

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano VI nº 10

2013

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

***Revista Jurídica do
Ministério Público do Estado do Tocantins***

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
Procuradora-Geral de Justiça

José Maria da Silva Júnior
Procurador de Justiça
Coordenador do Cesaf

João Rodrigues Filho
Procurador de Justiça
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

Coordenador
José Maria da Silva Júnior

Conselho Editorial
Clenan Renaut de Melo Pereira
Elaine Marciano Pires
João Rodrigues Filho
José Kasuo Otsuka
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão
Luciana Duailibe

Capa e Projeto Gráfico
Bruno Fleuri

Fotos
Ronaldo Mitt

José Maria da Silva Júnior
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 6, nº 10

Palmas, Tocantins
2013

©2013, Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano 6 . nº 10 . 2013

Tiragem: 500 exemplares

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins./ Coordenação
de José Maria da Silva Júnior. Palmas: Cesaf, ano 6, n. 10, 2013.

164 pág.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Direito - Periódicos 2. Dano ambiental - unidades de conservação
3. Nova Lei Seca - autoincriminação 4. Fiança e a Lei n.º 12.403/2011 5.
Hermenêutica - Hans Georg Gadamer 6. Art. 16 Lei de Ação Civil Pública:
aplicabilidade 7. Tecnologia da informação - direito 8. Lei n.º 12.736/12
- alteração Código de Processo Penal: 9. Conciliação - juizados especiais
criminais

CDU: 34 (05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins.
É permitida a reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de
total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria Geral de Justiça
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600
www.mpto.mp.br - cesaf@mpto.mp.br

Associação Tocantinense do Ministério Público
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-3250
www.atmp.org.br - atmp@uol.com.br

Editorial

A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins chega a sua décima edição. O número, simbólico, marca a consolidação desse importante veículo de fomento e socialização do conhecimento jurídico-científico e, ao mesmo tempo, retrata o amadurecimento institucional alcançado pelo Ministério Público tocantinense.

Esta edição brinda os seus leitores com uma diversidade de artigos que exploram aspectos conceituais e práticos ligados à filosofia hermenêutica a partir da visão de Hans-Georg Gadamer, à extensão da coisa julgada como pressuposto da efetividade da tutela coletiva, à ampliação dos meios de prova para a embriaguez ao volante patrocinada pela Lei 12.760/12, à prevenção como princípio norteador da proteção ambiental, ao instituto da fiança à luz da Lei 12.403/11, à conciliação como estratégia de solução de conflitos nos Juizados Especiais e Criminais, à detração penal em face da Lei nº 12.736/12, e ainda, sobre o Direito aplicado à tecnologia da informação.

De conferida solidez e convertida em profícuo instrumento de debate acerca dos temas de grande relevância social, a Revista Jurídica do MP/TO não pode estar confinada às prateleiras, razão pela qual a presente edição inaugura a sua disponibilização em meio digital, serviço que em muito ampliará o alcance da publicação.

Aos membros, servidores e colaboradores que nos confiaram seus artigos, à sempre prestimosa contribuição do Conselho Editorial, aos demais integrantes do Ministério Público do Estado do Tocantins e a todos os que buscam o conhecimento por meio dessa revista, desejo uma ótima leitura!

José Maria da Silva Júnior
Procurador de Justiça
Coordenador do Cesaf

Sumário

1. Dano decorrente de incêndio em unidades de conservação	13
<i>Adrina Josélen Rocha Morais Barbosa & Vera Nilva Álvares Rocha Lira</i>	
2. O bafômetro na nova Lei Seca e o direito à não autoincriminação	27
<i>Caleb Melo Filho</i>	
3. O instituto da fiança à luz da Lei 12.403/2011	49
<i>Elizon de Sousa Medrado</i>	
4. A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.....	87
<i>Flávia Souza Rodrigues</i>	
5. Considerações sobre o artigo 16 da Lei 7.347/85	105
<i>Leonardo Aquino Moreira Guimarães</i>	
6. Direito da Tecnologia da Informação.....	127
<i>Protázio Nery Figueiredo</i>	
7. Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012: nova oportunidade para a detração penal ou regra para fixação do regime inicial de cumprimento de pena?	139
<i>Rodrigo da Silva Perez Araújo</i>	
8. A conciliação como forma de solução de conflitos nos juizados especiais criminais	149
<i>Thiago Ribeiro Franco Vilela</i>	

