicos fazer parte de num regime institucional e não contratual (BARROS, 2010).

A CF de 1988 prevê no art. 5º, inciso XVII, a existência das “corporações associativas armadas de natureza religiosa, ideológica, patriótica, dentre outras”, como a liberdade de associação (BRASIL, 2010).

Estabelece, ainda, a CF de 1988, no art. 37, inciso VI, o direito dos servidores públicos constituírem sindicatos de forma livre, exceto os militares por força do art. 142, § 3º, inciso IV da CF de 1988 (BRASIL, 2010).

O art. 37, da CF de 1988, no inciso VII, assegura aos servidores públicos o direito de greve, que deverá ser exercido nos termos e limites da lei. Sobre este assunto, o STF já pacificou o assunto, após propositura de vários mandados de injunção, dizendo que até ser publicada referida lei, será aplicada a Lei n.7.783 de 1989, da iniciativa privada aos movimentos grevistas dos servidores públicos (SARAIVA, 2008).

Destarte, existe uma dicotomia no campo doutrinário quanto às negociações coletivas no setor público, há os que defendem e os que são contra.

Salienta-se que os posicionamentos favoráveis sustentam que é possível à negociação coletiva com o setor público através da criação de um órgão para negociar em nome da administração pública, em que o resultaria na celebração de um acordo coletivo (BARROS, 2010).

Outrossim, é importante ressaltar que a possibilidade de negociação coletiva esteve presente no ordenamento jurídico pátrio, através da Lei n. 8.112 de 1990, que tratava do regime jurídico único dos servidores da administração direta, das autarquias e fundações públicas. Porém, as alíneas “d” e “e” do art. 240 da noticiada lei, que fazia referência às convenções coletivas foram declaradas inconstitucionais pelo STF, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República em 12 de novembro de 1992, excluindo dos servidores a negociação coletiva. Posteriormente, a Lei n. 9.527, de 1997, revogou as alíneas supracitadas (BARROS, 2010).

Vale dizer que as negociações com a administração pública propiciaria a realização de concursos públicos, planos de cargos, carreiras e salários, programas de formação profissional e melhoria das condições de trabalho. Com isso, torna-se mais forte a melhoria dos serviços públicos.

Para Stoll (2007, p.116),

ora, não se pode deixar de perceber a extensão social que a negociação coletiva de trabalho comporta, pois bem sucedida elimina a possibilidade de greves, que para o caso dos servidores públicos tem sido utilizada como um substitutivo à própria negociação, como forma de fazer chegar a termo as reivindicações e as necessidades dos servidores públicos diante do Estado-empregador. A greve deve ser utilizada como último recurso por causa das consequências que acarreta para a sociedade local e mesmo de forma mais ampla, dependendo da extensão da categoria que dela se serve.

Já os que são contra a negociação com o setor público, sustentam que o regime dos servidores públicos é estatutário, seja institucional, com relação jurídica estabelecida em leis, decretos e regulamentos.

Também, os posicionamentos desfavoráveis às negociações coletivas têm como sustentáculo o art. 61, inciso II, alínea “a” da CF de 1988 que dispões sobre,

[...] a impossibilidade da concessão de aumento salarial por negociação coletiva, pois a ‘criação de cargos, funções ou empregados públicos na administração direta e autárquica ou o aumento de sua remuneração’ só podem ser feitos mediante lei de iniciativa do Presidente da República (MARTINS, 2006, p.840).

Arremata o referido Autor dizendo que a conclusão a que se chega é que o servidor público tem direito à sindicalização, mas não pode negociar mediante convenção ou

acordo coletivo, diante do princípio da legalidade que está vinculado à administração pública conforme o art. 37 da CF de 1988. Nesse sentido preceitua Saraiva (2008).

O STF já pronunciou sobre o assunto e, infelizmente manifestou contra as negociações coletivas no setor público como se depreende da Súmula 679 de 2003, senão veja-se: “a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva” (MARTINS, 2006).

Porém, para a teoria que admite a possibilidade de negociação coletiva no setor público, a omissão do art. 39, da CF de 1988, em relação ao inciso XXVI do art. 7º., não é motivo suficiente para a não fruição desse direito pelos servidores públicos, pois, tem-se uma incongruência o direito à sindicalização dos servidores públicos, bem como a concessão do direito de greve, sem o reconhecimento do direito à negociação coletiva, que constitui um mecanismo de evitar a greve e suas danosas conseqüências (STOLL, 2007).

Assim, como disse o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, José Luciano de Castilho Pereira “[...] é urgente uma reforma constitucional, para que seja criado um mecanismo de solução das questões dos servidores públicos, como indicado por Sussekind, seguindo orientações da Organização Internacional do Trabalho” (STOLL, 2007, p.111).

## **8 Empregados públicos e o poder negocial**

Os empregados públicos constitui uma modalidade de empregado e distingue dos servidores públicos quanto ao regime, ou seja, os empregados públicos, embora para ingressar no cargo dependam de concurso de provas ou provas e títulos, nos termos do art. 37, da CF de 1988, são regidos pela CLT.

Vale dizer que os empregados públicos podem ser da administração direta ou indireta, novidade inserida com o fim do regime único dos servidores públicos, após a Emenda Constitucional n. 19 de 1998, que alterou o art.39, da CF de 1988, ou das empresas públicas e sociedades de economia mista, com arrimo no art. 173, §1º, inciso II da CF, de 1988 (SARAIVA 2008).

Ocorre que o Partido dos Trabalhadores (PT) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em 02 de agosto de 2007, para suspender a vigência do noticiado artigo. Acabou que o STF concedeu liminar suspendendo o referido dispositivo, em razão de vício formal no processo de elaboração da norma.

Segundo Saraiva (2008, p.304):

uma das razões que levaram à concessão da liminar deve-se ao fato de que, ao elaborar o texto enviado para votação em segundo turno a comissão especial de redação da Câmara dos Deputados teria deslocado o § 2º do

art. 39, cuja proposta de alteração havia sido rejeitada no primeiro turno, o que é proibido pelo próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art.118).

Assim, voltou a vigorar a redação anterior do art. 39, da CF de 1988, que prescreve regime único para administração direta, autárquica e fundacional (SARAIVA, 2008).

Há que ressaltar, que antes da liminar concedida na ADI foram contratados empregados públicos pela administração direta, bem como fora editada a Lei n. 9.962 de 2000, que regulamenta a contratação de empregados públicos pela administração federal direta, autárquica e fundacional.

Salienta-se que a decisão do STF produz efeito a partir da sua concessão, seja *ex nunc*.

Tem-se, portanto, que os contratos dos empregados públicos da administração direta e a lei que regula a contratação destes pela União são plenamente válidos, ou seja, a União pode admitir empregados públicos e permanece os contratos dos empregados públicos contratados pela administração direta-Estado e Município.

Os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista, representados pelos sindicatos da categoria estão autorizados a celebrar convenções ou acordos coletivos.

Com efeito, existe controvérsia quanto aos empregados públicos contratados pela administração direta (Município, Estado e União) ou indireta (fundações e autarquias).

A convenção ou o acordo coletivo não podem ser aplicados aos empregados públicos da administração direta, autárquica e fundacional, pelos seguintes motivos: a matéria relativa aos vencimentos dos servidores públicos obedece ao princípio da legalidade, o que impede a negociação e reivindicação sindical de conteúdo econômico; o art. 61, §1º, inciso II, alínea “a” da CF de 1988, assevera que aumento salarial somente é possível através de lei de iniciativa do Presidente da República; o art. 169, da CF de 1988, estabelece que deva existir prévia dotação orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias para o aumento salarial; a convenção não pode ser aplicada ao ente público em virtude deste não fazer parte de nenhuma categoria econômica, não estando vinculado a qualquer sindicato patronal; a administração também não pode celebrar acordo coletivo em função também do princípio da legalidade (SARAIVA, 2008).

## **9 Negociações coletivas com a administração pública no direito comparado**

Vários países asseguram as negociações coletivas no setor público por força de lei ou do costume, inclusive países latino-americanos.

Podemos citar a Inglaterra, França (Lei n. 13 de julho de 1983), Suécia (Lei n. 1960), Estados Unidos (39 Estados – a legislação data de 1981), Itália (inicia-se o processo em 1969, e o último ato é o de 1983), Venezuela (a negociação com os servidores públicos tem-se desenvolvido sem base legislativa) e o Peru (em que a negociação é autorizada apenas para hipóteses não relacionadas com os salários) (BARROS, 2010).

## **10 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vislumbra-se que o Brasil não evoluiu neste ponto, pois o arcabouço jurídico pátrio não prevê expressamente a possibilidade de celebração de convenção coletiva no setor público, apenas para os empregados celetistas e empregados públicos de empresas públicas ou sociedades de economia mista. E, nesse rumo segue a jurisprudência, deixando os servidores públicos à mercê do Poder Público quanto às condições de trabalho, peculiarmente a respeito de reajuste salarial.

Com a ratificação da Convenção n. 151, da OIT, tem-se um grande avanço rumo ao fortalecimento da democracia, porém para a referida Convenção ser colocada em prática, faz-se necessário a promulgação de uma lei, disciplinando o poder negocial no setor público e alteração na CF de 1988. Portanto, até que seja editada a referida lei, os servidores e empregados públicos da administração direta ou indireta não estão alforriados por completo do poder absoluto dos governantes. E o que é pior, continuarão utilizando o mecanismo de pressão, a greve, que deveria ser o último recurso, diante de suas consequências sociais.

## REFERÊNCIAS

AS RELAÇÕES DE TRABALHO, No Setor Público: **Ratificação da Convenção 151 e Resolução 159 da OIT**. Disponível em:< [http://www.cntssc.org.br/download/nota\\_tecnica\\_convencao\\_151.pdf](http://www.cntssc.org.br/download/nota_tecnica_convencao_151.pdf)>. Acesso em: 08.09.2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. 1392p.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em:08.09.2010.

COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiádes Rodrigues. **CLT-LTr 2010**. 37. ed. São Paulo. LTr, 2010. 943p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. 1344p

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 887p.

NEGOCIAÇÃO COLETIVA, No setor público. Disponível em:<<http://www.sindsaude.org.br/noticia.asp?acao=verNoticia&id=1590>>. Acesso em 07.09.2010.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2008. 446p.

STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**. São Paulo. Ltr, 2007. 174p.

# NORMAS CONSTITUCIONAIS DE JUSTIÇA SOCIAL: INCIDÊNCIA E EFICÁCIA NO SISTEMA FINANCEIRO

Flávio José Roman<sup>1</sup>

## Resumo

Procura demonstrar a incidência e a eficácia das normas constitucionais de justiça social na regulação do sistema financeiro nacional. Numa primeira parte, destaca algumas dessas normas de direito social. Em seguida, exemplifica sua aplicabilidade com precedentes do Supremo Tribunal Federal. Na parte final, aborda a incidência dessas normas constitucionais nas leis e normas infralegais de fomento ao microcrédito.

**Palavras-chave:** Direito constitucional. Justiça social. Direitos sociais e sistema financeiro.

## Abstract

*The present paper tries to evidence the incidence and the force of the social rights in the financial system's regulation. First, it identifies some social rights. Then, it exemplifies some Supreme Federal Court's precedents that apply these rights. At last, it analyses legislative acts and regulations that promote microcredit.*

**Keywords:** *Constitutional law. Social justice. Social rights and financial system.*

## 1 Introdução

A recente comemoração dos vinte anos da Constituição da República oferece o ensejo ideal para o debate sobre a eficácia de suas normas. Nesse contexto, propomos o estudo de um tema que, se não é esquecido, certamente não é dos mais tratados na doutrina e na jurisprudência. Referimo-nos à discussão sobre a eficácia das normas de justiça social incidentes no âmbito do sistema financeiro nacional, ou seja, das normas constitucionais que determinam o desempenho de uma função social aos agentes que atuam nesse setor da economia.

Na seção 2, indicaremos quais são as disposições constitucionais que impõem um comportamento voltado ao atendimento dos interesses da coletividade na regulação do sistema financeiro nacional – não só apontar quais são essas disposições constitucionais, mas também tentar revelar qual é o tipo de comportamento que elas prescrevem para os agentes,

1 Procurador do Banco Central, mestre e doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

para, enfim, averiguar sua eficácia.

Na seção 3, faremos um estudo de dois precedentes do Supremo Tribunal Federal, mediante os quais procuraremos evidenciar que a jurisprudência dessa corte já revela certa preocupação com a funcionalidade social do sistema financeiro nacional. É verdade que, muitas vezes, esse problema não se revela explícito, mas um exame cauteloso expõe os termos desse debate nos julgamentos referidos.

Na seção 4, apontaremos algumas inovações normativas que procuraram garantir maior concretude às determinações constitucionais de justiça social no sistema financeiro. Nosso objeto de estudo, nessa parte, será especificamente a legislação sobre microcrédito, e nossa finalidade, demonstrar a preocupação do Legislativo e da Administração Pública em fomentar o cumprimento das determinações constitucionais de justiça social no âmbito de sistema financeiro.

Assim, os conceitos determinados na seção 2, acerca da eficácia das normas constitucionais de justiça social, ganham aplicabilidade na seção 3 e na 4. O propósito é demonstrar a eficácia dessas normas constitucionais de cunho social para, de forma conclusiva, negar a hipótese de que elas formam um discurso constitucional vazio. Ou seja, pretendemos mostrar que essas normas não são meras diretrizes programáticas sem qualquer efeito ou utilidade na prática jurídica.

## **2. As normas constitucionais de justiça social**

Em dezembro de 1989, quando a Constituição da República havia acabado de completar seu primeiro ano, o país calculava uma inflação de 1.764% por ano, então, um recorde<sup>2</sup>. No campo macroeconômico, era natural que as políticas públicas estivessem quase exclusivamente voltadas para o combate à inflação. Como se sabe, a corrida inflacionária corrói os salários da população, em especial da mais carente, sem acesso ao sistema financeiro, que, justamente por isso, é incapaz de proteger seus parcos ganhos da depreciação. Boa parte dos esforços do Estado, como era de se esperar, estava vinculada à tentativa de vencer o fenômeno inflacionário. Nessas condições, a primeira política econômico-social deve ser a conquista da estabilidade de preços.

A partir de meados dos anos 1990, após a estabilização dos preços, sobra algum fôlego às autoridades, que poderão, assim, dedicar-se a novos desafios. Na perspectiva de Fernando J. Cardim de Carvalho (2005, p. 2-3), a política macroeconômica não deve restringir seus objetivos à estabilidade de preços, mas sim buscar a estabilidade macroeconômica, isto é, precisa alcançar níveis adequados de inflação, de emprego e de produto. Afastado o discurso único de combate à inflação, já se viabiliza a aplicação de maiores esforços em outras

---

2 Informação disponível em: <[http://almanaque.folha.uol.com.br/dinheiro\\_29dez1989.htm](http://almanaque.folha.uol.com.br/dinheiro_29dez1989.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2008.



políticas públicas, tais como a de inclusão no sistema financeiro – a chamada “bancarização” – e de fomento às microfinanças, em especial ao microcrédito<sup>3</sup>. Ganha força, nesse contexto, o debate sobre a eficácia das normas constitucionais de fomento social no âmbito do sistema financeiro.

É verdade, porém, que, a partir de setembro de 2008, com a crise econômica financeira global, poder-se-ia pretender restringir as preocupações com a funcionalidade social do sistema financeiro, com a argumentação da necessidade de higidez. Contudo, a crise, longe de ser fator para contenção nessa seara, apresenta-se como elemento decisivo para o fomento de iniciativas orientadas a assegurar maior concretude às normas constitucionais de justiça por ao menos dois importantes motivos: a) o sepultamento do discurso neoliberal de não-intervenção do Estado na regulação econômica<sup>4</sup>; e b) o comportamento do microcrédito justamente como um dos pouquíssimos setores da economia não afetados pela atual crise financeira global (WHEATLEY, 2009, p. C3). Realmente, aqueles que detêm poucos recursos são incapazes de abrir mão das poucas linhas de crédito disponíveis, afinal é difícil conter despesas quando já se vive de forma modesta. Sob outra ótica, já não cabe questionar a necessidade de intervenção estatal a determinar formas distributivas de renda, como forma de assegurar a própria higidez do sistema<sup>5</sup>.

Não fossem suficientes essas duas razões – que certamente não são estritamente jurídicas –, caberia ressaltar que as normas relativas aos direitos sociais são norteadas pelo princípio da proibição de retrocesso e respeito ao conteúdo mínimo<sup>6</sup>. Portanto, a atual crise exige maior atenção da comunidade jurídica, em especial do Judiciário, na preservação das conquistas sociais já alcançadas e na preservação do conteúdo mínimo das normas de justiça social.

Vejamos, então, quais são essas normas constitucionais de justiça social. Na Constituição da República, o sistema financeiro é regulado pelo art. 192, que, embora um tanto amputado pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, mantém a orientação firme do constituinte originário no sentido de que ele **deve ser** “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade” (Constituição da República, art. 192, *caput*). Diante desse imperativo, explica José Afonso da Silva (2006, p. 754) que “as instituições financeiras privadas ficam, assim, também, e de modo muito preciso, vinculadas ao cumprimento de funções sociais bem caracterizadas”.

3 O conceito de microfinanças é mais largo que o de microcrédito, explicam Marden Marques Soares e Abelardo Duarte de Melo Sobrinho (2007, p. 51). O primeiro conceito refere-se à prestação de serviços financeiros adequados e sustentáveis para a população de baixa renda, geralmente excluídas do sistema financeiro tradicional, mediante a utilização de produtos, processos e gestão diferenciados. Já o conceito de microcrédito caracteriza-se pela prestação desses serviços a pessoas físicas e jurídicas empreendedoras de pequeno porte mediante metodologia diferenciada, vale dizer, pela presença dos seguintes elementos: a) agente de crédito; b) garantia solidária; e c) prazo curtos e valores crescentes.

4 “E parece que a intervenção estatal, *à la New Deal*, é inevitável” (SADDI, 2008, p. 38). Sobre a questão, cf., ainda, Paulo Nogueira Baptista Júnior (2009, p. B2) e José Carlos de Assis (2009, p. A9).

5 Cf., a propósito, o texto de Andre Ramos Tavares (2006, p. 801-814), no qual destaca a necessidade de intervenção estatal para evitar crises econômicas e cogita, até mesmo, o estado de emergência econômica.

6 Sobre a questão, cf., por todos, José Carlos Vieira de Andrade (2004, p. 385 e ss.).

Nessa perspectiva, o sistema financeiro é concebido como um instrumento de consumação de políticas públicas, sem, no entanto, exercer uma função pública (TURCZYN, 2005, p. 358). Afirmar que o sistema financeiro deve desempenhar uma função social é destacar a necessidade de exercer suas atividades em atenção aos ditames da justiça social, de forma a contribuir para o atendimento de objetivos socialmente desejados.

A determinação do exercício de uma funcionalidade social pelo sistema financeiro, contudo, não se resume às disposições do referido art. 192 da Constituição. É que o sistema financeiro não se imagina isolado da ordem econômica e financeira; ele constitui apenas um capítulo desse título constitucional. E, por isso, também se aplicam ao sistema financeiro os princípios e as regras constitucionais referentes à ordem econômica, tais como os da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, da sujeição aos ditames da justiça social e da função social da propriedade, entre outros<sup>7</sup>, tudo a revelar sua vinculação às determinações de bem servir aos interesses da coletividade<sup>8</sup>.

É preciso, então, procurar compreender qual é a eficácia dessas determinações constitucionais, ou seja, entender quais são os efeitos jurídicos decorrentes dessas normas, em virtude dos quais devem ser cumpridas e respeitadas (EFICÁCIA. *In*: SILVA, 2004, p. 509). Esse estudo evitará o erro de se imaginar que o constituinte pretendeu tão-só fazer mera exortação, sem conteúdo vinculante, ao que considerou um desempenho desejável das instituições que compõem o sistema financeiro. Cientes dessa perspectiva, vamos nos apoiar no sistema de classificação das normas constitucionais proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 239 e ss.), que, sem pretender excluir outras formas de classificação, tem como critério a concessão de direitos mais ou menos amplos, descendentes direta e imediatamente da Constituição, em prol do administrado<sup>9</sup>.

Nessa sistemática, vamos encontrar três tipos de normas constitucionais. No primeiro tipo, a norma outorga um “poder jurídico”, vale dizer, a norma confere ao administrado uma situação subjetiva cuja fruição não depende de prestação alheia; a satisfação, portanto, não se resolve no cumprimento de uma obrigação a ser adimplida por outrem, pois o bem jurídico protegido é desfrutável em si mesmo, concebido fora de uma **relação jurídica**. As normas constitucionais que asseguram o direito à vida, o direito de ir e vir, a inviolabilidade do domicílio são exemplos desse primeiro tipo de normas. Chamaríamos essas normas – tomamos essa liberdade, apesar de o autor assim não o ter feito – de **constitucionais de abstenção**, pois elas não requerem uma prestação do poder público, mas antes a sua não-intervenção<sup>10</sup>.

7 Cf. art. 170, *caput* e incisos, da Constituição da República.

8 Cf. VILLA-VERDE FILHO, 2001, p. 10-11 e 84

9 Embora a classificação tenha sido proposta no regime constitucional anterior, o sistema classificatório permanece completamente atual.

10 Não se nega, nessa proposta, que o Direito Constitucional já reconhece não só um dever de abstenção do Estado, mas também o seu dever de agir positivamente para assegurar a inviolabilidade desses direitos. Cf., sobre o tema, por todos, José Carlos Vieira de Andrade (2004, p. 147 e ss.). Essa dimensão objetiva dos direitos de defesa não inviabiliza a classificação proposta, pois ainda fica clara a distinção entre esses direitos de **abstenção**

O segundo tipo de normas é constituído pelas normas constitucionais que estabelecem em prol dos administrados uma utilidade concreta, passível de exercício mediante prestação positiva. Nesse caso, a fruição do direito se encerra numa relação jurídica, há uma prestação a ser adimplida por outrem, por isso exige-se que a norma constitucional tenha desenhado a conduta a ser desempenhada por outrem. Quando a Constituição, no § 1º do art. 208, garante que o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” oferece um bom exemplo desse tipo de norma. Chamá-riamos essas normas de **constitucionais de prestação**, pois elas caracterizam de modo suficiente o comportamento devido, geralmente pelo poder público, para a satisfação do direito.