Dano decorrente de incêndio em unidades de conservação:

a prevenção como princípio norteador da efetiva proteção à Serra do Lajeado

Adrina Josélen Rocha Morais Barbosa¹
Vera Nilva Álvares Rocha Lira²

RESUMO

Demonstra-se que a prevenção do dano ambiental atende à política pública de proteção ao meio ambiente, ao assumir a postura de não permitir que ocorra a degradação, como prevê a Carta Maior para a promoção da saúde ambiental. Por outro lado, considera-se que a necessidade de reparação representa a efetiva inobservância da garantia constitucional citada, por funcionar paliativamente, sem lograr êxito na recomposição do equilíbrio ambiental malferido.

Palavras-chave: Meio ambiente equilibrado; Princípio da prevenção; Incêndio; Unidades de Conservação; Serra do Lajeado.

¹ Assessora Jurídica de Desembargadora no TJTO. Bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes - SP. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Universidade do Tocantins (Unitins).

² Procuradora-Geral de Justiça. Graduada em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes - SP. Especialista em Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal e em Docência do Ensino Superior.

1. Introdução

O artigo 225 da Constituição Federal estabelece a garantia a todos os brasileiros de um meio ambiente com equilíbrio ecológico, considerando-o bem de uso comum e imprescindível para uma boa qualidade de vida. Nessa seara impõe ao “Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Entretanto, não se tem assegurado a efetividade desse direito, pois além de desmatado com maior rapidez, o cerrado permanece no topo quando o assunto é queimadas sem controle e, no Estado do Tocantins, grande parte dos focos incide em Unidades de Conservação, cujo equilíbrio ambiental é constantemente afetado na estiagem por ações antrópicas criminosas ou negligentes.

Como alvo da intervenção humana temos a Serra do Lajeado, Unidade de Conservação (UC) de Uso Sustentável, classificada como Área de Proteção Ambiental (APA), localizada ao longo da rodovia estadual TO-010, cuja utilização cotidiana no verão, nas proximidades do Município de Lajeado, implica em inevitável insegurança de tráfego e aspiração da fumaça que emana dos constantes incêndios que atingem a vegetação.

Devido aos ventos e à inclinação topográfica da região, o fogo se propaga rapidamente em todas as direções, formando um caminho de chamas que, não fossem os danos ambientais e à saúde, seria um espetáculo memorável.

A ação do fogo, ano após ano, na Serra do Lajeado, está deixando um rastro de mortandade de animais, déficit na vegetação e na ciclagem de nutrientes, provocando danos ambientais irreversíveis, visto que, ainda que haja reparação, não é eficiente ao ponto de restabelecer a totalidade do equilíbrio natural anteriormente existente.

A Constituição Federal, em seus artigos 144 e 196, prevê que “a saúde e a segurança pública são direitos de todos e dever

do Estado”, todavia, o aumento da incidência dos focos de incêndio evidencia o descumprimento do papel do poder público em preservar a incolumidade dos cidadãos, vez que, além do impacto ambiental, as queimadas refletem negativamente na saúde pública – gerando crises respiratórias e alérgicas – e na segurança pública, interferindo no funcionamento de estradas e aeroportos.

Por essa razão, e no intuito de assegurar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, há que se observar o princípio da prevenção que norteia a política pública de proteção ambiental, no sentido de obstar a degradação e, com isso, promover a saúde ambiental constitucionalmente assegurada enquanto a reparação, além de insuficiente para a recomposição do equilíbrio ambiental malferido, constitui efetiva inobservância da garantia constitucional.

Embora a profusão de leis promova certo entrave à efetivação do equilíbrio do meio ambiente, o Direito Ambiental é norteado por diversos e bem delineados princípios que, demonstram de forma específica a postura ambiental exigida em solo brasileiro, sendo o princípio da prevenção aquele que melhor reflete o sentimento protetor emanado pelo texto constitucional, uma vez que eficiente para minimizar e, quiçá, evitar o prejuízo.