Finalmente, o terceiro tipo de norma é formado pelos preceitos cujos enunciados **não** revelam uma situação plenamente consistente do administrado, tais como as hipóteses descritas nos dois primeiros tipos, mas se limitam a indicar uma finalidade a ser obrigatoriamente cumprida sem, contudo, apontar os meios necessários para seu atendimento. Vale dizer, a norma constitucional não indica “as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra” (MELLO, 1981, p. 243). Chamá-riamos essas normas de **constitucionais de orientação finalística**. Celso Antônio Bandeira de Mello oferece como exemplo as normas que fixam os princípios constitucionais da ordem econômica e social, bem como a regra que determina a função social da propriedade. O autor explica que, embora os termos dessas normas não confirmem fruição alguma nem permitam que se exija o desfrute de algum bem jurídico, isso não autoriza a imediata conclusão de que essas normas são inúteis. Distintamente, conferem ao administrado o direito de se opor às práticas administrativas e legislativas contrárias às finalidades reveladas por seus enunciados, bem como a prerrogativa de que a interpretação jurisdicional seja orientada por aquela prescrição teleológica constitucionalmente traçada. Nas palavras do autor,

[...] tais regras não são irrelevantes. Assim, desde logo, permitem deduzir imediatamente que é proibida a edição de normas ou a prática de comportamentos antagônicos ao disposto no preceptivo, pois seriam inconstitucionais. Permitem ainda concluir que, por força de seus enunciados, a Administração, ao agir, terá de comportar-se em sintonia com as diretrizes destes preceitos e o Judiciário, ao decidir sobre qualquer relação jurídica, haverá de ter presente estes vetores constitucionais como fator de inteligência e interpretação da relação jurídica *sub judice*.  
Donde, é possível concluir que as regras em apreço conferem, de imediato, ao administrado direito a: a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais

---

e os que serão indicados na seqüência.

protegidos por tais regras. (MELLO, 1981, p. 243).

É importante anotar, ainda, que a vagueza e a imprecisão terminológica, que são comuns nesse terceiro tipo de norma, não são capazes de retirar-lhe a eficácia e a imediata aplicabilidade. Daí que essas normas não reclamam sempre e em todo caso que o legislador ordinário lhes defina os contornos para, enfim, se cogitar de aplicação. Tal compreensão implicaria deixar o texto constitucional à disposição do legislador ordinário, ou seja, seria equivalente a colocar o subordinado na condição de mandante, o que não revelaria boa hermenêutica. Isso porque, ainda que algo impreciso ou fluido se apure nas determinações constitucionais, sempre haverá um campo sobre cuja aplicação não recai dúvida. Afinal, o texto não é um sem-sentido ou mero ruído. Logo, desde o instante em que é reconhecível um significado central, incontroversível, da palavra, nenhuma razão assiste para diferir a aplicação do preceito para o instante em que norma ulterior venha a recortar o campo de suas fronteiras mais estendidas. (MELLO, 1981, p. 244).

Ademais, não se pode ignorar que essas normas constitucionais estão inseridas em contextos constitucionais específicos. Logo, a vagueza que se revela na apreciação isolada da norma pode dar a lugar à precisão quando a norma é aliada às disposições constitucionais que com ela estão de alguma forma relacionadas. É o caso da expressão “interesses da coletividade”, constante do enunciado do art. 192 da Constituição da República. Isoladamente apreciada, revela extrema vagueza, mas, quando compreendida no contexto da ordem constitucional econômica, a expressão ganha maior precisão terminológica, como expõe a seguinte passagem da monografia de Erasto Villa-Verde Filho (2001, p. 51):

[...] recorra-se, uma vez mais, ao sistema da constituição econômica onde se encontram princípios correlatos que auxiliam o intérprete na tarefa de perscrutar o sentido e o alcance da norma em exame. Assim, o interesse coletivo, enquanto objetivo do sistema financeiro nacional, adquire forma e conteúdo quando associado aos princípios da **defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza e da marginalização**, tudo em conformidade com os ditames da justiça social.

Mas é possível avançar um pouco mais para melhor compreender os termos da Constituição sobre a funcionalidade social que deverá ser exercida pelo sistema financeiro nacional. É certo, pois, que a existência de um sistema financeiro hígido, economicamente eficiente e bem regulado é capaz de gerar externalidades positivas, isto é, as atividades desempenhadas pelos agentes produzem benefícios para terceiros, mas eles não se refletem na cobrança de preços<sup>11</sup>. Assim, a ciência econômica explica que a existência de um sistema

---

11 “Por externalidade referimo-nos aos custos ou benefícios que as actividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços: se a actividade impõe custos, diz-se que produz uma externalidade negativa; se impõe benefícios, que produz uma externalidade positiva” (RODRIGUES, 2007, p. 41).

financeiro gera, ao menos, duas externalidades positivas às sociedades em que estão inseridos: a) a organização de um sistema de pagamentos; e b) os efeitos da concessão de crédito sobre a economia. Os ganhos sociais da primeira decorrem das facilidades inerentes à possibilidade de liquidação de operações de alto valor mediante a transferência de depósitos a vista. Na segunda, os ganhos são relativos ao aumento de produtividade de uma economia na qual os agentes não dependem exclusivamente de seus próprios recursos para financiar a produção (CARVALHO ET AL., 2000, p. 319-321).

Todavia, parece bastante certo que o enunciado das normas constitucionais referidas não se limita a tais externalidades positivas. É preciso algo mais para atender às prescrições de justiça social. É, pois, indispensável que a atividade dos agentes do sistema financeiro se desenvolva com respeito aos direitos do consumidor. Essa atividade, além disso, deve fomentar, de alguma forma, a redução das desigualdades regionais, deve procurar colaborar com a erradicação da pobreza, precisa ser capaz de promover o desenvolvimento equilibrado do país, enfim, necessita promover a justiça social. Em síntese, requer que se pratique essa atividade com eficiência econômica e social.

O conceito de eficiência social no sistema financeiro, explica Vincenzo Demétrio Florenzano (2004, p. 29, 71 e 87), está associado ao atendimento das necessidades da comunidade no tocante ao mercado de crédito. Assim, significa o sucesso das instituições financeiras em oferecer crédito, produtos e serviços de boa qualidade e a baixo custo para todos os interessados, especialmente às pessoas de baixa renda localizadas em regiões distantes dos grandes centros financeiros. Daí que o ponto máximo de eficiência social é atingido quando são maximizadas as condições dos menos favorecidos.

Não se imagine, porém, que se quer aqui colocar as conclusões no alvo de uma crítica que vem desde os tempos de Mauá, de que os lucros das instituições financeiras são indesejáveis ou nocivos aos interesses da coletividade<sup>12</sup>. Muito ao revés disso, o lucro dessas empresas, em princípio, é muito bem-vindo, até porque revela aptidão para a promoção daqueles propósitos sociais indicados pela Constituição. Ora, é preciso que as instituições sejam eficientes (lucrativas), para, então, procurar incutir-lhes uma atuação que contribua para se alcançarem certos objetivos socialmente desejáveis<sup>13</sup>.

Vale destacar, ainda, que até mesmo economias notoriamente liberais possuem mecanismos de promoção social, como os Estados Unidos da América, que desde a década de 1970 contam com o *Community Reinvestment Act (CRA)*<sup>14</sup>. As normas constitucionais,

---

12 “Desgraçadamente entre nós entende-se que empresários devem perder, para que o negócio seja bom para o Estado, quando é justamente o contrário”. Ireneu Evangelista de Sousa, barão e visconde de Mauá, *Exposição do visconde de Mauá aos credores de Mauá & Cia. e ao público*, citado por Jorge Caldeira (1995, p. 31).

13 Cf. Fernando J. Cardim de Carvalho (2005). Sobre os lucros dos bancos, cf., ainda, Vincenzo Demétrio Florenzano (2004, p. 139), trecho no qual assevera que os lucros dos bancos não são, em tese, negativos, mas assim o são quando decorrem de preços elevados.

14 Editado em 1977, o CRA determina, em apertada síntese, às agências federais que avaliem o desempenho das instituições financeiras no cumprimento de fins socialmente desejáveis, que são definidos pelo próprio CRA. Posteriormente, as notas obtidas pelos bancos nessas avaliações serão consideradas para o deferimento de requerimentos formulados pelos bancos aos órgãos de regulação – imaginemos o exemplo de um requerimento

portanto, querem indicar que é possível, sim, buscar um caminho de conciliação entre eficiência econômica e eficiência social na regulação do sistema financeiro. Ela quer, portanto, um “jogo” em que todos ganhem.

Ademais, as noções de justiça social até aqui expostas, em especial a referência aos interesses da coletividade, por certo, pressupõem uma preocupação com a justiça distributiva, o que é salutar para a regulação do sistema financeiro. É que essa parcela do mercado está envolta de bens comuns, isto é, bens cuja fruição por uma pessoa não exclui a por outras, tais como o sistema de pagamentos, a moeda e o próprio mercado financeiro. Ora, a justiça distributiva é justamente aquela que se preocupa em identificar a forma adequada de distribuição do bem comum. O problema da justiça distributiva é fazer com que a partilha dos benefícios da cooperação social seja justa (FLORENZANO, 2004, p. 82). Nesse sentido, as bem postas considerações de Rafael Ximenes de Vasconcelos (2007, p. 42):

um mercado é um bem comum dos que dele participam; o mercado financeiro, em especial, sendo comum, num certo sentido, a todos os demais mercados, que direta ou indiretamente, dele participam, é um bem comum por excelência, e de toda a sociedade; sendo um bem comum por excelência, o esquema ético que se coaduna com a adequada disciplina jurídica de sua regulação é, sem dúvida, portanto, o da justiça distributiva [...], que é exatamente a justiça social, a justiça dos direitos universalizáveis.<sup>15</sup>

As noções de direito social, além de demandarem uma capacidade de raciocínio distributivo, exigem forte preocupação com as conseqüências da decisão. As decisões administrativas e jurisdicionais, portanto, não devem estar voltadas exclusivamente a definir mecanicamente o que é lícito ou ilícito; antes, devem revelar uma nítida preocupação com os custos sociais das decisões. Em síntese, a decisão/interpretação deve se preocupar em indicar, na sua fundamentação, que é a mais eficiente na consecução dos objetivos ditados pela ordem constitucional, o que revela uma forte interação entre o jurídico – juízo de legalidade – e o econômico – juízo de eficiência<sup>16</sup>.

Não obstante, esse argumento não quer significar uma autorização para o descumprimento ou desrespeito ao jurídico, mas um atendimento da norma por sua finalidade social constitucionalmente estabelecida. Ou seja, não se quer uma obediência cega à norma, mas um cumprimento teleologicamente orientado. Afinal, como antes anotado, as normas de justiça social caracterizam-se justamente pela estipulação de finalidades, mas normalmente deixam aberta às autoridades a escolha dos meios de atingir seus objetivos. Portanto, serão para realizar-se uma fusão bancária. Assim, embora não preveja penas, o CRA possui um mecanismo de estímulo ao desempenho de comportamentos socialmente desejáveis. Sobre a questão, cf. Vincenzo Demétrio Florenzano (2004, p. 103 e ss.) e Fernando J. Cardim de Carvalho (2005, p. 21-24).

15 Não se pode deixar de anotar, ainda que em breve nota, que a Constituição, art. 219, define que o “mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.”

16 “No campo da economia a crítica e avaliação podem ser feitas em termos de **eficiência** ou custo. No campo do direito a crítica dá-se pela **legalidade**.” (LOPES, 2001, p. 142)

imprescindíveis os recursos aos juízos de ponderação e de proporcionalidade, o que é próprio da técnica de validação finalista<sup>17</sup>.

Estabelecido o sentido pelo qual se verifica a existência de verdadeiras determinações constitucionais de cunho social incidentes no sistema financeiro, bem como o sentido pelo qual se deve compreender a eficácia dessas normas, cabe avançar para destacar exemplos das práticas jurisdicional, legislativa e administrativa de aplicabilidade dessas normas.

### **3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Neste estudo, destacaremos dois exemplos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mediante os quais se poderá verificar que essa corte já se preocupa com os impactos sociais de seus julgamentos referentes ao sistema financeiro nacional. Logo, em tais julgados, encontra-se definida a eficácia das normas sociais no sentido de “obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas” (MELLO, 1981, p. 243).

Antes, porém, de apreciar especificamente os precedentes, vale ressaltar que reconhecer a necessidade de harmonia entre decisão jurisdicional e pautas da justiça social não significa difundir a crença de que o juiz deve, sempre e em todo caso, decidir a favor da parte mais fraca ou, necessariamente, contra os interesses econômicos das instituições financeiras. Como destacado, a pretensão deve ser sempre tentar conciliar eficiência econômica e eficiência social, e não submeter um interesse ao outro. É comum na atualidade o argumento de que a intervenção da magistratura pode incutir riscos nas transações financeiras e, dessa forma, aumentar os custos das operações. A intervenção judicial nos negócios não deve, inexoravelmente, ser analisada dessa perspectiva, mas sim como fator que aumenta a segurança jurídica dos negócios, justamente porque nela se encontra uma instituição imparcial que assegura o cumprimento da Constituição, das leis e dos contratos<sup>18</sup>. Nesse sentido, é bastante interessante lembrar a conclusão dos estudos empíricos de Brisa Lopes de Mello Ferrão e Ivan César Ribeiro (2006, p. 10), após a análise de 1.019 decisões judiciais, de que

o contrato é relativizado apenas quando eivado de ilegalidade, não se identificando nenhuma voluntariedade do Judiciário no sentido de defender as partes hipossuficientes, além do estabelecido em lei.

Portanto, não nos parece que se deva verificar na aplicação de normas

---

17 “A técnica de validação finalista [...] nos obriga a pensar em probabilidades e chances, escalas móveis, proporções de valores e oportunidades condicionadas pelo tempo.” (FERRAZ JÚNIOR, 1982, p. 33).

18 “Um sistema judiciário eficiente, capaz de fornecer com presteza e segurança soluções definitivas para os conflitos intersubjetivos é imprescindível para o bom funcionamento da economia.” (FLORENZANO, , p. 56). O mesmo autor, porém, mais à frente (obra citada, p. 144-149), destaca que a intervenção do Judiciário nos contratos privados, reduzindo os juros em defesa do consumidor, produz efeitos contrários ao socialmente desejado.

constitucionais de justiça social pelo Judiciário, necessariamente, um fator de risco contratual ou de incerteza e, portanto, de maiores custos, mas sim elemento de fomento à segurança e à certeza do contrato, por meio da garantia de sua apreciação independente e com a intenção de fazer prevalecer o direito, nos termos da Constituição, da lei e dos contratos. Por isso, a primeira preocupação do Judiciário deve ser o cumprimento da Constituição e da lei, o que, na maioria das vezes, irá determinar o cumprimento do contratualmente entabulado pelas partes. O contrato só deve ser relativizado quando violar o direito, e não para atender a anseios subjetivos de justiça social. O Judiciário, em princípio, deve evitar fazer **justiça social** com as próprias mãos, isto é, sem amparo na lei ou na Constituição.

### **3.1 O debate sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos bancos**

O primeiro precedente objeto de estudo refere-se a um caso de extrema complexidade, mas que será apresentado tão-só em linhas gerais, apenas de maneira suficiente a atender aos propósitos desse estudo. Ele se refere ao debate sobre a constitucionalidade do art. 3º, § 2º, parte final, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que considera como serviço as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, razão pela qual sobre elas incidem as disposições do citado código. Contra esse dispositivo, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) propôs uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A inicial assegurava a inconstitucionalidade da norma com fundamento nos artigos 5º, LIV, e 192, *caput*, II e IV, da Constituição da República<sup>19</sup>.

Sob um primeiro aspecto, referente à suposta violação do art. 192 da Constituição, a questão, que despertou acalorado debate doutrinário, resumia-se em definir se a matéria regulada pelo dispositivo do Código de Defesa do Consumidor estava ou não reservada à disciplina por lei complementar. Em tese, a resposta não deveria oferecer maiores complexidades. Sob esse aspecto, em nosso entendimento, a melhor interpretação define que o referido dispositivo constitucional refere-se às relações institucionais do sistema financeiro, ou seja, às relações entre poder público regulador e instituições financeiras reguladas, não entre estas e seus clientes<sup>20</sup>. A distinção é fundamental e explica por que não se verifica qualquer conflito entre as disposições da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e as do Código de Defesa do Consumidor: a primeira regula o sistema financeiro, a segunda, as relações entre prestadores de serviço e consumidores, daí a inexistência de conflito.

<sup>19</sup> Os incisos II e IV do art. 192 da Constituição foram revogados pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003, e possuíam a seguinte redação: “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [...] II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador; [...] IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central e demais instituições financeiras públicas e privadas;”. O art. 5º, LIV, da Constituição, por sua vez, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

<sup>20</sup> Nesse sentido, por todos, José Afonso da Silva (2006, p. 754).



Mas, nessa oportunidade, não nos interessa abordar esses aspectos, mas sim a questão referente à alegação de ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal substantivo, com fundamento no art. 5º, LIV, da Constituição. A partir desse dispositivo, a confederação autora pretendeu destacar a necessidade de uma exclusão do sistema financeiro das regras de direito do consumidor justificada nas especificidades desse setor da economia: por se tratar de setor da economia extremamente regulado, ele dispensaria as regras de defesa do consumidor. Sob esse aspecto, cabe discutir os fundamentos da tentativa de exclusão, e se eles se amparavam em valores constitucionais. Coloca-se, assim, o debate sobre a justiça, em termos de equidade, da imunização do sistema financeiro às regras de defesa do consumidor. Caberia ponderar, então, se a regulação do mercado financeiro seria razão bastante para determinar a inaplicabilidade das regras de proteção ao consumidor.

Como salientado, a eficácia das normas de justiça social determina o entendimento da matéria mediante interpretação teleologicamente orientada para os valores consagrados pela Constituição. Nessa perspectiva, o intuito de imunização deveria se amparar em motivo suficientemente forte para afastar a finalidade de proteção pretendida pelo constituinte, o que, no parecer de Roberto Pfeiffer (2006, p. 192), não se apurava no caso:

No caso em questão, não há qualquer característica tão própria, tão desigualadora nos serviços prestados pelas entidades pertencentes ao Sistema Financeiro que permita a elas um tratamento discriminatório. Muito pelo contrário, está presente, em tais serviços, de maneira absolutamente cristalina, o maior pressuposto de legitimação das regras de proteção do consumidor: a profunda desigualdade dos usuários de tais serviços em relação aos seus fornecedores, o que lhes acarreta incontestemente vulnerabilidade técnica e econômica.

O mesmo autor, mais à frente, já amparado também pelos princípios da ordem constitucional econômica, destaca que:

Consequentemente, a submissão das entidades que compõe o Sistema Financeiro Nacional às disposições da Lei 8.078/1990 é completamente harmônica com a Constituição Federal, na medida em que fortalece a defesa dos consumidores (art. 170, V), eleva a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), colabora para a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e promove justiça social. (PFEIFFER, 2006, p. 192).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta em comento, não destoava do antes explicitado: se não há razão suficiente para declarar a possibilidade de imunização do sistema financeiro às regras do Código de Defesa do Consumidor, nesse setor devem, pois, incidir as regras relativas à ordem constitucional econômica, regras essas que explicitam a compreensão da expressão “servir aos interesses da coletividade”. Ora, entre

os princípios constitucionais da ordem econômica, está a defesa do consumidor (art. 170, V). É o que se pode observar dos seguintes trechos dos votos proferidos no acórdão:

A alegação no sentido de que a norma do § 2º do art. 3º da Lei 8.078/90 – “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” – seria desarrazoada ou ofensiva ao princípio da proporcionalidade, porque estaria tratando as entidades bancárias da mesma forma como trata os demais fornecedores de produtos e serviços, assim violadora de devido processo legal em termos substantivos – C.F., art. 5º, LIV – não tem procedência. Desarrazoado seria se o Código de Defesa do Consumidor discriminasse em favor das entidades bancárias. Aí, sim, porque inexistente fator justificador do *discrímén*, teríamos norma desarrazoada, ofensiva, por isso mesmo, ao *substantive due process of law*, que hoje integra o Direito Constitucional positivo brasileiro<sup>21</sup>.

[...]

**É que** – insista-se – **o sistema financeiro nacional** sujeita-se, tanto quanto os agentes econômicos em geral, **à necessária observância** do postulado da defesa do consumidor, **como direta consequência** de expressa determinação **emanada** da própria Constituição da República, **cujo art. 170, inciso V**, proclama que a ordem econômica e financeira **rege-se**, obrigatoriamente, **dentre** outros elementos condicionantes, por esse importante vetor axiológico **a que todos** devem submeter-se, **mesmo que se cuide** de instituições que exerçam atividade de natureza bancária, financeira, securitária e de crédito <sup>22</sup>.

O debate entre os ministros ofereceu, ainda, uma bela discussão especificamente sobre a eficácia das normas de orientação finalística de justiça social constantes do art. 192 da Constituição. Em determinado trecho de seu voto, que ao final ficou vencido, o min. Nelson Jobim assenta que as finalidades indicadas nesse dispositivo constitucional estariam mais bem alocadas numa exposição de motivos, sendo esse o local apropriado para tais regras<sup>23</sup>. O ministro procurou, portanto, retirar a eficácia do comando, transformando-o em mera exortação, em aspiração sem aplicabilidade na prática jurídica. Em sentido completamente oposto, o voto do min. Eros Grau, condutor do acórdão, destaca a relevância do dispositivo que considera autêntica norma-objetivo, de cuja força normativa não se pode duvidar:

21 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI 2.591-1/DF, rel. p/ acórdão min. Eros Grau, j. em 7 jun. 2006, DJ de 29 set. 2006, p. 183-184. Trecho do voto do min. Carlos Velloso (grifo do original). Indicamos a paginação constante da versão eletrônica do acórdão, publicada no sítio virtual do STF. O voto do min. Carlos Velloso, relator originário, julgava a ação improcedente, mas declarava a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos juros em razão do então vigente § 3º do art. 192 da Constituição. Registre-se que, embora o julgamento da ação tenha se encerrado em 2006, o voto do min. Carlos Velloso foi proferido em 17/4/2002, antes, portanto, da edição da Emenda Constitucional nº 40, de 2003, que revogou o citado § 3º do art. 192. A propósito, ao final do julgamento, não é possível assegurar que o Supremo Tribunal Federal tenha determinado a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à estipulação dos juros, não se revelando consenso, quanto ao ponto, entre os ministros. Cf. Arnoldo Wald (2007, p. 231-233).