Por outro lado, reparar reflete uma falha no dever de proteção, diante da impossibilidade de recuperação satisfatória, no caso de área degradada pelo fogo, pouco contribuindo para o objetivo de transmissão do patrimônio ambiental entre gerações.

O princípio da prevenção consiste em antever o risco ambiental em razão do conhecido nexos de causalidade entre a ação e seus resultados, e perpetrar medidas necessárias a obstar o dano e, em se tratando de incêndios em APAs, a prevenção configura assunção de uma política ambiental de monitoramento constante, por meio da prévia identificação dos aspectos de vulnerabilidade das áreas de risco e manutenção de efetivo técnico suficiente para atender às ocorrências antes que assumam grandes proporções.

Com a imperiosa aplicação do princípio da prevenção, atende-se diretamente ao preceito constitucional de preservação, destacando-se a necessidade de atuação efetiva do Poder Público em programas de conscientização ambiental, para substituição da técnica de emprego do fogo como forma de utilização do solo e destinação de resíduos, bem como a constituição de aparato humano eficaz para desenvolver ações de vigilância, combate e fiscalização.

Um dos aspectos preventivos, diretamente relacionados à legislação ambiental, é a premente desconstituição da figura da autorização do uso indiscriminado do fogo para aproveitamento de áreas rurais que, embora seja uma atividade de impacto socioambiental, é tolerada em nome do direito à propriedade e do desenvolvimento econômico.

Observa-se, contudo, que a superveniência das atuais técnicas alternativas não justifica a tolerância da queima supostamente controlada que, não raras vezes, atinge Áreas de Preservação Ambiental.

Intenta-se, portanto, evidenciar a efetividade de ações preventivas no que concerne à degradação dos recursos naturais, decorrente da atividade humana, consubstanciada em incêndios criminosos, erradicando o sentimento de que a realidade ambiental na Serra do Lajeado é imutável, sem qualquer política pública eficiente de combate aos incêndios em Áreas de Preservação Ambiental.

2. Dano decorrente de incêndio em unidade de conservação

Da leitura da Lei nº. 9.985/00 tem-se que Unidade de Conservação é o “espaço territorial (...) com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos”, visando garantir a proteção e

manutenção da diversidade biológica, além de propiciar a elaboração de pesquisas, subdividindo-se em Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável.

Observa-se que a manutenção do equilíbrio natural nas Unidades de Conservação é constantemente ameaçada pelos danos ambientais decorrentes dos incêndios florestais, provocados por ações antrópicas criminosas ou negligentes, sendo que, a APA consubstanciada na Serra do Lajeado é uma Unidade de Conservação de Uso Sustentável criada pela Lei Estadual nº. 906/97, com o intuito de “garantir a conservação da fauna, da flora e do solo” e “proteger a qualidade das águas e as vazões de mananciais da região, assegurando as condições de sobrevivência necessárias para as populações humanas das regiões circunvizinhas”.

Sobre a utilização do fogo, deve-se ter em mente que “se a conscientização não for coletiva, dificilmente se conseguirá fazer a travessia do descaso com o Meio Ambiente para a conduta consciente, racional e pró-natureza” (FLORES, 2012, p. 5) eis que, sendo habitada, de livre acesso, com inclinação topográfica acentuada e em grande parte, margeada por rodovia, a APA da Serra do Lajeado é extremamente suscetível a incêndios no verão, estação de estiagem bastante severa no Estado do Tocantins.

O cerrado é o bioma líder no ranking de queimadas no ano de 2012, conforme aponta Fernandes (2012). Esse demérito evidencia o não cumprimento do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento e das Queimadas no Bioma Cerrado (PPCerrado), instituído por Decreto da Presidência da República em 15 de setembro de 2010.

Das ações humanas de degradação ambiental, as queimadas consubstanciam “um dos mais graves problemas enfrentados pelas florestas brasileiras, pois, além da diminuição da área florestada, elas causam um enorme aumento da emissão de material particulado, ampliam a poluição atmosférica e contribuem para o aquecimento global” (ANTUNES, 2012, p. 640).

Queimadas ou incêndios florestais possuem enorme potencial de degradação ambiental que reflete diretamente na vida do ser humano, implicando em danos à diversidade biológica que é responsável pelo equilíbrio do ecossistema. É premente o enfrentamento da perda da diversidade biológica, haja vista sua imprescindibilidade para manter a disponibilidade e qualidade da água, bem como para regular fatores climáticos.

Dedilhando o texto constitucional, depreende-se que “o meio ambiente ecologicamente equilibrado envolve para a pessoa humana – principal destinatário do direito constitucional brasileiro –, sem dúvida alguma, um conjunto de condições morais, psicológicas, culturais e mesmo materiais que vincula uma ou mais pessoas (...)” (FIORILLO, 2012, p. 54).

Considerando especificamente a APA da Serra do Lajeado como objeto específico dessa análise, verifica-se que as queimadas atingem a biodiversidade, com a mortandade de animais, déficit na vegetação e na ciclagem de nutrientes; implicam em insegurança na vida do ser humano, com interferência no tráfego aéreo e terrestre; impõem a aspersão do monóxido de carbono, que afeta a respiração e desencadeia crises alérgicas, bem como, ocasionam o risco gerado pela invasão de animais peçonhentos que, fugindo das chamas, se abrigam em áreas urbanas.

3. A prevenção como princípio norteador da efetiva proteção à Serra do Lajeado

Infere-se que a Carta Magna associa “o meio ambiente ecologicamente equilibrado não somente ao direito à vida, mas fundamentalmente à sadia qualidade de vida, em direcionamento voltado para o fundamento axiológico do texto constitucional: a dignidade da pessoa humana” (DE OLIVEIRA, 2012, p. 16).

Da interpretação do conjunto de normas instituídas pelo artigo 225 da Constituição Federal, denota-se que o direito ao meio ambiente hígido é assegurado como condição ao bem-estar do ser humano, de onde se concluiu que a inércia pública e a negligência privada, acerca da expansão dos focos de incêndio na APA da Serra do Lajeado, representam violação aos direitos humanos fundamentais. Alguns autores acreditam que quando há violação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, concomitantemente fere-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida – que faz com que valha a pena viver (MILARÉ, 2011, p. 387).

Nesse sentido, o ar puro, livre de fumaça; a água não contaminada; o solo rico em nutrientes; a fauna e a flora, livres de degradação, são direitos da personalidade, decorrentes do direito à saúde e à qualidade de vida, que, embora constitucionalmente assegurados, não estão sendo exercidos, haja vista a inexistência de políticas públicas e educação ambiental a combater o avanço indiscriminado dos incêndios florestais na Área de Preservação Ambiental em foco. Nessa esteira, a garantia de higiene do meio ambiente é direito e dever de todos, contemplados de forma principiológica e constitucional, inferindo-se que, “a proteção ao ambiente, por se tratar de um direito fundamental para a preservação do planeta, pertence à humanidade e às gerações futuras (MACHADO, 2012, p. 40).

O fim precípua de proteger os recursos naturais e, em consequência, assegurar o exercício dos direitos humanos, somente será concretizado se houver uma conjugação de esforços entre o Poder Público e a comunidade, no intuito de ressaltar o significativo valor da cooperação no desenvolvimento sustentável da sociedade moderna.

[...] em que pese não ser o direito ambiental o único e exclusivo fator para a realização da justiça entre gerações, a defesa e a preservação dos bens ambientais representam a base sobre a qual necessidades humanas, básicas ou secundárias, podem vir a ser satisfeitas tanto pela geração presente, como pelas futuras gerações (RAMOS JR., 2012, p. 345).

Segundo Lino (2011), com o avanço da ocupação urbana, das atividades agrícolas e pecuárias, as Unidades de Conservação representam um percentual significativo de áreas naturais relativamente preservadas que, contribuem para o bem estar da vida humana, direito constitucional assegurado, influenciando, por exemplo, nos índices de temperatura, razão suficiente a cultivar ações de preservação que, conforme dispõe o inciso V, artigo 2º, da Lei nº. 9.985/00, é o “conjunto de métodos, procedimentos e políticas que visem a proteção a longo prazo das espécies, habitat’s e ecossistemas, além da manutenção dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais”.