22 Trecho do voto do min. Celso de Mello, p. 337, grifos do original. Ainda sobre a questão, cabe a referência ao trecho do voto do min. Carlos Britto, já nos embargos de declaração (j. em 14 dez. 2006, DJ de 13 abr. 2007) quando assenta que “concluir pela inaplicabilidade do CDC às operações bancárias [...] é privilegiar sem nenhum fundamento jurídico o setor da economia que mais obtém lucros e a menos riscos se expõe” (p. 93).

23 Cf. p. 317 do acórdão. O voto do min. Nelson Jobim propôs uma complexa distinção entre **operações** e **serviços** bancários. Assim, o CDC incidiria somente sobre estes, mas não sobre aquelas.

Nesse ponto permito-me ainda discordar do que se afirmou anteriormente, na observação de que o texto do artigo 192 incorpora expressão que deveria constar da exposição de motivos da lei. A mim parece incompreensível possa alguém negar força normativa a esta autêntica **norma-objetivo** (*Vide* meu **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**, cit., págs. 128 e ss.) consagrada no texto constitucional, que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade<sup>24</sup>.

Por isso, é bastante pertinente a declaração de Claudia Lima Marques, João Batista de Almeida e Roberto Pfeiffer (2006, p. 7) de que o resultado da ação direta em comento foi uma vitória de todos nós, uma vitória da própria Constituição que se consolidava como centro científico e político do novo direito privado, mais justo, social, protetivo e humanizado, com a presença do consumidor bancário, de crédito, securitário e financeiro.

Realmente, as considerações lançadas ao longo dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal revelam a tentativa de compreender as questões de forma a prestigiar os valores postos pelas normas constitucionais de justiça social.

### 3.2 A criação do Fundo Garantidor de Crédito

Em oportunidade anterior, o Supremo Tribunal Federal já havia proferido decisão ainda mais emblemática sobre a força vinculante das normas de justiça social incidentes no sistema financeiro. Cuidava-se da discussão sobre a constitucionalidade da criação, mediante resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN), do Fundo Garantidor de Crédito (FGC). O chamado **fundo**, em verdade, é uma associação civil, sem fins lucrativos, com a finalidade de administrar mecanismos de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras. Atualmente, na forma da Resolução CMN nº 3.400, de 6 de setembro de 2006, garante aos investidores uma cobertura até o valor de R\$60 mil nas seguintes operações: a) depósitos a vista ou sacáveis mediante aviso prévio; b) depósitos em contas correntes de depósito para investimento; c) depósitos de poupança; d) depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado; e) depósitos mantidos em contas não movimentáveis por cheques destinadas ao registro e controle do fluxo de recursos referentes à prestação de serviços de pagamento de salários, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares; f) letras de câmbio; g) letras imobiliárias; h) letras hipotecárias; e i) letras de crédito imobiliário.

O CMN autorizou a constituição do FGC por meio da Resolução CMN nº 2.197,

---

24 Trecho do voto do min. Eros Grau, p. 331, destaques do original.

de 31 de agosto de 1995. Os estatutos e o regulamento da nova entidade foram aprovados pela Resolução CMN nº 2.211, de 16 de novembro de 1995. Esses dois atos normativos foram objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Trabalhadores, sob o fundamento de violação do art. 167, VIII e IX, e do então vigente inciso VI, parte final, do art. 192, todos da Constituição da República<sup>25</sup>. Com esses fundamentos, pediu a concessão de medida cautelar.

O debate, portanto, cinge-se a dois aspectos: a) a impossibilidade de criação do FGC por ato infralegal; e b) a vedação à utilização de recursos públicos para constituir os cabedais do FGC. Com efeito, mediante a criação do FGC, por resolução do CMN, foram transferidos ao fundo recursos do Fundo de Garantia de Depósitos e Letras Imobiliárias (FGDLI) e da Reserva para a Promoção da Estabilidade da Moeda e do Uso do Cheque (Recheque). As duas alegações lançadas na inicial são expressamente reconhecidas como procedentes pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar. Os ministros asseguram que os recursos utilizados para a formação inicial do patrimônio do FGC são públicos e, ademais, atestam que a matéria dependeria da previsão em lei complementar, exigida pelo revogado inciso VI do art. 192 da Constituição. Em determinado trecho, o voto expressamente consigna que “além da necessidade de regulamentação por lei complementar, o constituinte vedou expressamente a possibilidade de utilização de recursos públicos.”<sup>26</sup>. Os ministros consideram que os atos normativos impugnados constituem verdadeiro sucedâneo não autorizado da lei complementar então exigida pelo inciso VI do art. 192 da Constituição.

Todavia, não obstante o reconhecimento expresso das ofensas diretas ao texto da Constituição, a medida cautelar, por unanimidade de votos, é apenas parcialmente deferida, tão-só para afastar a utilização de recursos considerados públicos, isto é, a utilização dos recursos do FGDLI e da Recheque na constituição dos fundos. O fato que sensibilizou a compreensão dos ministros para não deferir a cautelar pretendida em maior extensão foi a proteção dos pequenos investidores. Os votos proferidos pelos ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio revelam forte preocupação social na defesa dos interesses da coletividade, em especial dos pequenos poupadores:

[...] o ilustre relator encontrou o caminho mais adequado ao deferir o possível, neste exame preambular, mantendo-se as duas estruturas de ambas as resoluções, ora em exame nesta fase de controle abstrato.

E o faz bem, tendo-se em vista que as medidas preconizadas nas normas

---

25 Eis o teor dos dispositivos constitucionais: “Art. 167. São vedados: [...] VIII – a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º; [...] IX – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa. [...] Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [...] VI – a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;”.

26 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI (MC) 1.398-0/DF, rel. min. Francisco Rezek, j. em 13 mar. 1996, DJ de 18 out. 1996, p. 100. Trecho do voto do relator.

questionadas, objeto desses atos do Banco Central do Brasil, visam exatamente a proteção do pequeno poupador. Já, pois, superposta à questão, conveniência social de alta relevância, que pelo seu próprio conteúdo, indica seja preservado o princípio a que visaram as respectivas Resoluções<sup>27</sup>.

Senhor Presidente, não fosse a repercussão geral do deferimento de uma liminar em maior extensão, considerados principalmente os pequenos investidores, os pequenos correntistas, não teria a menor dúvida em atuar no campo pedagógico, sinalizando ao autor do ato atacado que ele também deve obediência à Lei Maior, à Constituição Federal. Sensibiliza-me, contudo, o que foi dito relativamente à necessidade de manter-se, com eficácia, parte do diploma atacado visando a proteger justamente esses pequenos investidores<sup>28</sup>.

A eficácia das normas de justiça social incidentes no sistema financeiro nesse precedente jurisprudencial revela-se às escâncaras. As normas impugnadas são declaradas pelo Supremo Tribunal Federal de incontornável inconstitucionalidade formal; entretanto, são mantidas – ao menos na apreciação da cautelar – por seu forte apelo social: o manifesto propósito de proteger o pequeno investidor. Em razão da omissão do legislador complementar, que não havia editado a lei complementar que protegeria os pequenos poupadores e investidores, adota-se uma “ética de conseqüência, levando em conta a ‘repercussão’ de um liminar mais ampla” (ROCHA, 2002, p. 122)<sup>29</sup>. Revela-se, pois, de forma clara, a eficácia da norma de justiça social, que impõe ao intérprete o dever de procurar a compreensão mais ajustada às finalidades sociais indicadas no texto constitucional. Nesse aresto, uma norma é declarada formalmente inconstitucional porque avança em tema da competência do legislador complementar; contudo, é preservada em seus aspectos fundamentais, em razão da ponderação entre inconstitucionalidade formal e valores constitucionais sociais consagrados pela própria Constituição da República. Nessas condições, não há como negar a eficácia das normas constitucionais de justiça social incidentes no sistema financeiro, a determinar qual é a melhor interpretação jurisdicional para a solução do caso<sup>30</sup>.

#### **4 As normas de justiça social e o microcrédito**

Além de funcionarem como critério de orientação teleológico da interpretação jurisdicional, as normas de justiça social possuem uma segunda dimensão de eficácia, que

27 Trecho do voto do min. Maurício Corrêa, p. 103..

28 Trecho do voto do min. Marco Aurélio, p. 104-105..

29 Estudo sobre o caso FGC também pode ser encontrado em Sidnei Turczyn (2005, p. 226-231).

30 Apenas para registro: após a concessão parcial da medida cautelar, o min. Nelson Jobim decidiu, na linha da jurisprudência da corte, que a ação direta de inconstitucionalidade estava prejudicada em razão da revogação do parâmetro de controle constitucionalidade, o inciso VI do art. 192 da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003. Decisão proferida em 3/12/2003 e publicada no DJ de 10/12/2003. Nessa ocasião, os dispositivos que autorizavam as transferências de recursos do FGDLI e da Recheque já haviam sido revogados pelo CMN.

se revela como o dever do Estado de atender às finalidades propostas por essas normas constitucionais. Estabelece-se, pois, um dever do Estado de agir em sintonia com as finalidades indicadas na regulação de todo o sistema financeiro. Semelhante dever revela-se de forma mais visível na regulação do microcrédito.

Dessa forma, com o objetivo de demonstrar a eficácia das normas de justiça social incidentes no sistema financeiro, na seqüência, vamos apontar algumas alterações normativas legais e infralegais recentes que procuram garantir concretude a essas normas. Nessa perspectiva, vamos indicar a eficácia dessas normas constitucionais pela edição das normas reguladoras do microcrédito. Alertamos que não se trata de um estudo detido desse sistema normativo; limitamo-nos a declinar a legislação, pois um estudo de maior fôlego seria incompatível com os modestos propósitos deste trabalho.

É inegável a força do microcrédito como instrumento de inclusão no sistema financeiro e, especialmente, de desenvolvimento social. O reconhecimento dessa capacidade do microcrédito de funcionar como mecanismo de desenvolvimento com inclusão social foi recentemente estampado pela Organização das Nações Unidas, ao lançar o movimento Ano Internacional do Microcrédito 2005<sup>31</sup>. Já em 2006, o reconhecimento internacional foi ainda mais eloqüente, com a entrega do prêmio Nobel da Paz a Muhammad Yunus, conhecido como o “banqueiro dos pobres”. Segundo o comitê do Nobel, “Uma paz duradoura não pode ser alcançada ao menos que grandes parcelas da população possam sair da pobreza”<sup>32</sup>.

O depoimento de Yunus é realmente impactante. Evidencia a necessidade de se vencer o preconceito de se imaginar que pobre é pobre porque quer ou porque é incapaz de gerar qualquer renda. Daí que é preciso confiar, acreditar na força dessas pessoas, é preciso, enfim, dar-lhes **crédito**. Essa atitude é uma inquestionável promoção da dignidade da pessoa. O caso do Banco Grameen, criado por Yunus, tem a força ainda de destacar que a concessão de microcrédito não se confunde com caridade, mas constitui negócio rentável, que, em dezembro de 1997, já havia ultrapassado a marca de US\$2,4 bilhões em empréstimos realizados (YUNUS; JOLIS, 1997, p. 334). Realmente, iniciativas como as de Yunus, do Bank Rakyat (Indonésia), do Banco Sol (Bolívia), entre outros, que se identificam pelo emprego de uma metodologia caracterizada pelos empréstimos de pequenos valores, sem garantias, com taxas de juros de mercado, de curtíssimos prazos, com o emprego de agentes de crédito para ir ao cliente, demonstram que a população de baixa renda, normalmente excluída do sistema financeiro, “pode, de fato, representar um nicho de mercado rentável para serviços bancários, com benefícios para a sociedade”<sup>33</sup>. Ou seja, mostra que é possível conciliar eficiência

31 O lançamento aconteceu em 18 de novembro de 2004, na Bolsa de Nova Iorque, com a finalidade de promover o acesso das pessoas de baixa renda aos serviços financeiros, objetivando despertar o interesse do público para o tema, bem como promover parcerias entre governos, sociedade civil, organizações internacionais, setor acadêmico e clientes de microcrédito. Cf. Marden Marques Soares e Abelardo Duarte de Melo Sobrinho (2007, p. 18) e Decreto de 25 de abril de 2005, que institui o Comitê Nacional de Coordenação do Ano Internacional do Microcrédito.

32 Cf. NOBEL... (2006, p. A16) e nota anterior.

33 Marden Marques Soares e Abelardo Duarte de Melo Sobrinho (2007, p. 14) estimam uma demanda de aproximadamente R\$12 bilhões em microcrédito no Brasil e explicam que o valor pode parecer alto, mas representa menos de 1% (um por cento) do Produto Interno Bruto do país. No lado

econômica e social.

Todavia, se é possível lucrar com essa atividade, é legítimo perguntar: por que as instituições financeiras não o fazem naturalmente, sem a intervenção de fomento do Estado? Marden Marques Soares e Abelardo Duarte de Melo Sobrinho explicam que a dificuldade de acesso das pessoas de baixa renda ao crédito se explica pela falta de instrumentos eficientes de garantia e pelos custos de transação. Não há, portanto, mecanismo legal que permita às pessoas de baixa renda oferecer seus ativos como garantia. Já os custos de transação, no caso de países que, como o Brasil, têm grande número de pessoas pobres e, ao mesmo tempo, um sistema financeiro desenvolvido e sofisticado, explicam-se pela facilidade de os banqueiros obterem grandes lucros com baixos custos:

Com um simples telefonema, ou com um comando no computador, [os banqueiros] podem negociar ativos e derivativos em ambientes de negociação de praticamente todo o mundo capitalista, ao passo que, para trabalharem com microfinanças, teriam de investir mais de três anos em preparação de equipes e de produtos, com chances de sucesso indefinidas. Isso explica, em grande parte, porque é tão lento o desenvolvimento do mercado de microfinanças nesses países. (SOARES; MELO SOBRINHO, 2007, p. 18)<sup>34</sup>.

Portanto, as regras de livre mercado não asseguram o atendimento das finalidades estampadas nas normas de justiça social vigentes no sistema financeiro. É necessária intervenção estatal. A inércia do Estado, portanto, implicará omissão inconstitucional. Daí as recentes intervenções legais e infralegais do Estado para fomentar e, enfim, tentar atingir os objetivos constitucionalmente definidos.

Embora o microcrédito exista no país desde 1973, com a criação da União Nordestina de Assistência a Pequenas Organizações (Programa Uno), o setor ganhou impulso em 1999, com a edição da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que abriu à sociedade civil, após estudos desenvolvidos entre os anos de 1995 a 1999, a possibilidade de se criarem organizações de interesse público com a finalidade de experimentarem sistemas alternativos de crédito (art. 3º, IX). Assim, as organizações não governamentais passaram a atuar com a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), gozando dos benefícios previstos na lei.

Na seqüência, foi editada a Medida Provisória nº 1.894-24, de 23 de novembro de 1999, que autorizou a criação de sociedades de crédito ao microempreendedor, posteriormente convertida na Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001. O art. 1º, I, dessa lei, na redação que

---

da oferta, estimam (obra citada, p. 54-55) que pouco mais de R\$1 bilhão foram oferecidos em 2006.

34 Essa hipótese também é confirmada por Fernando J. Cardim de Carvalho (2005, p. 12): “Bancos são estimulados a concentrar aplicações na aquisição de títulos públicos, ao invés de apoiar o setor privado. Pelo lado do passivo, o estímulo é para a captação de recursos apenas junto aos grupos de renda média e alta, capazes de adquirir os serviços mais diversificados e sofisticados que interessam às instituições bancárias.”

lhe foi conferida pela Lei nº 11.524, de 24 de setembro de 2007, estabelece que as sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte terão por objeto social a concessão de financiamentos a pessoas físicas, a microempresas e a empresas de pequeno porte, com a finalidade de viabilizar empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, equiparando-se às instituições financeiras para os efeitos da legislação em vigor, podendo exercer outras atividades definidas pelo CMN.

Essas inovações legislativas demandaram a construção de um arcabouço regulamentar pelas autoridades administrativas estampado, primeiro, na Resolução CMN nº 2.627, de 5 de outubro de 1999, posteriormente revogado pela Resolução CMN nº 2.874, de 26 de julho de 2001, que, por sua vez, foi revogada pela vigente Resolução CMN nº 3.567, de 29 de maio de 2008, que dispõe sobre a constituição e o funcionamento de sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte. Essa última alteração foi fruto dos impactos decorrentes da edição da Lei nº 11.524, de 24 de setembro de 2007, que autorizou utilização de recursos das exigibilidades de aplicação em crédito rural, oriundos da poupança rural e dos depósitos a vista, para a instituição de linha de crédito destinada à concessão de financiamentos para a liquidação de dívidas contraídas por produtores rurais ou suas cooperativas com fornecedores de insumos agropecuários.

Além dessas criações normativas relativas à concessão de crédito ao microempreendedor, foi editada legislação específica sobre o direcionamento de parte dos depósitos a vista em instituições financeiras. Referimo-nos à Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003. Por essa medida, o legislador ordinário determinou aos bancos comerciais, aos bancos múltiplos com carteira comercial e à Caixa Econômica Federal que mantenham aplicados, em operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, parcela dos recursos oriundos dos depósitos a vista por eles captados. Caso a instituição não destine os valores à concessão de crédito à população de baixa renda, eles deverão ser recolhidos ao Banco Central, sem remuneração, permanecendo indisponíveis, nos termos da regulamentação a ser editada pela autarquia.

Atualmente, por força do art. 1º da Resolução CMN nº 3.422, de 30 de novembro de 2006, as instituições financeiras referidas devem manter, no mínimo, 2% (dois por cento) dos saldos dos depósitos a vista aplicados em operações de microcrédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores. O art. 2º da mesma resolução define quais são as pessoas que podem se beneficiar dos créditos concedidos nessas operações: são titulares de contas com movimentação inferior a R\$3 mil mensais ou pequenos empreendedores com renda bruta anual de até R\$60 mil.

A intenção da legislação é incentivar o desenvolvimento de novas tecnologias de microcrédito: ou os valores são aplicados em microcrédito ou ficam retidos no Banco Central, sem remuneração. Não obstante, convém registrar que a taxa de aplicação efetiva dos recursos



previstos ainda não conseguiu atingir patamares desejáveis: entre os anos de 2004 e 2006, as aplicações foram pouco superiores a 50% dos recursos disponíveis<sup>35</sup>, o que revela que parte das instituições financeiras ainda prefere manter os recursos retidos no Banco Central, sem remuneração, a aplicá-los em operações de microcrédito.

Convém, ainda, destacar que todas essas medidas, com a edição da Lei nº 11.110, de 25 de abril de 2005, agora estão voltadas ao Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado, com o propósito de incentivar a geração de trabalho e renda entre os microempreendedores populares. Assim, foram alterados diversos dispositivos da legislação referida e criado um comitê interministerial para cuidar do tema, na forma do disposto no art. 6º da Lei nº 11.110, de 2005, e nos artigos 4º e 5º do Decreto nº 5.288, de 29 de novembro de 2004. Na definição da própria lei, art. 1º, § 3º, microcrédito produtivo orientado é o crédito concedido para o atendimento das necessidades financeiras de pessoas físicas e jurídicas empreendedoras de atividades produtivas de pequeno porte, utilizando metodologia baseada no relacionamento direto com os empreendedores no local onde é executada a atividade econômica.

Esse mero recorte, com a simples indicação de algumas recentes alterações normativas, é suficiente, assim cremos, para demonstrar a eficácia das disposições constitucionais de justiça social no âmbito do sistema financeiro nacional, a determinar o comportamento da legislação e da Administração.

## 5 Conclusão

Após o estudo da eficácia das normas constitucionais de justiça social incidentes no sistema financeiro, podemos enunciar algumas sínteses conclusivas relativas ao tema.

Na primeira parte, procuramos destacar que as normas constitucionais efetivamente impõem o exercício de uma função social ao sistema financeiro nacional que, nos termos do art. 192 da Constituição, deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade. Ainda nessa parte, buscamos, com base na classificação das normas constitucionais proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (1981), expor uma forma adequada de se compreender a eficácia dessas normas de justiça social.

Assim, podemos assinalar que essas normas se caracterizam pela indicação de diretrizes teleológicas, são normas constitucionais de orientação finalística. Esse tipo de

---

35 A aplicação efetiva em microcrédito do volume de recursos destinado pela Lei nº 10.735, de 2003, nos anos de 2004 a 2006, foram, respectivamente, de 52,82%, 54,82% e 52,59% (SOARES; MELO SOBRINHO 2007, p. 138). Já sobre as regras de microcrédito produtivo orientado (MPO), fala-se num paradoxo do *funding*: “temos demonstrado que há fantástico volume de recursos disponíveis para MPO, no entanto apenas pouco mais que 10% chega ao tomador final” (PEREIRA, 2008, p. 16). A comparação com outros países sul-americanos releva ainda mais drasticamente a necessidade de fomento ao setor: “De acordo com a Corporação Financeira Internacional (IFC, na sigla em inglês), braço financeiro do Banco Mundial para o setor privado, a penetração das microfinanças no Brasil e na Argentina gira em torno a 3%. [...] No Paraguai, Chile e Peru, contudo, os índices variam entre 25% e 35%. Na Bolívia, onde o mercado está saturado e os captadores recorrem a diversas fontes de forma simultânea, o IFC sustenta a que a penetração é superior a 160%”. (WHEATLEY, 2009, p. C3).

normas, portanto, impõe deveres de atuação administrativa e legislativa ajustadas às finalidades constitucionalmente delineadas. Ademais, essas normas impõem, especialmente no exercício da atividade jurisdicional, um dever de compreensão, interpretação e decisão orientadas por essas pautas, sempre que estiverem em jogo interesses constitucionais protegidos por tais regras.

Na seqüência, verificamos, em dois julgados do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.591-1/DF e ADI 1.398-0/DF), que essa colenda corte já revela preocupação em ajustar suas decisões à orientação finalística traçada pela Constituição. Dessa forma, a corte vem assegurando a força normativa de tais disposições constitucionais.

Já na última parte, demos destaque, em rápida passagem, a algumas das recentes alterações legais e infralegais editadas para o fomento do microcrédito, com a finalidade de garantir o acesso ao crédito pela população de baixa renda, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo a funcionalidade social do sistema financeiro.

Portanto, as normas de justiça social do sistema financeiro não são meras diretrizes acerca do que se imaginou como desejável, nem são exortações próprias de uma exposição de motivos. Antes, são normas incidentes, vigentes e eficazes no sistema financeiro. Tais considerações, contudo, não ignoram que ainda há um longo caminho a ser trilhado para a conquista de um sistema financeiro realmente capaz de promover com eficiência a justiça social. Há, ainda, uma grande oportunidade de expansão, especialmente no tocante ao microcrédito<sup>36</sup>. Todavia, não se deve, em hipótese alguma, cometer o erro de classificar as normas de justiça social, em razão de um suposto parco reflexo na realidade material, como meras diretrizes programáticas, despidas de eficácia e direta aplicabilidade. Enfim, não se deve permitir que o discurso sobre a crise financeira de 2008 autorize retrocessos nas conquistas sociais já alcançadas.

---

36 Cf. Pereira (2008, p. 6) e indicação contida na nota anterior.

## Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ASSIS, José Carlos de. Requiescat in pacem. **Valor Econômico**, São Paulo, 8 jan. 2009, p. A9.

BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. O sistema financeiro deve ser enquadrado. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 15 jan. 2009, p. B2.

BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4595compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4595compilado.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 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/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Conselho Monetário Nacional**. Resolução CMN nº 2.197, 31 de agosto de 1995. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Conselho Monetário Nacional**. Resolução CMN nº 2.211, 16 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno, ADI (MC) 1.398-0/DF, rel. min. Francisco Rezek. j. em 13 mar. 1996, DJ de 18 out. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9790.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Conselho Monetário Nacional**. Resolução CMN nº 2.627, de 2 de agosto de 1999. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001**. Dispõe sobre a instituição de sociedades de crédito ao microempreendedor, altera dispositivos das Leis nºs 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 8.029, de 12 de abril de 1990, e 8.934, de 18 de novembro de 1994, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10194.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Conselho Monetário Nacional.** Resolução CMN nº 2.874, de 26 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003.** Dispõe sobre o direcionamento de depósitos à vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, autoriza o Poder Executivo a instituir o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social - PIPS, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.735.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.288, de 29 de novembro de 2004.** Regulamenta a Medida Provisória nº 226, de 29 de novembro de 2004, que institui o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado - PNMPO, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5288.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.110, de 25 de abril de 2005.** Institui o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado – PNMPO. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11110.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11110.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto de 25 de abril de 2005.** Institui, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, o Comitê Nacional de Coordenação do Ano Internacional do Microcrédito, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10512.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10512.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Conselho Monetário Nacional.** Resolução CMN nº 3.400, de 6 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Conselho Monetário Nacional.** Resolução CMN nº 3.422, de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Tribunal Pleno, ADI 2.591-1/DF, rel. p/ acórdão min. Eros Grau, j. em 7 jun. 2006, DJ de 29 set. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ED na ADI 2.591-1/DF, rel. min. Eros Grau, j. em 14 dez. 2006, DJ de 13 abril 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.524, de 24 de setembro de 2007.** Dispõe sobre a utilização de recursos das exigibilidades de aplicação em crédito rural oriundos da poupança rural e dos depósitos a vista. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11524.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11524.htm). Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Conselho Monetário Nacional.** Resolução CMN nº 3.567, de 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

- CALDEIRA, Jorge. **Mauá**: empresário do império. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CARVALHO, Fernando J. Cardim. **Investimento, poupança e financiamento. Financiando o crescimento com inclusão social**. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/investimento\\_poupanca\\_e\\_financiamento.pdf](http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/investimento_poupanca_e_financiamento.pdf)>. Acesso em: 14 jan. 2005.
- CARVALHO, Fernando J. Cardim de *et al.* **Economia monetária e financeira**: teoria e política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- EFICÁCIA. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. Atualizado por Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 509.
- FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca?. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. **Annual Papers**. Berkeley, 2006, paper 26, p. 1-11.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 27-33, jan./mar., 1982.
- FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema financeiro e responsabilidade social**: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 137-170, out./dez., 2001.
- MARQUES, Claudia Lima *et al.* (coords.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos**: ADIn 2.591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XIV, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun., 1981. Republicado na **Revista de Direito Social**, São Paulo, ano 2, n. 7, p. 137-162, jul./set., 2002.
- NOBEL da Paz vai para “banqueiro dos pobres”. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 14 out. 2006, p. A-16.
- PEREIRA, Almir da Costa. **Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO)**: descrição, resultados e perspectivas. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?MICROFIN>>. Acesso em: 27 jul. 2008.
- ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. O controle de constitucionalidade da capacidade normativa de conjuntura do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central: o caso do Fundo Garantidor de Créditos (FGC). **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXXIX, n. 120, p. 111-127, out./dez., 2000.
- RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina,

2007.

SADDI, Jairo. Notas sobre a crise financeira de 2008. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 33-47, out./dez., 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Marden Marques; MELO SOBRINHO, Abelardo Duarte de. **Microfinanças: o papel do Banco Central do Brasil e a importância do cooperativismo de crédito**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2007.

TAVARES, André Ramos. Crises econômicas e segurança pública. In: CARDOSO, José Eduardo Martins *et. al.* **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, vol. II, p. 801-814.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. Justiça distributiva: um valioso referencial para a disciplina jurídica da regulação financeira. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, ano 1, n. 1, pp. 23-51, dez., 2007,. Disponível em: <<http://www.apbc.org.br/>>. Acesso em: 27 jul. 2008.

VILLA-VERDE FILHO, Erasto. A função social do sistema financeiro nacional na Constituição de 1988. **Cadernos EBAPE**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 117, p. 1-95, jun. 2001.

WALD, Arnaldo. A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao custo do dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 229-236, jul./set., 2007.

WHEATLEY, Jonatham. Microcrédito passa ao largo da crise na AL. **Valor Econômico**, São Paulo, 27 fev. 2009, p. C3.

YUNUS, Muhammad ; JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres: a revolução do microcrédito que ajudou os pobres de dezenas de países**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Ática, 2005.

## O MITO, A LINGUAGEM E O DISCURSO NO TRIBUNAL DO JÚRI

Fabrício Veiga Costa<sup>1</sup>

### Resumo

A construção do Tribunal do Júri é ideológica e se dá em bases mítico-transcendentais, a partir da concepção de que o julgamento pelos próprios pares é de caráter democrático. Tal afirmação se justifica, principalmente, pela não obrigatoriedade de fundamentação jurídica como requisito para o julgamento dos jurados. A consciência é o parâmetro para o julgamento proferido pelos jurados e a linguagem se constrói em bases retóricas não sujeitas à testificação. Desmitologizar a instituição do Júri é, acima de tudo, esclarecer a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito em virtude da limitação da ampla fiscalidade e também da impossibilidade dos interessados participarem diretamente da construção do provimento. Tanto o acusado como os próprios jurados são excluídos da construção juridicamente participada do provimento, tendo em vista ser a consciência dos jurados o fundamento de suas decisões. A constituição do Tribunal do Júri na forma vigente é reflexo de uma construção teórica do Direito Processual Penal com raízes autocráticas e inquisitoriais. Trata-se de um julgamento que fica centralizado nas mãos dos jurados, sem qualquer possibilidade de participação dos interessados na construção do provimento. Caracteriza-se, assim, verdadeira afronta ao devido processo legal, uma vez que o decisionismo dos jurados se dá como se num golpe de martelo, alheio a qualquer discussão no âmbito da legitimidade democrática dos provimentos estatais.

**Palavras-chave:** Tribunal do Júri. Mito. Estado Democrático de Direito.

### Abstract

*The construction of the grand jury is an ideological basis and takes place in mythical-transcendental, from the conception of the trial by their own peers and the democratic character. This assertion is justified mainly by the lack of mandatory requirement as the legal grounds for the trial of the jurors. Awareness is the parameter to the Judgement rendered by the jury and the language is built on rhetorical bases and are not submitted to testifying. Demythologize the institution of the jury is, above all, to clarify its incompatibility with the democratic state of rights in virtue by the limitation of the broad tax and also the inability of the parts directly involved in the construction of the provision. Both the accused and the jurors themselves are legally excluded from the construction legally from the jurors and the appointment in order to be the consciousness of the jurors the basis of their decisions.*

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogado em Belo Horizonte. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro da Comissão de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil Subseção Belo Horizonte. Especialista em Direito Processual e Direito de Família pela Pucminas. Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Pucminas.

*The constitution of the jury in the current form is a reflection of a theoretical construction of the Criminal Procedural Law with autocratic roots and inquisitorial. This is a trial that is centralized in the hands of jurors, without any possibility of involvement of the interested parts in the construction of the provision. Characterized thus real affront to due process, since the jurors decisionism occurs as a hammer beat, unrelated to any discussion in the democratic legitimacy of appointments state.*

**Key-words:** Grand Jury. Mithical. Democratic State of Rights.

## **Introdução**

A presente pesquisa científica tem como objetivo a construção de reflexões críticas acerca da mitologização do Tribunal do Júri a partir da racionalidade crítica. A hipótese científica apresentada é o debate referente à compatibilidade da instituição do Júri com o Estado Democrático de Direito. Nessa seara será imprescindível compreender os fundamentos teóricos e históricos da instituição do Júri para, assim, averiguar a existência de um caráter mitológico, buscando-se analisar criticamente o discurso retórico e de caráter axiológico utilizado como parâmetro à íntima convicção dos jurados. Por isso faz-se necessário utilizar a linguagem argumentativo-democrático-constitucionalizada como pressuposto da análise crítica do discurso proposto pelo Tribunal do Júri.

A obra de Karl Popper *O Mito e o Contexto*, bem como as proposições teóricas trazidas na obra *Processo como Teoria da Lei Democrática*, de autoria do professor Rosemiro Pereira Leal, será o marco teórico utilizado para o entendimento e a desconstrução do caráter mitológico do Júri e, assim, repensar o entendimento solidificado de que o julgamento pelos próprios pares viabiliza o caráter democrático da instituição.

## **1- Historicidade e Mito**

Historicamente o mito constitui uma realidade religiosa e antropológica. É considerado o fundamento utilizado pelo homem para explicar o mundo a partir de crenças, de uma sacralidade fundada na religiosidade e a partir do sobrenatural. A mitologia encontra o seu respaldo em construções centradas em um conceito de verdade caracterizado pela imutabilidade de conclusões suficientes para a busca de explicações sobre o existencialismo humano, as angústias dos homens e com o fim de alcançar maiores esclarecimentos sobre o mundo.

A característica central do pensamento mitológico é a reprodução de verdades absolutas ao longo da história, fazendo com que o homem perpetue algumas conclusões sobre



o mundo em que vive, tais como a consciência de sua mortalidade, a existência de um criador e a dicotomização do bem e do mal<sup>2</sup>. “*O mito trata do desconhecido; fala a respeito de algo para o que inicialmente não temos palavras. Portanto, o mito contempla o âmago de um imenso silêncio*”<sup>3</sup>”.

O pensamento mitológico viabiliza a construção de uma realidade invisível a partir do que as pessoas sentem intuitivamente. A criação do mundo dos deuses pelos homens representa a base da mitologia e tem a finalidade de auxiliá-lo na compreensão do mundo a partir dos sentidos. É a partir dessas considerações iniciais que é possível verificar a inegável importância do mito na história da humanidade, “[...] porém a mitologia é uma forma de arte que aponta para além da história, aponta para o que é intemporal na existência humana, e nos ajuda a superar o fluxo caótico de eventos aleatórios, vislumbrando o âmago da realidade”<sup>4</sup>”.

A relação entre o historicismo e o pensamento mitológico existe, uma vez que a compreensão que se tem é que a história e o mito se produzem e se reproduzem quase que de forma vegetativa. Nesse sentido verifica-se que “[...] os seres humanos se caracterizam por literalmente produzirem-se continuamente a si mesmos – o que indicamos ao chamarmos a organização que os define de organização autopoietica”<sup>5</sup>”.

A *autopoiesi* é uma forma de alimentar a crença na evolução humana, ou seja, é confirmar o entendimento de que a história, de forma natural, determinará os rumos da humanidade através da perpetuação e da disseminação de verdades prontas, absolutas e imutáveis construídas a partir da sacralidade e das crenças que alimentam o pensamento mitológico.

A relação existente entre mitologia e cosmologia<sup>67</sup> é construída a partir do entendimento de que o mito é algo indiscutível que deve ser apenas reproduzido e passado de geração para geração. Não existe uma preocupação com a demonstração dos métodos e dos fundamentos utilizados na construção do mito. A desnecessidade dessa fundamentação teórica suficiente ao esclarecimento do mito autoriza a utilização da consciência e dos sentidos

---

2 “[...] Os seres humanos, por sua vez, facilmente se desesperam, e desde a origem mais remota inventamos histórias que permitem situar nossas vidas num cenário mais amplo e nos dão a sensação de que a vida, apesar de toas as provas caóticas e arrasadoras em contrário, possui valor e significado. [...] A imaginação é a faculdade que produz a religião e a mitologia. Hoje o pensamento mitológico caiu em desgraça; com frequência o descartamos por irracional e indulgente”. ARMSTRONG, Karen. *Breve Historia do Mito*. Tradução: Celso Nogueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 8.

3 ARMSTRONG, Karen. *Breve Historia do Mito*. Tradução: Celso Nogueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 09.

4 ARMSTRONG, Karen. *Breve Historia do Mito*. Tradução: Celso Nogueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 12.

5 MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *A Árvore do Conhecimento*. Campinas: Editorial Psy, 1995, p. 84.

6 Cosmologia é a Ciência que estuda a estrutura, evolução e composição do universo. Por Ciência, nos referimos ao uso do método científico para criar e testar modelos; por estrutura, entenda-se o problema da forma e da organização da matéria no universo; por evolução, as diferentes fases pelas quais o universo passou; por composição, queremos saber do que é feito o universo. Disponível: <http://www.sbfisica.org.br/fne/Vol6/Num1/cosmologia.pdf>. Data de Acesso: 07 de janeiro de 2010.

7 “O mito nos leva até o fundo das reservas psíquicas da humanidade. Sejam quais forem nossas raízes culturais e religiosas, ou nossa psicologia pessoal, a familiaridade com os mitos proporciona um elo vital de ligação com o significado, cuja ausência está, tão amíúde, por trás das neuroses individuais e coletivas de nosso tempo. Em resumo, ao estudar mitos estamos em busca daquilo que nos vincula mais profundamente à nossa própria natureza e ao nosso lugar no cosmo”. HOLLIS, James. *Rastreamento os Deuses – o lugar do mito na vida moderna*. Tradução: Maria Sílvia Mourão Netto. Revisão: Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 1997, p. 10.

como substratos do pensamento mitológico. Assim, as conclusões advindas do pensamento mitológico nada mais são do que percepções individualizantes do mundo a serem estendidas à todos indistintamente, mediante a perpetuação da verdade sob a égide *autoipoética*. É nesse contexto que se encontra a base para o exercício do poder e da autoridade: os deuses são os seres considerados legitimados para a construção do pensamento mitológico a ser adotado pela humanidade.

Observa-se que o exercício do poder é uma construção do pensamento mitológico através do exercício da autoridade dos deuses. O mito nada mais é do que o produto de conjecturas sócio-culturais e religiosas vigentes em um determinado período da história da humanidade como parâmetro para o controle e a busca da regularidade social. É por isso que se pode afirmar que o mito legitima o exercício autoritário do poder<sup>8</sup>, como fica evidente no

### **Mestre da Verdade:**

[...] [Os mestres da verdade na Grécia arcaica], a verdade não é separável do mestre que a enuncia e das condições claramente formalizadas de sua enunciação. O mestre da verdade é em primeiro lugar o poeta que arranca os homens e os deuses do esquecimento e lhes dá assim uma memória. Sua palavra eficaz institui por sua virtude própria um mundo simbólico-religioso que é o próprio real. Cabe ao poeta dizer o que verdadeiramente foi: sem sua palavra, os altos feitos dos homens mergulham no não-ser; através dela eles são, tendo sempre sido. Ao contrário do que fará o historiador clássico, o poeta arcaico não busca dizer o que foi tal como pôde estabelecê-lo consultando e criticando as fontes, mas o estabelece pela escansão repetida e captadora de seu dizer, eco de todos os ditos, cuja beleza sublinha a verdade. O adivinho, outro mestre da verdade, diz de maneira uniforme o que foi, é ou será. Mas, contrariamente ao físico da época clássica, que do mesmo modo diz a natureza sob a forma do eterno, ele não busca dizer o ser tal como ele é, mas contribui para fazer com que ele seja por meio de seu dizer: sua palavra realiza, e por isso é cercada de desejo e temor e protegida da linguagem ordinária por seu cerimonial. O rei de Justiça da época arcaica igualmente diz a verdade como um mestre: ao contrário do júri da época clássica, que procura estabelecer o que foi feito e o que deve resultar disso, confrontando argumentações contraditórias, o antigo **mestre da verdade faz ser o que ele diz, enunciando ritualmente o justo**: ao fazer isso, atribui a cada um sua parte no mundo cósmico e portanto institui a ordem real da cidade<sup>9</sup>.

O mito como fundamento do exercício do poder explica a não implementação da Democracia na pós-modernidade.

A limitação ou a ausência de fiscalidade das decisões dos jurados compromete,

---

8 Importante esclarecer que o pensamento mitológico é suficiente para explicar o exercício do poder a partir da fé, do fundamentalismo religioso, da sacralização do magistrado, da mitificação dos chefes do executivo e da subserviência dos cidadãos alheios do processo de participação na construção de todas as decisões que são diretamente interessados.

9 WOLFF, Francis. Nascimento da razão, Origem da crise. *A crise da razão*. Organização: Aduauto Novaes. 2. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 69/70.

sobremaneira, o entendimento democrático do Júri. Ao dissertar sobre o tema Norberto Bobbio<sup>10</sup> esclarece que o **Poder Invisível** é um dos fatores que comprometem a construção da Democracia, por se tratar de decisões palacianas tomadas obscuramente pelos detentores do poder e cujos efeitos atingirão diretamente a coletividade que ficou alheia ao debate das questões relacionadas diretamente aos seus interesses. Ou seja, a democracia consiste numa espécie de governo do poder visível, e não invisível.

A mitologização do exercício do poder, conforme explicita Bobbio, inviabiliza a fiscalidade e a publicidade<sup>11</sup> das decisões tomadas pelos titulares do poder por se colocarem muitas vezes na condição de deuses sem o dever de fundamentar suas decisões. A simples condição de detentor do poder o legitima ao exercício de sua autoridade, independentemente de fiscalidade e tampouco do dever de fundamentar juridicamente suas decisões.

É temerário afirmar que o pensamento mitológico é desprovido de racionalismo, até porque a razão é coextensiva à humanidade. Assim “[...] *na medida em que a razão é pensada como uma determinação que se aplica ao homem ou aos homens, não há nenhuma razão de imputar-lhe um nascimento*”<sup>12</sup>.

Em sendo o pensamento mitológico produto de construções humanas denota-se claramente suas raízes racionalistas, o que justifica a superação do entendimento de que não é possível a racionalização do mito.

O advento da razão precede o pensamento mitológico tendo em vista ser possível verificar o pensamento racional desde o momento em que o homem passou a intervir na natureza e a transforma-la. Portanto não é coerente limitar o entendimento da razão ao pensamento científico, mesmo sabendo que o método científico encontra sua base no pensamento racional. A sistematização do pensamento científico se deu a partir da razão, mas isso não justifica a desconsideração das colocações anteriormente expostas.

A superação do mito visto sob a égide historicista e autopoética dar-se-á através da racionalidade crítica, da ampla fiscalidade, do devido processo legal e do processo constitucional como corolários à implementação do Direito em bases democráticas. Por isso é imperioso o estudo do tema na obra de Karl Popper, para que seja possível o debate centrado na crítica científica.

---

10 BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 97-120.

11 A publicidade é importante para possibilitar o conhecimento dos atos estatais pelos cidadãos como forma de controle. Os princípios da publicidade, fundamentação dos provimentos estatais, legalidade, supremacia da constituição, impessoalidade, contraditório, ampla defesa, devido processo legal e isonomia são corolários e substratos teóricos para a implementação do Estado Democrático de Direito. A ausência de fiscalidade consubstanciada pelo Poder Invisível, conforme preconiza Bobbio, institucionaliza a autocracia centrada na mitologização do poder centrada na autoridade dos julgadores e decisores. Pensar o Estado Democrático de Direito na perspectiva da crítica científica é, acima de tudo, superar o entendimento do Direito centrado na concepção autoritária para assegurar o exercício da cidadania através do controle e da fiscalidade dos atos estatais.

12 WOLFF, Francis. Nascimento da razão, Origem da crise. *A crise da razão*. Organização: Aduino Novaes. 2. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 67/68.

## 1.1-O Mito do Contexto

O conhecimento científico construído em bases epistemológicas é considerado o fundamento inicial para o esclarecimento da superação da mitologização e da pressuposição do conhecimento em bases historicistas. É nesse contexto teórico que Karl Popper propõe a dessacralização e a desmitologização do conhecimento pela problematização científica. A falibilidade<sup>13</sup> e a ampla fiscalidade representam a base para o estudo da crítica científica que, por sua vez, fundamentam a construção do devido processo legal no Estado Democrático de Direito.

O inacabamento e a construção infinita do conhecimento científico a partir da refutabilidade e da testificação das teorias científicas representam a base da obra de Karl Popper, tendo em vista a superação da dogmatização do conhecimento proposto pelo pensamento mitológico.

O método crítico<sup>14</sup> proposto por Popper, que estabelece a proibição de vedação de liberdade de tentativas de refutação (base teórica do Devido Processo Legal), inaugura o estudo do Direito Democrático na pós-modernidade<sup>15</sup>.

O erro é a causa da teorização e o fundamento da falibilidade e da testificação do conhecimento científico em Popper. O conhecimento é a forma legítima de compreendermos a nossa ignorância e o instrumento teórico de explicação do erro.

A ruptura com as crenças e com o conhecimento construído em bases metafísicas é pressuposto para o entendimento do Direito Democrático centrado não mais na clarividência e na sapiência inata dos julgadores.

A processualidade democrática do discurso voltado para a ampla fiscalidade implementa-se pela radicalização do **Devido Processo Legal**. Inicia-se, assim, o período de um direito emancipatório, através do qual a fiscalidade e o falibilismo<sup>16</sup> passam a ser

---

13 “É evidente que a doutrina da falibilidade humana pode ser usada de forma válida para argumentar contra o tipo de absolutismo filosófico que se afirma detentor da verdade absoluta – ou talvez dum critério de verdade absoluta, como, por exemplo, o critério cartesiano da clareza e distinção ou algum outro critério intuitivo”. POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 91.