De acordo com a conceituação legal, tem-se que para a efetiva preservação ambiental “o bom-senso determina que, em vez de contabilizar os danos e tentar repará-los, se tente sobretudo antecipar e evitar a ocorrência de danos” (CANOTILHO, 2011, p. 64), haja vista que, no intuito de assegurar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, há que se observar o princípio da prevenção que reflete a política pública e o sentimento protetor ambiental emanado pelo texto constitucional, assumindo a postura de evitar a degradação, promovendo assim a saúde ambiental constitucionalmente assegurada, visto que a impossibilidade de reparação satisfatória da área degradada, pelo fogo, prejudica o objetivo de transmissão do patrimônio ambiental entre gerações. Nesse sentido:

Quando a Constituição Federal impõe a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, a mensagem subjacente consiste no dever de prevenir a ocorrência

de qualquer fato que venha a causar dano a esse macrobem, considerando o interesse público nele contido (GRANZIERA, 2011, p. 678).

O princípio da prevenção, consagrado no artigo 225 da Constituição Federal, consiste em antever o risco ambiental em razão do conhecido nexos de causalidade entre a ação e seus resultados, e perpetrar medidas necessárias a impedir sua concretização e, em se tratando de incêndios em áreas de proteção, a prevenção configura assunção de uma política ambiental de monitoramento constante, prévia identificação dos aspectos de vulnerabilidade das áreas de risco e manutenção de efetivo técnico, suficiente, a atender ocorrências antes que assumam grandes proporções. Nesse sentido:

[...] com a tutela jurisdicional preventiva, em suma, previnem-se a consumação do dano ao meio ambiente, a renovação ou o agravamento de degradações ambientais, a realização ou a continuidade de atividades e a superveniência ou a manutenção de omissões efetiva ou potencialmente lesivas e até mesmo o simples risco de eventos cujas consequências podem ser prejudiciais à qualidade ambiental (MIRRA, 2011, p. 423).

Prevenir significa agir antes da consumação do dano ao meio ambiente, ou seja, proteger o patrimônio ambiental para cumprir o objetivo de transmissão entre gerações. “Contudo, para que haja ação é preciso que se forme o conhecimento do que prevenir” (MACHADO, 2011, p. 99), por isso a relevância de ações preventivas como programas de conscientização ambiental para substituição da técnica de emprego do fogo como forma de utilização do solo e destinação de resíduos, bem como, constituição de aparato humano eficaz para ações de vigilância, combate e fiscalização.

Conclui-se que “o Princípio da Prevenção trabalha com a certeza científica, sendo invocado quando a atividade humana poderá trazer impactos ambientais já conhecidos pelas ciências ambientais em sua natureza e extensão” (AMADO, 2012, p. 53).

É público e notório que os incêndios que anualmente atingem a Serra do Lajeado causam sérios prejuízos, posto que devasta a vegetação, extermina a fauna, empobrece o solo e, principalmente, compromete a qualidade do ar, influenciando diretamente no bem estar do ser humano, além de mobilizar um grande efetivo técnico no combate aos focos.

O princípio da prevenção aplica-se ao risco conhecido. Entende-se por risco conhecido aquele identificado através de pesquisas, dados e informações ambientais ou ainda porque já ocorreu anteriormente (...). É a partir do risco ou perigo conhecido que se procura adotar medidas de minimização dos possíveis impactos ambientais (SARLET e FENSTERSEIFER, 2012, p. 45).

Eleger o princípio da prevenção, como pressuposto norteador para a efetiva proteção da APA da Serra do Lajeado, justifica-se pelo fato de que os efeitos danosos resultantes dos incêndios florestais são conhecidos, posto que habitualmente observados e sentidos pelo ambiente como um todo, sendo essa familiaridade o componente essencial às ações preventivas eficientes.

O simples risco, ligado ou não à concretude e à iminência da ocorrência de um dano, é suficiente para demandar uma resposta regulatória em matéria ambiental. (...). Diante da potencialidade de eventual dano e da sua característica de irreparabilidade, a aversão e o controle de determinadas situações de risco assumem contornos de verdadeiro direito material, tutelado, inclusive, pela ordem constitucional. A inobservância da obrigação de controle de situações de risco, sejam elas concretas ou não, por si só pode significar uma violação de direito tutelável [...] (SAMPAIO, 2011, p. 282-283).