14 “[...] a crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática”. POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 396.

15 “A pós modernidade do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução do impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo de século de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralísticas e transculturais da atualidade. É preciso destruir o fetiche do Estado de Justiça que esta a emperrar a transição para a pós modernidade, que reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de uma jurisdição (dicção de um direito culturalizado) salvadora da realidade hostil à realização dos direitos fundamentais”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 30.

16 “[...] Por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e ate mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que a encontramos [...] Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Tornar-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento”. POPPER, Karl

exercidos pelos princípios institutivos do processo<sup>17</sup> (contraditório<sup>18</sup>, ampla defesa, isonomia processual, devido processo legal e indispensabilidade do advogado).

Talvez um dos grandes erros cometidos pelos estudiosos em todo o mundo é admitir estaticamente a dicotomização supostamente existente entre o racionalismo e o irracionalismo. Tal questão não parecer ser tão simples assim de ser esclarecida pelos pesquisadores de uma forma genérica, tendo em vista que a doutrina do relativismo esclarece que o conceito de verdade é relativo e, por isso, a verdade mudaria de contexto para contexto. É nessa perspectiva que Karl Popper propõe o debate do “Mito do Contexto<sup>19</sup>”.

A discussão, o debate, os erros, a ignorância e a discordância são considerados por Popper a base da discussão, do debate, da argumentação e da crítica científica. A superação da técnica e a teorização da crítica somente são possíveis quando há discordância. É por isso que é possível afirmar que Popper, em sua obra, não busca o consenso, mas sim o aprimoramento do debate científico. A desconstrução do mito é o caminho para o rompimento com o entendimento estático e absoluto de verdades prontas e acabadas que se perpetuam ao longo da história da humanidade.

O debate científico como pressuposto à construção do conhecimento tem que se desenvolver através da participação de todos aqueles interessados no objeto da discussão. Dessa forma pode-se definir o Mito do Contexto como “*A existência de uma discussão racional e produtiva é impossível, a menos que os participantes partilhem um contexto comum de pressupostos básicos ou, pelo menos, tenham acordado em semelhante contexto em vista da discussão*<sup>20</sup>”.

O mito limita o debate com o propósito de tornar a discussão fácil e moderada, a partir do momento em que condiciona o debate a existência de questões minimamente comuns e indiscutíveis. Ou seja, parte-se do pressuposto de que a discussão não será ampla, haja vista elementos não passíveis de debate por serem considerados pontos pacíficos entre os sujeitos do debate.

Ao contrário do exposto, o debate democrático tem sua base centrada no erro e na possibilidade de debater todas as questões possíveis e consideradas relevantes. A radicalização do princípio do Devido Processo Legal assegura aos participantes a liberdade de divergir e

---

R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 395-396.

17 “[...] como elementos jurídico-existenciais do processo, em sua base institutiva, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são princípios (referentes lógico-jurídicos), sem os quais não se definiria o PROCESSO em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais. Como princípios jurídico-institutivos do PROCESSO, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, merecem estudo particularizado”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 103.

18 *O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes p contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório*. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130.

19 POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 67/68.

20 POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 69.

discordar amplamente, uma vez que assim teremos o aprimoramento das proposições teóricas suficientes a construção da crítica científica. Nesse sentido:

Irei defender uma tese perfeitamente contrária: uma discussão entre pessoas que compartilham várias opiniões tem poucas probabilidades de vir a ser proveitosa, ainda que possa ser agradável; enquanto uma discussão entre contextos bastante díspares pode ser extremamente proveitosa, ainda que, por vezes, possa ser muito difícil e, talvez, não tão agradável (possamos embora aprender a apreciá-la).

Creio que podemos afirmar que uma discussão foi tanto mais proveitosa quanto mais os participantes com ela puderem aprender. Significa isto que quanto mais interessantes e difíceis tenham sido as questões levantadas tanto mais induzidos eles foram a pensar respostas novas, tanto mais abalados terão sido nas suas opiniões, pois foram levado a ver essas questões de forma diferente após a discussão – em resumo, os seus horizontes intelectuais alargaram-se.

A fecundidade neste sentido dependerá, quase sempre, do hiato original entre as opiniões dos participantes na discussão. Quanto maior ele for, tanto mais proveitosa a discussão – desde que esta se não torne, naturalmente, inviável como assere o mito do contexto<sup>21</sup>.

Ao contrário do entendimento de muitos estudiosos Popper defende que quanto mais divergência houver quanto à tese objeto do debate e quanto mais difícil for o consenso, mais proveitosa será a discussão. Tal afirmação se justifica a partir da concepção de que o debate não tem como escopo o consenso, mas sim o aprimoramento da argumentação, o aprendizado dos participantes e o amadurecimento das questões suscitadas no debate. Além disso, quanto mais díspares forem as teses levantadas, maior será a reflexão dos sujeitos do debate, para que os mesmos aprendam a lidar mais claramente com as diferenças e também venham a pensar sobre a tolerância, questão profundamente relevante nas sociedades democráticas e pluralistas.

É por isso que os juízos *a priori*, a dogmática, os mitos e a utilização de questões sedimentadas como parâmetro para a argumentação limitam ou muitas vezes suprimem o debate, por torna-lo não proveitoso à reflexão científica. A construção do Estado Democrático de Direito pressupõe o enfrentamento, pelo Devido Processo Legal, das questões de interesse das sociedades abertas, especificamente a problemática teórica envolvendo as esferas públicas e privadas.

Para Popper quanto maior for o debate maior será a probabilidade de produção crítica do conhecimento científico. Nesse sentido:

[...] mesmo sem discussão, é possível um confronto proveitoso entre pessoas profundamente enraizadas em marcos diferentes. Contudo, não

---

21 POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 70-71.

devemos esperar demasiado: não devemos esperar que um confronto, ou até uma discussão prolongada, termine em acordo entre os participantes<sup>22</sup>.

Talvez um dos maiores desafios enfrentados pelos interlocutores de Popper é compreender que o consenso não pode ser considerado requisito indispensável do debate científico. É possível a discussão e a argumentação científica viabilize a crítica mesmo diante da permanência de divergências. Assim pode-se falar que o debate foi proveitoso na concepção e nas proposições teóricas de Popper, ao defender que o fosso existente entre contextos diferentes ou entre diferentes culturas poderá ser ultrapassado, o que não representa uma garantia de que sempre será ultrapassado<sup>23</sup>.

O aprimoramento do convívio de individualidades em um espaço público é produto do choque de diferentes culturas e do confronto de diferentes contextos. Ou seja, o intenso e constante debate é o fundamento do processo de amadurecimento da vida e do convívio em sociedade. Para Popper certamente “[...] o choque cultural pode levar os homens a pensar de modo crítico [...]”<sup>24</sup>.

Verifica-se que as proposições filosóficas apresentadas por Popper denotam claramente a superação da retórica e da persuasão, uma vez que compreende o debate não como instrumento de convencimento ou de prevalência do melhor argumento, mas, acima de tudo, como forma de aprimorar as reflexões cientificamente críticas.

Ao teorizar suas proposições Popper parte do pressuposto de que o centro do debate e das decisões encontra-se na participação direta e efetiva de todos aqueles interessados no objeto do debate, mediante o reconhecimento da possibilidade de discussão ampla de todas as questões coerentemente relacionadas com o foco das discussões e das divergências.

A compreensão do universo talvez seja uma das buscas mais constantes do homem. O mito e a invenção de histórias é a forma mais antiga e até hoje muito utilizada para explicar o universo essencialmente a partir da fé irracional. Em contrapartida temos a racionalidade como fundamento para o entendimento objetivamente científico sobre o universo. O método da discussão crítica centrado nos erros ou divergências é a teorização apresentada por Popper<sup>25</sup> para demonstrar a insuficiência do mito para a compreensão do universo.

A Epistemologia Quadripartite (técnica – ciência – teoria – crítica) encontra a sua fundamentação teórica proibição de vedação da liberdade de tentativa de refutação. É impossível conciliar a Democracia com a vedação de tentativa de refutação, tendo em vista

22 POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 73.

23 “Por conseguinte, a minha tese não diz que o fosso entre contextos diferentes, ou entre diferentes culturas, pode, por razões lógicas, ser sempre ultrapassado. Defende apenas que, geralmente, pode ser ultrapassado. Talvez não haja pressupostos comuns. Talvez depare apenas com problemas comuns. Pois diferentes grupos de seres humanos, em geral, tem muito em comum, a saber, os problemas de sobrevivência. Mas até os problemas comuns podem nem sempre ser necessários. A minha tese refere que o mito do contexto ou a sua negação não é sustentada pela lógica, e que podemos tentar aprender uns com os outros. Se o conseguiremos ou não, dependerá em grande parte de nossa boa vontade e, até certo ponto, também da nossa condição histórica e da nossa situação problemática”. POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 74-75.

24 POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 76.

25 POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 82-83.

que em Popper não se pode falar em resolução conclusiva, uma vez que o conhecimento fornece mais teorias para o enfrentamento dos erros. Por isso Popper abomina as conclusões peremptórias fundadas em verdades absolutas.

A liberdade nas tentativas de refutação é o que garantirá a autonomia dos sujeitos na participação da discussão e do debate. Popper preconiza ao longo de todas as suas discussões que a liberdade dos indivíduos é requisito essencial para assegurar efetivamente a sua participação no debate.

O Método Crítico de Popper é a garantia de que a liberdade e a igualdade de participação são corolários das reflexões críticas no Estado Democrático de Direito. Nesse ínterim não se pode ver o Método Crítico como uma disposição de idéias e de raciocínios que possibilitem o entendimento científico com ordem e coerência, até porque a coerência máxima é a base da ditadura do conhecimento.

No âmbito do Direito o Método Crítico não pode ser visto como uma técnica de interpretação a partir da experiência profissional do intérprete, ou seja, não é uma forma de estabilização do sentido do Direito pela conciliação interpretativa do decisor. A interpretação do Direito deverá partir de uma argumentação jurídica decorrente de um debate entre interessados que se encontrem em igualdade jurídica, o que inviabiliza o julgador suprir as lacunas da lei pelo método sistemático de interpretação pautado no juízo da autoridade. Toda a base do método crítico encontra-se na discordância, e por isso *“seja o que for que tenha acontecido, a invenção do método crítico dificilmente se teria dado sem o impacto do choque de culturas<sup>26</sup>”*.

A finalidade das discussões não se encontra centrada na vitória de uma das partes envolvidas no debate, mas sim no esclarecimento científico, por mínimo que possa parecer. Processualmente a análise de um caso concreto não perpassa pela prevalência do melhor argumento jurídico, mas no seu estudo conforme o contexto do debate que se propõe. É importante esclarecer a necessidade de prevalência da racionalidade como parâmetro do debate jurídico, para não prevalecer as concepções pessoais do julgador. Nesse sentido Popper afirma

As discussões sérias e críticas são sempre difíceis. Nelas entram sempre elementos não racionais, tais como os problemas sociais. Muitos participantes numa discussão racional, ou seja, crítica, consideram particularmente difícil ter de desaprender aquilo que os instintos lhes impõem (e aquilo que lhes é ensinado por todas as sociedades que debatem): ou seja, vencer. Pois o que têm de aprender é que uma vitória num debate não significa nada, ao passo que a mínima clarificação de um problema que se tenha – mesmo a mais pequena contribuição para uma compreensão mais clara da sua própria posição ou da de um opositor – constitui um grande sucesso. Uma discussão que se vence, mas que não ajuda na alteração ou clarificação da vossa mente, nem que seja só um

---

26 POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 83.



pouco, deverá ser considerada uma perda completa. Por isso, nenhuma mudança de posição se deve fazer sub-repticiamente; pelo contrário, há que realça-la juntamente com as suas conseqüências exploradas.

A discussão racional, neste sentido, é uma coisa rara. Mas é um ideal importante e podemos aprender a dar-lhe valor. Não tem por objectivo converter ninguém e é modesta nas expectativas: é suficiente, mais do que suficiente, se sentirmos que conseguimos ver as coisas sob uma nova luz ou que até nos aproximamos um pouco mais da verdade<sup>27</sup>.

A construção do mito, para Popper, varia conforme o contexto, pois as verdades são definidas a partir das conclusões científicas obtidas pelos estudiosos. Muitas conclusões obtidas através da pesquisa científica tornam mitos por serem vistos como verdades absolutas e não passíveis de refutabilidade. Para Popper qualquer verdade científica, por mais absoluta que possa parecer, é passível de refutabilidade em decorrência do falibilismo científico. Sendo assim propõe a liberdade e a autonomia dos sujeitos no debate científico como forma de aprimoramento das reflexões críticas.

Dessa forma o tema Tribunal do Júri é a oportunidade que se tem de debater que a construção do provimento jurisdicional pelo corpo de jurados deverá se dar não através de juízos *a priori*, nem tampouco de convicções pessoais materializadas na íntima convicção dos julgadores, mas sim mediante a ampla oportunização do debate jurídico em que são ofertadas à discussão todas as questões fáticas suficientes à construção participada da argumentação jurídica sob a égide do devido processo penal democrático e constitucionalizado.

## **2- Fundamentos históricos do Tribunal do Júri**

A análise da historicidade do tema remonta os judeus do Egito Antigo, que sob a égide das leis de Moisés, encontramos o primeiro registro do Tribunal do Júri. Ao dispor sobre a existência do Conselho de Anciãos, que nada mais era do que a materialização do julgamento pelos próprios pares, verifica-se a estreita relação existente entre o Júri e a religião, tendo em vista que os julgamentos eram de natureza teocrática e se davam em nome de Deus. As regras a serem observadas encontravam-se estabelecidas no grande livro, o Pentateucho, onde não havia limite para a fixação da pena do condenado, garantia-se a publicidade do julgamento, assegurava-se a defesa do acusado mas, desde esse período da história o julgamento dava-se de acordo com a consciência do jurado<sup>2829</sup>.

Há registros históricos na Grécia que merecem uma breve análise com a finalidade de esclarecer cientificamente a origem do Tribunal do Júri através do estudo do Areópago

27 POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009, p. 84-85.

28 ROCHA, Arthur Pinto da. *O Júri e a sua evolução*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro e Maurílio, 1919.

29 GOMES, Abelardo da Silva. *O Julgamento pelo Júri – em face de sua origem, evolução histórica e da formação jurídico política da nação brasileira*. 1953. 82 f. Dissertação para concurso à cadeira de Direito Judiciário Penal - Faculdade de Direito de Santa Catarina. Florianópolis, p. 11-21.

e da Heliéia, dois órgãos colegiados com a incumbência de proferir julgamentos pautados essencialmente na consciência e no senso de justiça dos seus julgadores. Nesse sentido Nádia de Araújo e Ricardo R. Almeida expõe

Na Atenas clássica, duas instituições judiciárias velam pela restauração da paz social: o Areópago e a Heliéia. Ambas apresentam pontos em comum com o Júri. O Areópago, encarregado de julgar os crimes de sangue, era guiado pela prudência de um senso comum jurídico. Seus integrantes, antigos arcontes, seguiam apenas os ditames de sua consciência. A Heliéia, por sua vez, era um Tribunal Popular, integrado por um número significativo de heliastas (de 201 a 2.501), todos cidadãos *optimo jure*, que também julgavam, após ouvir a defesa do réu, segundo sua íntima convicção. Parecem elementos bastantes para identificar aqui os contornos mínimos, o princípio ao qual a idéia de justiça popular historicamente se remeteria<sup>30</sup>.

Para Guilherme de Souza Nucci “*Na Grécia, desde o século IV aC., tinha-se conhecimento da existência do Júri. O denominado Tribunal de Heliastas era a jurisdição comum, reunindo-se em praça pública e composto de cidadãos representantes do povo*”<sup>31</sup>.

O advento do Tribunal do Júri no Direito Romano ocorreu no sistema acusatório com o surgimento da *quaestiones perpetuae*, que através da *Lex Calpurnia* de 149 aC. viabilizou inicialmente o julgamento colegiado de funcionários do Estado que tivessem cometido qualquer ilicitude contra um provinciano. O pretor romano era quem presidia a sessão de julgamento e o órgão colegiado legitimado para julgar era composto por cidadãos idôneos, com idade mínima de 30 anos e que não tivesse qualquer punição anterior. Toda acusação devia ser precedida de provas e se o acusado fosse absolvido o acusador era posteriormente processado; assegurava-se o direito de defesa do acusado, o julgamento se dava de acordo com a consciência dos julgadores e sem necessidade de qualquer motivação<sup>32</sup>.

A Magna Charta da Inglaterra de 1215 é considerada um marco do constitucionalismo europeu medieval e representa uma verdadeira conquista histórica em termos jurídicos. Foi implantada na Inglaterra quando o Concílio de Latrão aboliu as ordálias e os juízos de Deus. O Júri foi institucionalizado na Inglaterra centrado na ideologia de ser um Tribunal do Povo em que os acusados seriam processados e julgados pelos seus próprios pares<sup>33</sup>. Nesse contexto é oportuna a colocação de Jackson Ferreira de Matos;

Surgiu como uma necessidade de julgar os crimes praticados por bruxarias ou com caráter místico. Para isso, contava com a participação

30 .ARAÚJO, Nádia de. ALMEIDA, Ricardo R. O Tribunal do Júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre o seu estágio atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 201/200. *apud* TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do Júri: origem evolução, características e perspectivas. *Tribunal do Júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. p. 13-14.

31 NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 41-42.

32 TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do Júri: origem evolução, características e perspectivas. *Tribunal do Júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. p. 13-24.

33 NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 41-44.

de doze homens da sociedade que teriam uma “consciência pura”, e que se julgavam detentores da verdade divina para a análise do fato tido como ilícito e a aplicação do respectivo castigo.

Infere-se desde a sua origem o caráter religioso imposto ao Júri, se não pelo número de jurados – uma suposta referência aos doze apóstolos de Cristo – pelo poder dado aos homens comuns de serem detentores da verdade julgando uma conduta humana, papel reservado naquela época exclusivamente a Deus<sup>34</sup>.

A formação histórica do Tribunal do Júri decorre do interesse em democratizar os julgamentos. Traz no seu bojo uma forte influência religiosa, especificamente cristã, centrada na idéia de justiça decorrente de decisões proferidas pelos jurados de acordo com a sua consciência, ou seja, independente de qualquer fundamentação ou motivação jurídica. Assim, a consciência dos jurados, produto de suas crenças e de suas convicções pessoais, bem como o caráter sacro dos julgamentos ocorridos em um espaço composto por pessoas supostamente preparadas para distribuir e garantir a justiça entre os homens representa alguns dos traços característicos e marcantes do Tribunal do Júri. Nesse contexto Nucci expõe

Após a Revolução Francesa, de 1789, tendo por finalidade o combate à idéias e métodos esposados pelos magistrados do regime monárquico, estabeleceu-se o júri na França. O objetivo era substituir um Judiciário formado, predominantemente por magistrados vinculados à monarquia, por outro, constituído pelo povo, envolto pelos novos ideais republicanos. A partir disso, espalhou-se pelo resto da Europa, como um ideal de liberdade e democracia a ser perseguido, como se somente o povo soubesse proferir julgamentos justos. Relembremos que o Poder Judiciário não era independente, motivo pelo qual o julgamento do júri apresentava-se como justo e imparcial, porque produzido por pessoas do povo, sem a participação de magistrados considerados corruptos e vinculados aos interesses do soberano<sup>35</sup>.

No Brasil o Tribunal do Júri foi instituído por Decreto no ano de 1822, com a finalidade de julgar os crimes de imprensa sob a justificativa de que as leis antigas impunham penas muito duras. Por isso o príncipe regente D. Pedro ordenou que os juízes fundamentassem suas decisões com base na Constituição Portuguesa de 1821, até que a primeira Constituição brasileira fosse promulgada no ano de 1824<sup>36</sup>. *O júri era composto por 24 cidadãos bons, honrados, inteligentes e patriotas, prontos a julgar os delitos de abuso de liberdade de imprensa, sendo suas decisões passíveis de revisão somente pelo Príncipe Regente*<sup>37</sup>”.

A primeira previsão legislativa no Brasil sobre o Tribunal do Júri se deu no plano

---

34 Disponível: [http://www.periodicoedireito.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=215&Itemid=31](http://www.periodicoedireito.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=215&Itemid=31). Data de Acesso: 8 de janeiro de 2010.

35 NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

36 NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 36

37 NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

infraconstitucional, uma vez que foi somente com a Constituição de 1824<sup>38</sup>, em seus artigos 151 e 152 que visualizamos o *status* constitucional do Júri no Brasil: “*Artigo 151 – O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem. Artigo 152 – Os Jurados pronunciam sobre o fato, e os juizes aplicam a Lei*<sup>39</sup>”.

Verifica-se que legislador constituinte não definiu constitucionalmente de forma detalhada a competência do Tribunal do Júri, deixando tal encargo ao legislador infraconstitucional. Ressalta-se, ainda, que a competência do Tribunal do Júri englobava tanto fatos de repercussões penais quanto cíveis, conforme exposto no *caput* do artigo 151. Não houve também no plano constitucional qualquer menção aos princípios regentes do Tribunal do Júri, tal qual ocorre na Constituição brasileira de 1988, a ser analisada posteriormente. Antes do advento do primeiro Código Criminal do Império no ano de 1832, foi promulgada em 20 de setembro de 1830 a segunda lei de imprensa:

Mais tarde, em 20 de setembro de 1830, foi promulgada a segunda lei de imprensa, que tratava sobre o abuso da liberdade de imprensa, **e criou o júri de acusação e o júri de julgamento**. O primeiro era responsável por julgar a admissibilidade da acusação. O conselho ouvia a acusação, defesa e testemunhas, se fosse o caso, e se reunia a portas fechadas para decidir, por maioria absoluta, a viabilidade da acusação. Após, reunia-se o júri de julgamento e, ouvindo as alegações das partes e analisando as provas colhidas, respondiam aos quesitos formulados pelo juiz de direito e decidiam por maioria absoluta a culpa do réu<sup>40</sup> (**grifo nosso**).

No ano de 1832 verifica-se o advento do Código de Processo Penal, que recebeu fortes influências do direito norte-americano, o direito francês e inglês. Houve, nesse período, o tratamento legislativo detalhado da competência e do procedimento do Tribunal do Júri, o que limitou sobremaneira a atuação dos jurados e do juiz presidente. Com a promulgação da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, houve uma limitação da competência do Tribunal do Júri ao extinguir o júri de acusação e estabelecer que a instrução criminal passou a ser responsabilidade dos Delegados de Polícia e dos Juizes Municipais<sup>41</sup>.

Outra derrocada sofreu o júri com o advento da Lei n. 562, de 2 de julho de 1850, regulamentada pelo Decreto n. 707, de 9 de outubro do mesmo ano, que atribuiu aos magistrados a competência para o julgamento dos crimes de moeda falsa, roubo, homicídio nos municípios da fronteira do Império, resistência e tirada de presos, além da bancarrota

\_\_\_\_\_ Mas, em 1871, ocorreu nova reforma processual que trouxe significativas

38 A Constituição brasileira de 1824 foi **outorgada** por D. Pedro I, segundo o qual é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais.

39 BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 1. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 99.

40 GÓES, Marisa Lazara de. *Tratamento constitucional à instituição do júri*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Data de Acesso: 09 de janeiro de 2009.

41 GÓES, Marisa Lazara de. *Tratamento constitucional à instituição do júri*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Data de Acesso: 09 de janeiro de 2009.

alterações para a instituição do júri. Com efeito, a Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, ampliou novamente a competência do júri, cessando as limitações impostas pela Lei n. 562, de 7 de julho de 1850<sup>42</sup>.

No Governo Provisório de 15 de novembro de 1889, Rui Barbosa exerceu a função de Ministro da Defesa e, por isso, participou ativamente na elaboração do texto da segunda Constituição brasileira, do ano de 1891. Trata-se de uma Constituição bastante objetiva, com exatamente 91 artigos, que em seu artigo 72, §31 estabeleceu apenas a manutenção da instituição do Júri, atribuindo-lhe *status* de garantia ou direito individual<sup>43</sup>. Em virtude da objetividade do legislador constituinte sabe-se que a Constituição brasileira de 1891 recepcionou o tratamento legislativo infraconstitucional referente à competência e ao procedimento adotado no Tribunal do Júri. Ressalta-se, nesse período da história, a criação do Tribunal do Júri vinculado à Justiça Federal, conforme preceitua o Decreto 848 de 1890<sup>44</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de acórdão de 07 de outubro de 1899, fixou as características do Tribunal do Júri:

- a) composição por jurados qualificados periodicamente pelas autoridades designadas por lei; b) conselho de julgamento composto de certo número de juízes, escolhidos à sorte; c) incomunicabilidade dos jurados com pessoas estranhas ao Conselho; d) alegações e provas da acusação e defesa produzidas publicamente perante ele; e) julgamento segundo a consciência; f) irresponsabilidade pelo voto<sup>45</sup>.

Chefe do Governo Provisório, com a Revolução de 1930, Getúlio Vargas convocou a Constituinte que, ao fim de seus trabalhos, em julho de 1934, o elegeu, por meio de eleição indiretas, Presidente, por 04 anos. Em seu artigo 72 a Constituição de 1934 estabeleceu: “*É mantida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei*”<sup>46</sup>. Novamente o legislador constituinte confiou ao legislador infraconstitucional a atribuição de regulamentar a procedimentalização e a enumeração das atribuições do Tribunal do Júri. Confirmaram-se os fundamentos histórico-jurídicos do Júri: a democratização dos julgamentos através da participação popular dos jurados, legitimados para proferir suas decisões conforme sua convicção.

Francisco Campos foi o principal autor da Constituição de 1937, que instituiu o Estado Novo, período da história brasileira marcado por um direito autoritário utilizado

42 GÓES, Marisa Lazara de. *Tratamento constitucional à instituição do júri*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Data de Acesso: 09 de janeiro de 2009.

43 BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 2. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 99.

44 GÓES, Marisa Lazara de. *Tratamento constitucional à instituição do júri*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Data de Acesso: 09 de janeiro de 2009.

45 MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 49.

46 BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 3. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 141.

para legitimar a permanência do então Presidente da República Getúlio Vargas no poder. A respectiva Constituição brasileira foi omissa quanto ao Tribunal do Júri, o que desencadeou a promulgação do Decreto-lei 167 em 05 de janeiro de 1938, visando demonstrar explicitamente a permanência do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, conforme preceitua o disposto no artigo 183: “*Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição*”<sup>47</sup>.”

Em 1945 a eleição direta para Presidente da República de Marechal Eurico Gaspar Dutra, por maioria absoluta de votos, inaugurou um novo período da história do Brasil, marcado pela redemocratização do país após o término de um período de exceção. Em 1946 adveio uma nova Constituição, fortemente influenciada pela Carta Constitucional de 1891 e 1934, que resgatou, através do Decreto-lei 167, de 1938, o Tribunal do Júri, omitido pela Constituição de 1937. Tal Decreto-lei disciplinou o procedimento, a organização e a composição do Tribunal do Júri<sup>48</sup>.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 foi outorgada em um período ditatorial da história do Brasil, marcado pelo autoritarismo dos militares. Mesmo assim verificase a manutenção do Tribunal do Júri e a institucionalização de sua competência para o processamento e julgamento de crimes dolosos contra a vida, conforme preceitua o artigo 153, §18<sup>49</sup>. Verifica-se que essa é a primeira Constituição brasileira a definir expressamente em seu texto a competência da instituição do Júri, deixando para o plano infraconstitucional a regulamentação das atribuições e das questões procedimentais. Com o advento da Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, foi mantida a instituição do Júri nos termos ora expostos, embora verifica-se a supressão de inúmeros direitos e garantias fundamentais.

A seguir será debatido os reflexos da Constituição brasileira de 1988 no que tange ao estudo do Tribunal do Júri sob a ótica democrática e da racionalidade crítica.

### **3- A constitucionalização do Júri e o seu tratamento jurídico-infraconstitucional no Brasil**

O Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-lei n. 3.689/41) tem natureza inquisitorial<sup>50</sup>, o que exige uma compreensão sistemático-constitucionalizada com o advento

---

47 BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 4. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 115.

48 BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 5. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

49 BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 6. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 163.

50 “O problema é que a inquisitividade que se verifica pela gestão da prova pelo juiz e pela confusão entre a atuação do órgão julgador e acusador ainda é muito forte no Código de Processo Penal brasileiro. ela pode ser vista não só no inquérito, mas na iniciativa probatória do juiz, que pode ex officio determinar diligências (art. 156), buscas e apreensões (art. 542), seqüestro de bens (art. 127), oitiva de testemunhas referidas (art. 209), e ainda, na confusão entre os papéis de julgador e acusador; o reconhecimento de agravantes não deduzidas na denúncia (art. 385), a possibilidade de condenação mesmo com o pedido de absolvição da acusação (art. 385) e o recurso de ofício ou remessa necessária (art. 574)”. BARROS, Flaviane de Magalhães. (RE)forma do Processo Penal – Comentários Críticos dos artigos modificados pelas Leis 11690/08 e 11719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 06.

do Estado Democrático de Direito. É necessário compatibilizar todas as discussões e debates referentes à reforma<sup>51</sup> do Código de Processo Penal brasileiro com o modelo constitucional de processo penal, de cunho garantista e com o propósito de assegurar a implementação dos Direitos Fundamentais. É nesse contexto teórico que se pretende debater o Tribunal do Júri com o propósito de esclarecer cientificamente se tal instituição pode ou não ser considerada compatível com o Estado Democrático de Direito, nos moldes propostos pela Constituição brasileira de 1988.

Os grandes problemas que se vislumbram no sistema inquisitorial são os seguintes:

a) concentração das funções de julgar nas mãos do juiz; b) a valoração e a interpretação das provas produzidas por meio de juízos axiologizantes centrados na autoridade do julgador; c) a liberdade do magistrado determinar *ex officio* a produção de provas suficientes à formação do seu convencimento; d) a dispensa da fundamentação das decisões judiciais, especificamente na atuação do jurados, que proferirão seus julgamentos de acordo com sua íntima convicção.

O foco dessa análise centra-se na seguinte premissa: a concentração do exercício da jurisdição na autoridade do magistrado e dos jurados.

Enquanto a jurisdição continuar sendo vista como um poder do juiz de dizer o direito no caso concreto, continuaremos convivendo com um processo penal de raízes inquisitoriais.

Pensar o processo penal no Estado Democrático de Direito é revisitar o processo e a jurisdição sob a égide constitucional. Ou seja, o processo deixa de ser visto como mero instrumento para o exercício da jurisdição e passa a ser compreendido sistematicamente como uma instituição constitucionalizada garantidora da implementação efetiva dos Direitos Fundamentais. A Jurisdição não é mais vista como um poder do juiz, mas sim como um Direito Fundamental assegurado indistintamente a todos os cidadãos e uma função estatal hábil a viabilizar a discussão do mérito das pretensões.

Pensar o modelo constitucional de processo penal é compreendê-lo sob a égide principiológica. O contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais representam a garantia de participação dos sujeitos juridicamente interessados no provimento estatal. Nesse sentido Flaviane de Magalhães Barros afirma

Assim, tomando como base a noção de processo como garantia, o contraditório deve ter o seu conceito ampliado, de modo a ser compreendido

---

51 “Para se discutir a atual reforma do Código de Processo Penal é de início necessário lembrar que varias comissões antes tentaram mudar total ou parcialmente o Decreto-lei 3.689/41, nosso Código de Processo Penal, de implicações fascistas e autoritárias.

O Projeto de Helio Tornaghi, concluído em 1963 nem chegou a ser encaminhado ao Congresso pelo Presidente Geisel, convertendo-se na PL 633/75 (PIERANGELLI, 1983), sendo depois retirado de pauta pelo poder executivo. Ainda no governo Geisel foi organizada uma nova comissão presidida por Francisco de Assis Toledo, que, tomando por base o anteprojeto anterior, encaminhou ao Congresso nova proposta identificada com PL 1655/1983. Tal projeto foi novamente retirado pelo Poder Executivo em 1989, em razão da promulgação da Constituição da República de 1988 (PASSOS, 2008)”. BARROS, Flaviane de Magalhães. (RE)forma do Processo Penal – Comentários Críticos dos artigos modificados pelas Leis 11690/08 e 11719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 01.

como o espaço procedimentalizado para garantia de participação dos afetados na construção do provimento. Assim, o contraditório tem como característica o princípio da influência, no sentido de que as partes tem direito de influir argumentativamente nas decisões do processo, ou seja, influir no desenvolvimento e no resultado do processo<sup>52</sup>.

A imparcialidade do juízo tem como corolário a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, a possibilidade de ampla fiscalidade, a construção legítima dos provimentos mediante a participação dos interessados.

A afirmação de que a concepção vigente do Tribunal do Júri não é compatível com o modelo constitucional do processo penal no Estado Democrático de Direito justifica-se no sentido de que a dispensa de motivação nas decisões tomadas pelos jurados viabiliza a substituição da argumentação jurídica por juízos axiológicos.

No Tribunal do Júri o amplo debate jurídico pelos interessados na construção do provimento jurisdicional fica comprometido com a exclusão dos jurados do espaço de argumentação jurídica de construção do provimento. Além disso, o acusado fica à margem da construção participada do provimento, no momento em que os jurados são legitimados a tomarem suas decisões conforme sua consciência e seu senso de justiça.

A previsão do Júri na Constituição brasileira de 1988 como Direito Fundamental não é suficiente para considera-lo compatível com o Estado Democrático de Direito.

A procedimentalização do Tribunal do Júri no Brasil é de cunho inquisitorial no momento em que concentra nas mãos do jurados a legitimidade para julgar, conforme suas convicções pessoais, impossibilitando a participação dos interessados na construção do provimento jurisdicional.

A soberania dos veredictos e o sigilo das votações denotam o caráter autoritário do Tribunal do Júri, uma vez que a dispensa da fundamentação jurídica das decisões dos jurados.

As hipóteses ensejadoras da nulidade das decisões proferidas pelos jurados concentram-se essencialmente no cerceamento de defesa, ou seja, na violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. O fato do acusado não participar da construção do provimento jurisdicional, do qual é juridicamente interessado, não é hipótese suficiente para ensejar a nulidade do julgamento.

Com o advento da Lei 11.689/08 a formação da culpa ainda se encontra concentrada nas mãos do Ministério Público e do magistrado. A primeira fase do procedimento, denominada *judicium accusationis* e designada pela nova legislação de instrução preliminar, se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa pelo querelante, que poderá ser recebida ou rejeitada pelo juiz.

52 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, *apud* BARROS, Flaviane de Magalhães. (RE) *forma do Processo Penal – Comentários Críticos dos artigos modificados pelas Leis 11690/08 e 11719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 18.



Antes do recebimento da denúncia pelo magistrado o acusado é intimado para, querendo, manifestar-se sobre a denúncia. Posteriormente à defesa a acusação terá mais 05 dias para se manifestar sobre as alegações e as provas produzidas e requeridas pela defesa. A intenção do legislador, ao prever tal possibilidade no procedimento, foi assegurar ao acusado o contraditório.

A seguir o magistrado designará Audiência de Instrução e Julgamento para a produção das seguintes provas: oitiva do ofendido, se possível; inquirição das testemunhas da acusação; inquirição das testemunhas de defesa; oitiva dos peritos; acareações; reconhecimento de pessoas ou coisas, e, ao final, o interrogatório do acusado.

As alegações finais devem ser orais, pelo prazo sucessivo para a acusação e defesa de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez. Em caso de mais de um acusado o prazo de vinte minutos será individual. Todo o procedimento, desde o oferecimento da denúncia até a apresentação das alegações finais deverá ser concluído no prazo máximo de 90 dias. Se o réu estiver preso e o prazo acima não tiver sido respeitado o acusado deverá ser imediatamente colocado em liberdade<sup>53</sup>.

A primeira crítica que pode ser feita a essa primeira fase diz respeito à ausência de previsão legal que estabeleça um recurso especificamente cabível contra a decisão que recebe a denúncia. Mesmo assim, tem sido admitido o cabimento do *Hábeas Corpus* como sucedâneo recursal em virtude da pretensão deduzida em juízo referir-se especificamente ao Direito Fundamental de Liberdade. No que tange ao não recebimento da denúncia admitir-se-á o cabimento do recurso em sentido estrito<sup>54</sup>. Ante o exposto verifica-se a violação do princípio da isonomia processual, tendo em vista o tratamento jurídico diferenciado dado à acusação e à defesa no que tange o Direito Fundamental de Recorrer e de Participar Isonomicamente da Construção do Provimento Jurisdicional.

Outro ponto relevante para análise crítica diz respeito ao tratamento jurídico dado ao Ministério Público pelo legislador infraconstitucional ainda como órgão acusador, e não como a atribuição constitucionalizada de viabilizar o exercício e a implementação dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito.

A primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri se encerra com a decisão de pronúncia, através da qual o acusado deverá ser pronunciado apenas quando evidente a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria ou participação, conforme preceitua o §1º do artigo 413 do Código de Processo Penal brasileiro vigente. Dessa forma o magistrado ao pronunciar ou impronunciar o acusado jamais deverá adentrar ao mérito da pretensão, restringindo sua análise ao que se encontra estabelecido no dispositivo legal acima mencionado<sup>55</sup>. Na decisão de pronúncia o juiz também deve especificar as circunstâncias

53 TASSE, ADEL EL. O|Novo Rito do Tribunal do Júri em conformidade com a Lei 11.689/08. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45/56.

54 PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito Processual Penal – teoria crítica e práxis*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 1059.

55 “Na fundamentação da pronúncia deve o Juiz usar de prudência, evitando manifestação própria quanto ao mérito da acusação. Cumpre-

qualificadoras e causas de aumento da pena, sob pena de não poderem ser argüidas no plenário. Isso se deve ao fato da pronúncia estabelecer precisamente os limites da acusação a ser objeto de debate no plenário do Júri.

A impronúncia somente será possível em caso de existência de dúvidas acerca da autoria ou da materialidade do crime. Isso não representa o trancamento definitivo da ação penal. Como a decisão de pronúncia ou impronúncia não versam sobre matéria de mérito, em caso de impronúncia enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova acusação se houver prova nova.

Em caso de evidentes provas nos autos que demonstram claramente a inexistência de autoria poderá o magistrado proferir a decisão de absolvição sumária. Tal situação será possível quando houver um conjunto probatório incontestável em que não é possível extrair versões conflitantes, uma vez que a competência para a análise do mérito da pretensão é do Tribunal do Júri. É cabível o recurso em sentido estrito quando houver decisão de pronúncia e apelação quando houver impronúncia ou absolvição sumária.

Na segunda fase, denominada *judicium causae*, a defesa e a acusação debaterão publicamente suas teses, expondo a interpretação fático-jurídica do caso concreto, sempre com o intuito de alcançar o convencimento dos jurados.

A problemática científica do presente trabalho encontra-se especificamente nas seguintes premissas:

- a) dispensabilidade de formação jurídica pelos jurados denota a utilização, pelos mesmos, de critérios metajurídicos para a análise e interpretação do caso concreto;
- b) não se pode falar em construção participada do provimento jurisdicional enquanto o Ministério Público continuar assumindo inquisitorialmente a condição de acusador e também enquanto o acusado ficar à margem do debate jurídico, cujo decisionismo encontra-se centrado nas mãos dos jurados;
- c) a dispensabilidade de fundamentação jurídica das decisões judiciais proferidas pelos jurados legitima o exercício da autoridade no ato de julgar, tendo em vista autorizar que os jurados formem o seu convencimento a partir do seu senso de justiça e subjetivismo;
- d) a violação dos princípios constitucionais do processo, uma vez que a supressão da participação do acusado na construção do provimento, juntamente com a violação da ampla defesa e da imparcialidade do juízo decorrente da ausência de dever de fundamentação jurídica das decisões dos jurados são argumentos para explicar que o Tribunal do Júri no Brasil não é compatível com o Estado

---

*lhes abster-se de refutar, a qualquer pretexto, as teses da defesa, contra-argumentando com dados do processo, nem mesmo para acolher circunstâncias elementares do crime". MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Teoria e Prática do Júri. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.*

Democrático de Direito, conforme preceitua o princípio da supremacia da constituição<sup>56</sup>.

### **3.1-O princípio da íntima convicção dos jurados visto sob a ótica da racionalidade crítica: o advento do Modelo Constitucional de Processo e a ideologização da linguagem retórica no Tribunal do Júri**

Considerado o primeiro pesquisador a teorizar o processo a partir das proposições teóricas trazidas na obra de Karl Popper, o professor Rosemiro Pereira Leal demonstra que a testificação das teorias no espaço de argumentação jurídico-processual é considerado o fundamento da legitimidade do discurso democrático. Nesse sentido afirma

No **direito democrático**, a linguagem teórico-processual apresenta uma relação de inclusão com as idéias humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber **vida humana** sem concomitante abertura ao **contraditório, ampla defesa e isonomia**. Humana não seria a vida se vedado ao homem descrever e argumentar. Não pode ser proibido ao homem debater **processualmente** o delírio (erros) de sua própria fala, porque perderia sua condição humana<sup>57</sup>.

A crítica científica mais pertinente ao Tribunal do Júri diz respeito a linguagem retórico-ideologizante, reproduzida num espaço alheio à processualidade democrática e centrado na mitologização axiologizante do discurso. A problemática jurídica existente quando da análise do princípio da íntima convicção dos jurados gira em torno da sua incompatibilidade com o modelo constitucional de processo adotado como parâmetro para o estudo crítico da legitimidade dos provimentos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. O fundamento da legitimidade democrática é a garantia assegurada a todos os interessados de fiscalizar amplamente a construção participada do provimento. Nesse sentido ressalta-se o entendimento de Dhenis Cruz Madeira:

Por conseguinte, obstruir a fiscalidade popular sobre a norma jurídica é dar margem à vida nua, criando-se um espaço discursivo indemarcado e não-fiscalizável. Com isso, fomenta-se o aparecimento do espaço do soberano (e não o da soberania popular), do locutor autorizado da lei, que, à semelhança do soberano de Kafka, diz o que pode e o que não pode, sem, contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo. Esse espaço do soberano, a nosso ver, permite a criação de uma dimensão política acima da jurídica<sup>58</sup>.

---

56 “Em função dessa nova compreensão acerca do modo de convivência política, baseada na conformação jurídica da política, a noção de que a Constituição deva ser protegida em face dos abusos contra ela cometidos foi sendo desenvolvida na trilha do constitucionalismo moderno com a consagração do princípio da supremacia constitucional”. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 92.

57 LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 56.

58 MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008,

A decisão proferida no Tribunal do Júri não pode ficar adstrita aos jurados, uma vez que deve ser proferida por todos aqueles afetados juridicamente pelo provimento jurisdicional.

O princípio da íntima convicção dos jurados é considerado um dos fundamentos que justificam o exercício do poder e da autoridade do julgador enquanto decisor legitimado a garantir a justiça entre os homens.

Trata-se de uma construção teórica centrada na concepção de que o julgador (jurado) tem liberdade no ato de julgar, podendo se utilizar ou não de argumentações jurídicas como pressupostos de seus julgamentos. Essa pode ser definida como a liberdade que o julgador tem para aplicar e criar o direito mais adequado para o caso concreto.

O exercício dessa liberdade pelo julgador o autoriza a utilizar tanto argumentos jurídicos como também metajurídicos para proferir julgamentos com base em sua sensibilidade jurídica e senso de justiça. Historicamente pode-se ressaltar que um dos fundamentos para o entendimento da jurisdição enquanto poder do juiz de criar o direito encontra-se no Movimento do Direito Livre:

Os adeptos do direito livre – no sentido de livre da lei 0, de acordo com Kaufmann, afirmavam que não pregavam a decisão *contra legem*, mas apenas indicavam qual o procedimento a ser adotado pelo juiz nos casos de lacuna da lei. Todavia, tinham um conceito excessivamente amplo de lacuna, entendendo sua existência sempre que a lei não resolvesse o caso de forma expressa e inequívoca. Daí sustenta Kantorowicz, citado por Kaufmann, que não existem menos lacunas do que as palavras e que apenas por uma improvável coincidência um caso jurídico poderia encaixar-se em todos os conceitos da lei a ser aplicada. Assim, nestas situações, ou seja, sempre, deveria o juiz recorrer ao direito livre.

Esse direito livre seria descoberto pelo juiz, por meio de sua **sensibilidade jurídica**, no meio social. Caberia ao juiz recorrer às convicções que no seu meio social, e naquele momento, se tem como justo [...]”<sup>59</sup>.

O Tribunal do Júri denota caráter democrático ao transparecer a participação popular mediante o julgamento do acusado pelos seus próprios pares, porém tem cunho autocrático. O decisionismo encontra-se centrado nas mãos dos jurados através da exclusão dos interessados na construção participada do provimento jurisdicional. Nesse sentido explicita André Cordeiro Leal

A jurisdição, assim concebida, é, *in integrum*, atividade de juizes que revelam, pelo ato sentencial, suas próprias vontades (como em Bulow), ou um outra vontade pronta na lei, a de *mens legis* ou a de *mens legislatoris* (num enfoque que, por imprestável, o próprio Ronald Dworkin [1999] já se esforçara em afastar) ou, ainda, intervenções solipsistas e contingenciais

---

p. 24.

59 AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de; COSTA, Fabrício Veiga; SOUZA, Maria Inês Rodrigues de *et al.* Processo, Ação e Jurisdição em Oskar von Bülow. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. v. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 47.

em realidades sociais que estariam a suplicar socorro prestante em razão da inércia (ou inaptidão) do legislador soberano<sup>60</sup>.

A racionalidade crítica com pressuposto da reflexão científica do Tribunal do Júri é o fundamento hábil a demonstrar a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito em virtude da violação do Devido Processo Legal decorrente de uma concepção mitológica de um debate jurídico limitado ou praticamente inexistente. A procedimentalização de um debate jurídico amplo e a construção isonomicamente participada do provimento jurisdicional são fatores suficientes a uma releitura do Júri enquanto instituição cognominadamente considerada democrática.

### **Considerações Finais**

Desmitologizar o Tribunal do Júri a partir da racionalidade crítica consiste inicialmente demonstrar sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito pelos motivos a seguir expostos:

- 1- a idéia de julgamento pelos próprios pares advém de uma concepção de exercício da autoridade com uma falsa aparência democrática. Tal afirmação se justifica porque os jurados fazem parte de um grupo seletivo de pessoas escolhidas e autorizadas a proferir seus julgamentos com base na sua consciência e no senso de justiça, sem ter o dever de prestar qualquer esclarecimento a alguém. Observa-se a supressão da ampla fiscalidade dos atos e a restrição de participação apenas para os escolhidos, o que denota claramente a sua incompatibilidade com o modelo constitucional e democrático de processo vigente;
- 2- além de restringir a construção do provimento à participação apenas dos jurados, excluindo-se a participação de todos aqueles interessados no provimento (inclusive o acusado), verifica-se que o objeto do debate encontra-se circunscrito aos argumentos e as provas constantes nos autos. Trata-se de uma concepção instrumentalista e autocrática de processo, uma vez que a garantia de amplo debate de todas as questões relacionadas à pretensão deduzida em juízo é o pressuposto para o processo constitucional no Estado Democrático de Direito;
- 3- a dispensa de obrigatoriedade de fundamentação jurídica das decisões dos jurados mediante a aplicabilidade do princípio da íntima convicção representa outra afronta ao modelo constitucional de processo vigente. Em plena pós-modernidade continua-se convivendo com uma concepção pretoriana e autoritária de processo, através do qual a jurisdição encontra-se concentrada

---

60 LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 31.

nas mãos do julgador, conforme preconiza Bulow. A soberania dos veredictos e a impossibilidade de declaração de nulidade de uma decisão dos jurados sob a alegação de ausência de fundamentação jurídica são marcas características de predominância da sensibilidade jurídica do julgador utilizada como parâmetro nos julgamentos.

- 4- A linguagem que fundamenta o debate no Júri é retórico-convicente e se desenvolve à margem da teorização de argumentos jurídicos no espaço da processualidade democrática. Ou seja, além de estarem dispensados da fundamentação das decisões os jurados atuam como meros expectadores dotados do poder de decidir conforme sua consciência (e não conforme o processo constitucional).

A desmitologização do Tribunal do Júri pela racionalidade crítica é uma construção científica visando a crítica falibilista do modelo adotado hoje no Brasil.

A ampla fiscalidade e a participação dos interessados na construção do provimento, como corolários do devido processo legal, são considerados os pilares do Estado Democrático de Direito. É nesse contexto teórico que se pretende construir reflexões científicas no sentido de demonstrar a incompatibilidade do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito compreendido na contemporaneidade.

## Referências

AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de; COSTA, Fabrício Veiga; SOUZA, Maria Inês Rodrigues de *et al.* Processo, Ação e Jurisdição em Oskar von Bülow. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. v. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

ARAÚJO, Nádia de. ALMEIDA, Ricardo R. O Tribunal do Júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre o seu estágio atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 201/200.

ARMSTRONG, Karen. *Breve Historia do Mito*. Tradução: Celso Nogueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2005

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(RE)forma do Processo Penal – Comentários Críticos dos artigos modificados pelas Leis 11690/08 e 11719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000

BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 1. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 3. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 4. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 5. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. *Constituições Brasileiras*. v. 6. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GÓES, Marisa Lazara de. *Tratamento constitucional à instituição do júri*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Data de Acesso: 09 de janeiro de 2009.

GOMES, Abelardo da Silva. *O Julgamento pelo Júri – em face de sua origem, evolução*

*histórica e da formação jurídico política da nação brasileira*. 1953. 82 f. Dissertação para concurso à cadeira de Direito Judiciário Penal - Faculdade de Direito de Santa Catarina. Florianópolis.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *DIREITO E DEMOCRACIA entre faticidade e validade*. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOLLIS, James. *Rastreamento os Deuses – o lugar do mito na vida moderna*. Tradução: Maria Sílvia Mourão Netto. Revisão: Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 1997, p. 10.

<http://ocanto.esenviseu.net/retorica.htm>. Data de Acesso: 08 de janeiro de 2010.

[http://www.periodicoedireito.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=215&Itemid=31](http://www.periodicoedireito.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=215&Itemid=31). Data de Acesso: 8 de janeiro de 2010.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

\_\_\_\_\_. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e Prática do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *A Árvore do Conhecimento*. Campinas: Editorial Psy, 1995

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.



\_\_\_\_\_. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, *apud* PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal – teoria crítica e práxis*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

POPPER, Karl. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Rio de Janeiro: Edições 70, 2009

\_\_\_\_\_. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado.v. 2 Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987

TASSE, ADEL EL. *O Novo Rito do Tribunal do Júri em conformidade com a Lei 11.689/08*. Curitiba: Juruá, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do Júri: origem evolução, características e perspectivas. Tribunal do Júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

WOLFF, Francis. *Nascimento da razão, Origem da crise. A crise da razão*. Organização: Adauto Novaes. 2. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

## SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Bruna Fernandes Coêlho<sup>1\*</sup>

### RESUMO

Apesar da existência do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, o Brasil adota um sistema complexo de controle de constitucionalidade das normas, visando a conformidade de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional com a Carta Magna. Não pode o estudioso bem entender a importância da Lei Maior e a eficácia das normas que a esta se subordinam sem compreender tal sistema, para que possa, ante a interpretação do ordenamento de forma sistemática, apontar as falhas legislativas e não se acomodar diante da existência destas. O escopo desta pesquisa é analisar cada um dos tipos de controle de constitucionalidade, clareando as formas de resguardar a Constituição Federal adotadas pela legislação brasileira vigente.

**Palavras-chave:** Constituição Federal – Controle de constitucionalidade – Controle difuso – Controle concentrado.

### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é o elemento político basilar de um Estado, que tece acerca de sua existência e formação. Destarte, deve a Lei Superior ser sempre respeitada pelas demais normas, seja do ponto de vista forma, seja do ponto de vista material.

Visando a intangibilidade das normas fundamentais, o legislador criou um complexo sistema de controle de constitucionalidade das normas, não obstante o entendimento que aponta todas as normas infraconstitucionais, desde sua nascente, como em conformidade com a Constituição.

Esta pesquisa tem como objetivo discorrer sobre o sistema mencionado, conceituando cada uma das formas de se exercer o controle de constitucionalidade das leis, de forma didática, levando o estudioso a perfeitamente entender e apontar cada uma das modalidades de controle, bem como a competência para dirimir as questões e a legitimidade para arguir a inconstitucionalidade ou mesmo a constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

---

1 \* Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2007), Escrivã da Polícia Civil do Estado de Pernambuco, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes (RJ); pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho (RJ); pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal Militar pela Universidade Cândido Mendes (RJ).

## DESENVOLVIMENTO

### 1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal é a lei maior de um Estado, sendo esta a norma que versa sobre a constituição do próprio Estado, é considerada a “somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade”.<sup>2</sup> José Afonso da Silva afirma que Constituição “só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática, etc)”<sup>3</sup>, enquanto as leis constitucionais são os demais dispositivos normativos inseridos no texto da Constituição, mas não tratam de decisão política fundamental.<sup>4</sup> Destarte, não basta que um dispositivo normativo esteja inserido no texto constitucional para que seja considerado Constituição de um Estado, mas deve versar sobre os fundamentos da nação à qual pertence a norma.

### 2. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Por ser a norma inicial, basilar de um Estado, as demais normas instituídas devem estar em conformidade com esta lei hierarquicamente superior. Quando uma norma editada pelo Poder Legislativo não está em conformidade com a Constituição, esta se diz inconstitucional. Apesar de toda norma infraconstitucional, desde sua nascente, ser presumidamente constitucional (estar adequada à Carta Magna), o legislador previu que falhas poderiam vir a ser cometidas e criou um sistema de controle de constitucionalidade das normas.

Primeiramente, é importante frisar que só mediante a existência de Constituição rígida e escrita é que permite a existência do controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Pedro Lenza aponta como requisitos fundamentais e essenciais para o controle “a existência de uma constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão este que variará de acordo com o sistema de controle adotado”.<sup>5</sup>

Antes de analisar o instituto em si, importante se faz uma breve análise histórica, para melhor compreensão do tema. O sistema de controle não é inovação jurídica, sendo verificados seus primeiros indícios na Grécia, no século IV a. C. Silvio Motta e William Douglas lecionam que “em Atenas, foi instituído o *graphé paranomom* (argüição de inconstitucionalidade), de forma que todos os cidadãos tornavam-se responsáveis pela defesa das leis e da Constituição”.<sup>6</sup>

2 LASSALE, Ferdinand *apud* LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

3 SILVA, José Afonso da *apud* loc. cit.

4 *Ibidem apud* loc. cit..

5 LENZA, Pedro. *Op. cit.* p. 117.

6 DOUGLAS, William; MOTTA, Sylvio. **Controle de constitucionalidade: uma abordagem jurisprudencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus,

Já em Roma, o Senado romano era o verdadeiro guardião da constituição, “zelando pela sua estrita obediência e promovendo a revogação de dispositivos que inobservassem as regras estatuídas pela Constituição”.<sup>7</sup> A Inglaterra, apesar de ser detentora de uma Constituição histórica, foi a mais relevante precursora do controle jurisdicional de constitucionalidade, sendo Lord Cook considerado o pai do constitucionalismo e, de suas ideias, por volta de 1633 pode ser verificada no solo inglês uma tendência à imposição de limites legais às atividades do parlamento, no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis.<sup>8</sup> Na Alemanha, o controle de jurisdição concentrada de constitucionalidade começou a tomar forma a partir da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Kelsen entendia que o controle de constitucionalidade não é função tipicamente judicial, devendo ser exercido por órgão responsável pela atividade, com função de legislar negativamente, revogando parcial ou totalmente as normas que confrontassem a Constituição Federal.<sup>9</sup> Os franceses, a partir da revolução de 1789, tornaram-se adeptos fervorosos de uma separação radical dos poderes, fato que obstou a incidência de um controle de constitucionalidade eficaz, o que só se implantou com o advento da Carta de 1958 no país.<sup>10</sup> Entretanto, até a atualidade, o Poder Judiciário francês não tem competência para exercer controle de constitucionalidade abstrato, cabendo esta tarefa ao Conselho Constitucional, órgão do Poder Legislativo, não cabendo, entretanto, após a edição normativa, de manifestação de mecanismo de averiguação da legitimidade constitucional das normas editadas.<sup>11</sup> Na Constituição Federal norte-americana não há expressamente menção ao controle de constitucionalidade; este surgiu da jurisprudência daquele país.

No Brasil, foi com a edição da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 que se pode verificar expressamente a menção ao controle de constitucionalidade das leis. Esta norma prescreveu que aos juízes e tribunais cabia a apreciação da validade das normas e o afastamento da aplicabilidade das normas que se verificassem contrárias aos preceitos constitucionais. Esta Lei influenciou as legislações subseqüentes, até que o texto da Constituição Federal de 1934 passou a conferir poderes ao Senado Federal para suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.<sup>12</sup> As Constituições Militares conferiam poder de controle constitucional apenas ao Poder Judiciário. A Carta Magna de 1988 veio a ampliar a legitimidade para a fiscalização da constitucionalidade das formas, como hoje conhecemos os sistemas de controle.

A inconstitucionalidade pode ser por ação ou por omissão. A inconstitucionalidade por ação se dá quando é editada uma norma que afronta os ditames da Lei Maior do Estado.

---

2004. p. 34.

7 Ibidem.

8 Ibidem. p. 35.

9 Ibidem. p. 36.

10 Ibidem. p. 37.

11 Ibidem. pp. 37-38.

12 Ibidem. p. 40.

Já a inconstitucionalidade por omissão é verificada quando o legislador deve editar norma que complemente a Constituição e não o faz, restando uma lacuna legislativa. Ainda, na inconstitucionalidade por ação, o vício pode ser formal ou material. É formalmente inconstitucional a norma que não foi promulgada verificando o devido processo legislativo e é materialmente inconstitucional norma que afronta a Constituição. Ressalte-se que uma norma é considerada inconstitucional não apenas se afronta a Constituição Federal, mas também se afrontar a Constituição Estadual. Esta última, obviamente, deve estar em conformidade material e formal com a Constituição Federal.

### 3. OS SISTEMAS DE CONTROLE DA INCONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, atualmente são adotados os sistemas de controle de constitucionalidade preventivo e repressivo. O sistema de controle preventivo diz respeito às normas ainda não vigentes e se perfaz através da votação em plenário, através do voto dos parlamentares ou através do veto do chefe do Executivo. Já o sistema de controle repressivo ataca as normas inconstitucionais vigentes e se concretiza através dos subsistemas de controle difuso e concentrado.

#### 3.1 CONTROLE DIFUSO

O sistema difuso permite a “qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade”.<sup>13</sup> Tal sistema tem historicamente como nascedouro o julgamento do famoso caso conhecido como *Marbury versus Marshall*. O julgamento da ação proposta por William Marbury pelo juiz John Marshall é um marco no sistema de controle difuso. Decidiu Marshall:

Assim, a “fraseologia” particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por este instrumento.<sup>14</sup>

O controle difuso é verificado “em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito”.<sup>15</sup> A inconstitucionalidade de uma lei será a causa de pedir do processo<sup>16</sup>

13 LENZA, Pedro. Op. cit. p. 143.

14 MARSHALL, John *apud* LENZA, Pedro. Op. cit. p. 145.

15 LENZA, Pedro. Op. cit. p. 146.

16 *Ibidem*.

e será examinada antes de o juiz examinar o mérito da ação. O pedido principal não é a declaração de inconstitucionalidade, mas tal declaração enseja o acatamento do pedido. Em sede recursal, a denominada cláusula de reserva de plenário determina que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.<sup>17</sup>

A declaração de inconstitucionalidade através do controle difuso gera efeitos retroativos, tornando a lei nula desde sua edição. Seguindo a regra geral dos efeitos de uma sentença, tal declaração de inconstitucionalidade gera efeitos entre as partes do processo. Entretanto, atualmente há a prevalência da “transcendência dos motivos determinantes da sentença em controle difuso”.<sup>18</sup> Prescreve a Lei Maior brasileira, em seu Art. 52, X, que cabe ao Senado Federal suspender em todo ou em parte aplicação de norma considerada inconstitucional por maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal.<sup>19</sup> Após a decisão definitiva do Supremo, o Senado Federal é notificado para que, se desta forma entender, através de resolução suspender a aplicação da norma então considerada inconstitucional, como mencionado. Entretanto, suspendendo o Senado lei ou parte de lei considerada inconstitucional através da via incidental, a suspensão terá efeito *erga omnes*, mas tão somente a partir da publicação da resolução que prescreva a suspensão da aplicabilidade da norma. É importante frisar que o próprio Supremo Tribunal Federal entende que o Senado não é obrigado a suspender a execução da norma.<sup>20</sup>

### 3.2 CONTROLE CONCENTRADO

O controle de constitucionalidade concentrado, por sua vez, não abarca discussão de direito subjetivo de quaisquer das partes, sendo a fiscalização constitucional a discussão em si da ação. É sistema de controle que tem natureza objetiva e só pode ser proposto por quem tem legitimidade para arguir a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. O controle concentrado se manifesta através de ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva ou através da ação declaratória de constitucionalidade. No controle difuso, detém a competência para declarar a norma inconstitucional apenas o Supremo Tribunal Federal, que é o verdadeiro “guardião” da Carta Magna brasileira.

---

17 Ibidem.

18 Ibidem. p. 149.

19 **BRASIL**. *Lex*: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 04 de abr. de 2011.

20 LENZA, Pedro. Op. cit. p. 152.

### 3.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade tem respaldo no Art. 102, I, a, da Constituição Federal de 1988 e, não obstante, é efetivamente regulamentada pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. A Carta Magna prescreve no mencionado artigo que é da competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade. Tal qual a nomenclatura do sistema, neste órgão judicial concentra-se a prerrogativa para avaliar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

A ação direta de inconstitucionalidade tem caráter objetivo, examinando tão somente a norma em abstrato que se deseja impugnar. Pedro Lenza afirma categoricamente que o objetivo da ação direta de inconstitucionalidade genérica é “o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração”.<sup>21</sup> Tal ação tem por objeto leis e atos normativos, não se confundindo a prerrogativa daqueles que possuem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade de provocar o Supremo Tribunal Federal com o escopo de proceder à revisão de Súmula editada por este órgão.

William Douglas e Sylvio Motta apontam a natureza do procedimento como sendo legislativa, afirmando que o Supremo Tribunal Federal atua como “legislador negativo atípico, uma vez que expurga do ordenamento jurídico nacional o ato normativo que foi, total ou parcialmente, entendido inconstitucional”.<sup>22</sup>

Possuem legitimidade para propor a ação: o Presidente da República, o Procurador Geral da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederação sindical ou entidade de classe com representação em âmbito nacional. Estes são os denominados legitimados universais, pois possuem interesse de preservar a supremacia da Constituição Federal, em razão de suas atribuições institucionais.<sup>23</sup> Ainda, são legitimados os denominados especiais, que são os Governadores de Estado e do Distrito Federal e as Mesas de Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, desde que demonstrem “de forma inequívoca, a relação de interesse entre o objeto da ação direta proposta e a classe profissional, social, econômica ou política que representam”.<sup>24</sup> Os legitimados especiais passaram a figurar o rol constitucional por força da Emenda Constitucional nº 45/2004.

A ação direta de inconstitucionalidade tem efeitos *erga omnes*, vinculante (vincula o Judiciário e a Administração Pública), *ex tunc* (caráter retroativo) e repristinatório (recuperação

21 Ibidem. p. 158.

22 DOUGLAS, William; MOTTA, Sylvio. Op. cit. p. 78.

23 Ibidem. p. 85.

24 Ibidem. pp. 85 – 86.

da vigência de norma revogada, quando cessa a vigência da norma que a revogou). Estes dois últimos efeitos demonstram o caráter de ato nulo da lei inconstitucional.<sup>25</sup>

### 3.1.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Instituída pela Constituição Federal de 1988, sua impetração é, de certa forma, complementar à incidência da ação direta de inconstitucionalidade. É admitida na modalidade de ação autônoma ou por equivalência ou equiparação.<sup>26</sup> Tem por objeto evitar ou reparar lesão provocada por ato do Poder Público a preceito fundamental, demonstrando, portanto, caráter tanto preventivo quanto repressivo da ação.<sup>27</sup> A ação pode atacar qualquer ato do Poder Público, sendo pressuposto de admissibilidade da ação a demonstração do nexo de causalidade entre a lesão e o ato do referido Poder.

Entende-se como preceito fundamental todo dispositivo constitucional de natureza principiológica, que atue como alicerce para qualquer ramo do Direito que figure no texto constitucional.<sup>28</sup>

Como mencionado, a natureza da ação é complementar, não cabendo sua impetração quando for admissível outra modalidade de controle de constitucionalidade abstrato.<sup>29</sup> A competência para julgar é do Supremo Tribunal Federal e são legitimados para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental as mesmas pessoas que podem propor ação direta de inconstitucionalidade. A decisão tem efeito *erga omnes* e vincula relativamente os demais órgãos do Poder Público.<sup>30</sup>

### 3.1.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Ocorre inconstitucionalidade por omissão quando o legislador infraconstitucional deve editar norma que regulamente norma de eficácia contida da Lei Maior e não o faz. O legislador faz-se omissor diante da lacuna legislativa. A ação “configura instrumento de controle abstrato voltado para a defesa integral do texto constitucional”.<sup>31</sup> Tem por objeto qualquer norma constitucional que tenha “eficácia normativa limitada por falta de norma regulamentadora de qualquer espécie, seja de natureza legislativa, administrativa, meramente regulamentar ou, ainda, de escalão hierárquico inferior”.<sup>32</sup> Possuem legitimidade ativa para propor a ação todos

---

25 LENZA, Pedro. Op. cit. p. 196.

26 Ibidem. p. 211.

27 Loc. cit.

28 DOUGLAS, William; MOTTA, Sylvio. Op. cit. p. 160.

29 Ibidem. p. 162.

30 Ibidem. p. 168.

31 Ibidem. p. 124.

32 Loc. cit.



os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade genérica. A competência para processar e julgar a ação, pro se tratar de controle concentrado, é do Supremo Tribunal Federal.

Quando o Supremo sentencia acerca de norma de natureza administrativa, pode impor que o responsável pela edição da norma a edite em prazo estipulado, sob sujeição a medidas penais. Entretanto, em se tratando de norma de natureza essencialmente, legislativa, não pode o Supremo impor sua decisão a qualquer esfera do Poder Legislativo, tendo em vista a independência dos Poderes, sendo ineficaz a prolação da sentença. Corroborando a afirmação, explanam William Douglas e Sylvio Motta:

Quando a norma necessária à regulamentação é primária, ou seja, de essência legislativa, esbarramos no princípio da independência e harmonia dos poderes da federação, sendo certo que não pode o Poder Judiciário obrigar o Poder Legislativo a produzir lei em sentido formal. Por outro lado, também não é deferido ao Supremo Tribunal Federal funcionar como legislador atípico positivo. Daí a total ineficácia prática da decisão que declara procedente o pedido do autor em uma ação de inconstitucionalidade por omissão que tenha por objeto a ausência de uma norma jurídica primária.<sup>33</sup>

Ante a impossibilidade de interferir nas atribuições do Poder Legislativo, o Supremo notifica o referido Poder para que este adote os procedimentos cabíveis ao caso, não cabendo sanção caso haja mais uma omissão do Legislativo.

#### 3.1.4 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

Na hipótese de ofensa ao Art. 34, VII, da Constituição Federal, podem o Chefe do Ministério Público (estadual ou federal) e o Procurador Geral (da República ou da Justiça), propor perante o Supremo Tribunal Federal ação direta de constitucionalidade interventiva. Trata-se, mais exatamente, de uma representação, que desemboca em intervenção federal ou estadual, a depender do âmbito da ofensa.

A Carta Magna traz em seu bojo o princípio da não intervenção estatal, configurando-se, de tal forma, a ação de inconstitucionalidade interventiva uma medida excepcional. O Art. 36 da referida norma superior consagra os requisitos formais para que a intervenção seja efetivada.

Apreciada a ação e julgada procedente, o Judiciário (o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal de Justiça do Estado) notifica o Chefe do Executivo para que determine a suspensão do ato inconstitucional e, caso a medida não seja cumprida, será então decretado estado de

33 Ibidem. p. 121.

intervenção. A autoridade coatora é afastada de seu cargo e a ele retorna, salvo impedimento legal, quando cessarem os motivos que ensejaram a intervenção.

### 3.1.5 Ação declaratória de constitucionalidade

A ação em comento foi introduzida no texto constitucional pela Emenda nº 03/93. Foi proposta ação direta de inconstitucionalidade, mas o Supremo Tribunal Federal acatou a constitucionalidade do texto da Emenda. Aparentemente, a ação não tem muito sentido, vez que é consagrado no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, sendo a inconstitucionalidade uma exceção. O descrédito do sistema de controle preventivo permite a criação de institutos jurídicos como o da ação de declaração de constitucionalidade.<sup>34</sup>

Gilmar Ferreira Mendes conceitua a ação em análise como sendo nada mais “do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado”.<sup>35</sup> Já William Douglas e Sylvio Motta declaram que a ação “transforma o Supremo Tribunal Federal em uma espécie de legislador de segunda instância, com a missão de carimbar no texto da lei um ‘aceite’ que a proteja da jurisdição própria do controle pela via indireta ou difusa”.<sup>36</sup>

Só podem ser objeto de declaração de constitucionalidade atos normativos abstratos emanados da União e posteriores à Emenda Constitucional mencionada.<sup>37</sup> São legitimados para provocar o Judiciário: o Presidente da República, o Procurador Geral da República, a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados.

A decisão de mérito, seja impugnando a constitucionalidade ou acatando-a, produz efeitos vinculantes em relação aos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo, além do efeito *erga omnes*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal, por ser o elemento basilar de um Estado, deve ser efetivamente aplicada e resguardada, não podendo nenhuma norma contrariá-la. Para tanto, o próprio texto constitucional lança mão de ferramentas que obstem a criação e eficácia de normas que venham a ferir seus ditames, seja por erro legislativo, seja por abusos cometidos pelo Poder Público. Todo o conjunto sistemático de controle de constitucionalidade das normas visa manter o equilíbrio da “pirâmide normativa”.

Enquanto no sistema de controle difuso as normas são apreciadas dentro de um conjunto

---

34 Ibidem. p. 142.

35 MENDES, Gilmar Ferreira *apud* ibidem. p. 143.

36 DOUGLAS, William; MOTTA, Sylvio. Loc. cit.

37 Ibidem. p. 144.

fático que envolve diretamente direito e interesse subjetivos, no controle concentrado aprecia-se puramente a norma em abstrato, o texto desta. No primeiro, há eficácia inter partes, enquanto no segundo, o interesse geral é defendido, gerando efeitos *erga omnes*. No controle concentrado pode ser verificada a atividade exclusiva do Supremo Tribunal Federal (com exceção da atuação dos Tribunais do Estado, conforme discorrido no tocante à ação de inconstitucionalidade interventiva), que é o verdadeiro “guardião” da Constituição Federal.

Diante da previsão de um complexo sistema de controle de constitucionalidade, que, pode-se dizer, é uma verdadeira atividade de controle de “qualidade”, não há como se conceber a ideia da existência de normas que afrontem a Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**BRASIL.** *Lex*: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 04 de abr. de 2011.

DOUGLAS, William; MOTTA, Sylvio. **Controle de constitucionalidade**: uma abordagem jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

**A LEI N.º 12.403/2011 E OS SEUS REFLEXOS NA PRISÃO PREVENTIVA****Ravênia Márcia de Oliveira Leite\***

Conforme leciona o ilustre professor Luiz Flávio Gomes, a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*, na verdade, trata-se da *extrema ratio* da *ultima ratio*. Portanto, a regra em nosso sistema jurídico é a liberdade; a exceção são as cautelares restritivas da liberdade. Assim, com a nova redação dada pelo art. 319 do Código de Processo Penal, remodelado pela Lei n.º 12.403/2011, verifica-se que a prisão, por expressa previsão legal, restará com último recurso do qual devem se servir os aplicadores da Lei.

Na verdade, houve uma compatibilização constitucional das hipóteses de prisão, já que, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Magna Carta, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e ainda, nos termos do inciso LXI do mesmo diploma “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita”.

De tal sorte, o art. 283 da lei processual penal, acompanhando a *mens constitutionis*, ao estabelecer que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Conforme ministra o iminente Dr. Eugênio Pacelli “a Constituição da República, portanto, promoveu: a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal e b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente. Em consequência, toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade”.

O ilustre Desembargador Fausto De Sanctis ao comentar o Projeto de Lei n.º 111/2008 o qual foi convertido na mencionada alteração legislativa afirmou que “em outras palavras, a prisão estará praticamente inviabilizada no país, já que se exige a aplicação, pelo juiz, de um total de nove alternativas antes dela, restringindo-a sensivelmente”.

Nos termos do art. 282 extraem-se as nove medidas cautelares que surgem no sistema processual penal brasileiro, senão vejamos:

“I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo

juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica”.

O novel Procurador da República Dr. Eugênio Pacelli resumiu as alterações trazidas à baila pelo dispositivo em apreço em dez itens que devem ser de imediato analisados pelo intérprete da Lei Processual Penal e os quais cita-se *in integrum* pela magnitude dos estudos empreendidos pelo nobre membro do *Parquet* federal. Senão vejamos:

“1) Embora a Lei 12.403/11 mantenha a distinção conceitual entre prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, é bem de ver que todas elas exercem o mesmo papel e a mesma função processual de acautelamento dos interesses da jurisdição criminal;

2) As medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante (art. 282, § 2º, CPP), ao contrário da legislação anterior, que somente previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na do processo;

3) As referidas medidas cautelares, diversas da prisão, poderão também substituir a prisão em flagrante (art. 310, II, e art. 321, CPP), quando não for cabível e

adequada a prisão preventiva (art. 310, II, CPP);

4) A liberdade provisória, agora, passa a significar apenas a diversidade de modalidades de restituição da liberdade, após a prisão em flagrante. O art. 321, CPP (ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319...) deve ser entendido nesse sentido (de restituição da liberdade do aprisionado) e não como fundamento para a decretação de medidas cautelares sem anterior prisão em flagrante. A base legal para estas últimas providências reside no art. 282, § 2º, CPP;

5) A prisão preventiva tanto poderá ser decretada independentemente da anterior imposição de alguma medida cautelar (art. 282, § 6º, art. 311, art. 312 e art. 313, CPP), quanto em substituição àquelas (cautelares) previamente impostas e eventualmente descumpridas (art. 282, § 4º, art. 312, parágrafo único, CPP);

6) Poderá, do mesmo modo, ser decretada como conversão da prisão em flagrante, quando presentes os seus requisitos (art. 310, II, CPP), e forem insuficientes as demais cautelares;

7) A prisão preventiva poderá também ser substituída por medida cautelar menos gravosa, quando esta se revelar mais adequada e suficiente para a efetividade do processo (art. 282, § 5º, CPP);

8) Quando decretada autonomamente, ou seja, como medida independente do flagrante, ou, ainda, como conversão deste, a prisão preventiva submete-se às exigências do art. 312 e do art. 313, ambos do CPP; quando, porém, for decretada subsidiariamente, isto é, como substitutiva de outra cautelar descumprida, não se exigirá a presença das situações do art. 313, CPP;

9) Nenhuma medida cautelar (prisão ou outra qualquer) poderá ser imposta quando não for cominada à infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa da liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 3º, CPP); do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a transação penal, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão condicional do processo, conforme previsto na Lei 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo;

10) Em se tratando de crimes culposos, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado da proporcionalidade; contudo, quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes

culposos, as cautelares do art. 319 e art. 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação.”

Dessa feita, deve se concluir, portanto, que não existem mais outras modalidades de prisão cautelar diversas da prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP) e prisão temporária (Lei 7.960/89). Não se elenca, com a referida mudança a prisão em flagrante como medida cautelar, devendo ser tratado como medida pré cautelar, como já se adiantam vozes na doutrina.

O espírito da nova lei, conforme dito, estabelece que a prisão em flagrante, medida pré cautelar, irá durar exclusivamente o tempo necessário à análise judicial, quando então o juiz irá relaxar a prisão, acaso verifique qualquer ilegalidade, convertê-la-á em prisão preventiva preventiva, presentes os requisitos legais ou concederá a liberdade provisória ao autuado, com ou sem fiança e ainda com ou sem a decretação de alguma das medidas cautelares previstas pela nova Lei.

O Juiz de Direito ao apreciar a prisão em flagrante ratificada pela Autoridade Policial não mais poderá manter o cidadão em conflito com a Lei acautelado em razão do estado flagrancial mas deverá ou decretar a prisão preventiva, fundamentadamente, ou aplicar as medidas cautelares diversas da prisão prevista nos moldes do já mencionado e redimensionado art. 319 do Código de Processo Penal.

Eugênio Pacelli, afirma que, “a prisão preventiva será utilizada em três circunstâncias específicas: a) de modo autônomo, em qualquer fase da investigação ou do processo (art. 311, art. 312, art. 313, CPP), independentemente de anterior imposição de medida cautelar ou de prisão em flagrante; b) como conversão da prisão em flagrante (art. 310, II, CPP); e, por fim, c) de modo subsidiário, pelo descumprimento de cautelar anteriormente imposta”.

Por fim, deve se mencionar que em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, nos termos do art. 311, do Código de Processo Penal.

Dessa sorte, parte da doutrina, entende que na fase investigatória não poderá o Juiz de Direito *ex officio* decretar a prisão preventiva posto que, apesar da possibilidade dada pela Lei, tal fere o Princípio Constitucional da Imparcialidade do Juiz. Todavia, tal não é pacífico, já que, em razão da modernidade dos dispositivos aqui apresentados somente com o decurso do tempo se pacificarão a Doutrina e a Jurisprudência no ponto.



## CRIAR PERFIS FALSOS NA INTERNET É CRIME?

Alexandre Atheniense

Advogado especialista em Internet Law pela Harvard School  
e Editor do Blog DNT – O Direito e as novas tecnologias

As redes sociais tornaram-se um autêntico fenômeno de popularidade que se confundem com o próprio conceito de internet para vários brasileiros. Se por um lado esta nova forma de comunicação propicia surgimento de vários negócios, amizades, relacionamentos e até casamentos, por outro, tem sido cenário para a prática de inúmeros abusos previstos na nossa legislação. Nos vários sites de relacionamento existentes os usuários exibem suas fotos pessoais, expõem a sua biografia, manifestam preferências, falam da família, exibem seus amigos e associam-se a comunidades de temas que se identificam com o seu perfil. Já o microblog TWITTER vem estimulando as pessoas a se manifestarem sobre conteúdos de sua predileção divulgando instantaneamente as suas ideias para uma enorme audiência. Porém, o perfil exibicionista do brasileiro vem causando diversos problemas durante a interatividade online. A incidência dos perfis falsos, também conhecidos como *fakes*, tem aumentado e por este motivo tem sido recorrente o uso não autorizado de imagens de terceiros, divulgando conteúdos que atacam a honra, expondo as pessoas ao ridículo, e, por estes motivos, em alguns casos, poderão ser punidos pela legislação brasileira.

O Twitter, Facebook e Orkut têm sido alvo de inúmeros perfis falsos de atores, cantores e apresentadores de televisão e até de personalidades que já morreram. Mas afinal, ter um perfil falso na internet é crime?

Para responder a esta pergunta é preciso identificar que a criação dos *fakes*, em regra se manifesta de duas formas distintas. A primeira delas o internauta tem o intuito de buscar o anonimato para abordar terceiros se passando por uma pessoa fictícia, seja do mesmo sexo ou não. Esta prática resulta da escolha da imagem de uma pessoa desconhecida para atribuí-la ao seu perfil falso. Já existem sites especializados na oferta de uma ampla seleção de fotos de terceiros de acordo com diferentes perfis para esta finalidade.

Esta prática não é crime, pois o internauta pode estar apenas infringindo alguma regra dos Termos de Serviço do site de relacionamento, que obriga o criador do perfil zelar pela integridade dos dados cadastrais. Se houver alguma denúncia de abuso o infrator poderá ter o seu perfil excluído. Caso não existam meios para comprovar a incidência de danos a imagem do terceiro que teve sua foto utilizada, está descartada a possibilidade de indenização pela prática deste ato. Entretanto, se a pessoa teve sua foto utilizada indevidamente, descobrir

este fato e julgar que houve danos a sua imagem, terá legitimidade e meios para comprovar o alegado e obter uma indenização judicial.

Portanto, criar um perfil falso, de alguém que não existe, só para preservar sua identidade durante os relacionamentos na internet, sem que esta prática não tenha causado dano, não é crime, mas pode ensejar a quem pratica, sua remoção por infração as condições estipuladas para a prestação do serviço, e, eventualmente, suportar uma indenização se houver meios desta comprovação.

Mas se o *fake* é criado a partir de uma pessoa real, viva ou morta, o responsável poderá cometer o crime de falsidade ideológica, desde que cause dano a vítima. O ato de incorporar a personalidade de outras pessoas e manifestar em nome de outrem, inserindo declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante é crime de falsidade ideológica.

É importante registrar que sempre há um limite entre a diversão e o abuso. Quem opta por criar perfis *fakes* nas redes sociais para buscar o anonimato tecnológico pode ultrapassar o limite e cometer crimes contra a honra tais como calúnia, difamação e injúria. A mesma prática pode incorrer também em crime de falsa identidade quando atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem. Além disso, poderá incidir a repercussão cível em que a pessoa lesada poderá requerer ressarcimento em danos morais pelo dano causado.

Outra situação comum é a utilização de imagens de terceiros. O direito à imagem é um dos direitos da personalidade previsto pelo Código Civil. A utilização de uma foto de outra pessoa em seu perfil viola o direito de imagem já que só é permitido usar fotos se a pessoa fotografada fornecer autorização por escrito. Nossa Constituição Federal já prevê em seu artigo 5º, inciso X que *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, bem como é possível a livre manifestação do pensamento, desde que se faça sem a proteção do anonimato*. Vários casos em que as pessoas extrapolam o limite entre diversão e crime estão sendo apreciados pelo Judiciário e a justiça brasileira tem punido os responsáveis. A punição poderá alcançar inclusive o provedor de conteúdo. O Google recentemente foi condenado em Rondônia, pois um cidadão teve seu perfil falso criado no Orkut, onde foram inseridas diversas informações injuriosas contra ele, que ofenderam a sua honra. A justiça determinou que o Google retirasse o perfil falso do Orkut, fornecesse informações sobre quem teria criado a página sob pena de pagamento de multa diária de mil reais além de indenização pela reparação do dano causado.

Outra recente decisão ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Trata-se de um perfil falso de uma mulher que se dizia “na idade da loba, faminta por sexo,

totalmente liberal, sem preconceitos”, entre outras coisas. O criador do perfil falso ainda incluiu o telefone e o endereço dela. O Google não conseguiu se livrar da condenação que lhe impôs o pagamento de indenização de R\$30 mil por danos morais a usuária. Nos casos de danos causados pela incidência de perfis falsos no Orkut, o Google é processado por fornecer suporte tecnológico e favorecer para a prática do ilícito.

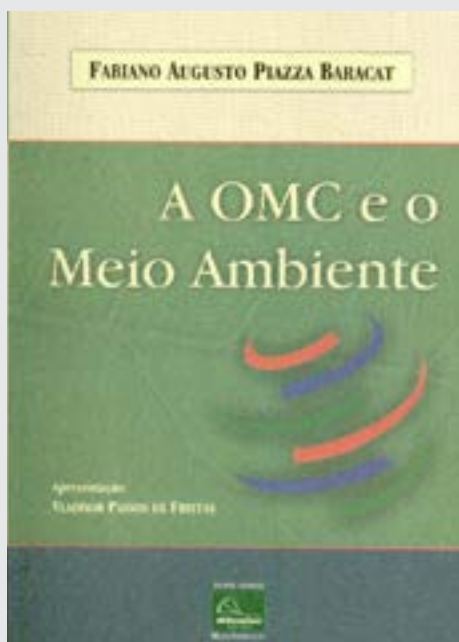
### **Como resolver o problema?**

Na maioria dos casos as opções existentes nos serviços de denunciar abuso não funcionam como deviam. Ou seja, nem sempre o gestor do site retira o conteúdo do ar, e, quando isto acontece, não fornece os registros eletrônicos que ajudariam a identificar a autoria do ilícito. Este procedimento estimula a impunidade e os incidentes acabam se repetindo posteriormente. Em decorrência desta postura é recomendável sempre que seja ajuizada ação cabível para a retirada do conteúdo cumulada com eventuais danos caso existam.

Nos casos em que a Justiça é acionada o procedimento de exclusão de um perfil falso no Orkut, Facebook ou no Twitter é necessário a tomada de algumas medidas imediatas como a preservação das provas e a quebra do sigilo ou fornecimento de dados cadastrais mediante autorização judicial.

É inegável que os serviços de redes sociais transmitam uma falsa impressão aos seus usuários de que todo conteúdo armazenado seja legalizado, pela possibilidade de liberdade de expressão, pela ausência de censura prévia ou mesmo pelo descontrole gerencial no acesso de inúmeras das informações que circulam pelo serviço. Os internautas devem ficar em alerta, pois o que pode se passar por uma diversão está sujeito a punição pela legislação vigente.

Como se vê nem sempre a prática de criar perfis falsos poderá ser caracterizada como uma conduta criminosa pela legislação brasileira. Mas esta conduta pode se transformar em um campo minado onde o internauta terá que toma muito cuidado para não ultrapassar o limite da sua diversão, ou da superação da timidez pelo anonimato tecnológico, sem causar danos a terceiros que poderão ser punidos pela justiça.



### **A OMC e o meio ambiente**

Fabiano Augusto Piazza Baracat  
 Editora Millennium

A obra aborda as formas de introdução no sistema multilateral do comércio das regras de proteção ambiental, aparentemente incompatíveis com a livre circulação de produtos, bens e serviços, conciliando-as com os mecanismos de solução de controvérsias existentes, de forma a contribuir para o desenvolvimento social e econômico, com a preservação da biodiversidade e da sociodiversidade, evitando-se o protecionismo e acima de tudo estabelecendo uma estratégia global de proteção do meio ambiente que assegure a manutenção e utilização sustentável dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações.



### **Curso de direito administrativo**

Alexandre Santos de Aragão  
 Editora Forense

Após anos de experiência docente, na graduação e na pós-graduação, e atuação profissional, como Procurador do Estado, advogado e consultor privado, na área do Direito Administrativo, o doutor Alexandre Aragão apresenta essa contribuição sistemática aos que estudam e laboram com esse ramo do Direito, que vem passando por tantas mudanças normativas, empíricas e doutrinárias. Em razão de tais transformações e do pleno momento de transição em que o Direito Administrativo se encontra, o autor julga ser essencial dele tratar, expondo as suas bases mais clássicas, mas também dedicando grande atenção aos novos paradigmas que já começam a se consolidar, buscando sempre integrá-los, pois as evoluções científicas não se dão por saltos, mas sempre a partir das construções que lhe precedem e lhe servem de base.



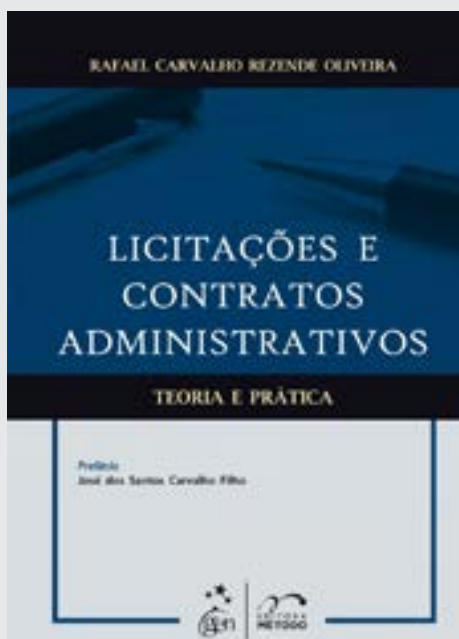
### **Direito Tributário**

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (organizador)

*Série Advocacia Pública*

*Editora Método*

A Série Advocacia Pública é fruto de um árduo trabalho de advogados públicos e professores. Os autores têm vasta experiência na aprovação em concursos públicos. Os livros foram enriquecidos com jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores, ressaltam questões polêmicas e importantes da doutrina, e direcionam o leitor ao aprendizado dos temas mais questionados nas referidas provas.



### **Licitações e contratos administrativos**

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

*Editora Método*

Com um texto claro e objetivo, são abordados os principais temas relacionados às licitações e aos contratos administrativos, os respectivos posicionamentos doutrinários e o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores. A obra foi dividida em quatro partes: o estudo da licitação; os temas especiais sobre as licitações; os contratos administrativos e os temas especiais a respeito dos mesmos contratos. Segundo especialistas, o livro é um verdadeiro manual sobre licitações e contratos administrativos, conciliando a teoria e a prática.