Com a atuação preventiva acerca do risco de incêndio, cumpre-se o dever de preservação da diversidade biológica da Serra, inibindo a possibilidade de uma eventual reparação do dano consolidado.

O direito ambiental não pode ser concebido pela ótica reparadora, que o tornaria um direito inócuo. Afinal, os danos ambientais, em

regra, são praticamente irreversíveis, como se vê no desmatamento de uma floresta centenária ou na extinção de uma espécie de fauna ou da flora. Sem uma atuação antecipada não há como evitar a ocorrência de danos ambientais. Por essa razão, o direito ambiental é eminentemente preventivo (SARLET, 2012, p. 45).

A finalidade constitucional de preservação da biota na APA da Serra do Lajeado, somente pode ser alcançada através da aplicação efetiva do princípio da prevenção da degradação ambiental, visto que, além de insuficiente à recomposição do prejuízo causado, o ato de reparar representa a inobservância das garantias constitucionais no âmbito do meio ambiente.

Sobre a cultura da reparação, leia-se:

[...] com ajuda de um helicóptero, foram feitos 16 lançamentos de 500 litros de água nos principais pontos do incêndio. [...] os focos de incêndio agora se concentram em locais de difícil acesso, o que traz dificuldade para os trabalhos dos bombeiros e brigadistas. (...). O fogo atingiu também grande parte do Parque Nacional do Lajeado (*on line*).

Da análise do citado fragmento de notícia veiculada na internet, infere-se que, além de ser oneroso, agir após a ocorrência do dano, representa um risco muito mais abrangente se considerado que a APA da Serra do Lajeado e a Unidade de Conservação de Proteção Integral Parque Estadual do Lajeado se comunicam, propiciando o alastramento do fogo e um comprometimento mais amplo das diversas espécies da flora e da fauna que, migra através dos corredores naturais de vida silvestre.

Por fim, cumpre destacar que:

Ultimamente tem merecido grande destaque nos meios de comunicação que o aquecimento global está aumentando a temperatura média anual do planeta, que as geleiras localizadas nos polos estão derretendo, que o nível do mar deverá subir muito nas próximas décadas, que as secas ou enchentes sazonais em determinadas regiões se tornarão mais frequentes e avassaladoras

por conta do efeito estufa, causado pelo lançamento de poluentes no ar. [...] O clima afeta todo o planeta e a constatação de sua rápida mudança torna palpável a possibilidade de danos irreparáveis que atingirão todos os povos de todos os cantos da Terra [...] (TRENNEPOHL, 2011, p. 4).

Com efeito, a prevenção de incêndios na área da Serra do Lajeado deve ser observada por um ângulo global, considerada a proporção ambiental abrangente das queimadas florestais que influenciam o meio ambiente como um todo, principalmente a vida humana, que suporta os efeitos das altas temperaturas, das enchentes e das secas, sendo o homem o principal sujeito de direito afetado pelo ambiente degradado.

4. Considerações finais

A relevância social do tema assenta-se no fato de que, a aplicação do princípio da prevenção no âmbito dos incêndios na Serra do Lajeado, atende diretamente ao preceito constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, resguardando-se o direito humano à saúde e à incolumidade pública, tendo em vista os malefícios da associação de acentuada escassez de chuvas no verão, com ações humanas criminosas ou negligentes e, principalmente, com a inexistência de avanço na implementação eficaz de medidas protetivas ao meio ambiente.

Disseminar a postura preventiva implica em implementar programas de conscientização da importância de preservar os recursos naturais, haja vista a inquietação de observar, ano após ano, a Serra do Lajeado em chamas, inalar o monóxido de carbono que afeta a respiração e desencadeia crises alérgicas, trafegar sem visibilidade, em constante risco de vida, lado a lado com a cena grotesca de uma vegetação dizimada e animais sem vida.

Referências

- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Direito ambiental brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva 2011.
- DA LUZ, Antônio. **Bombeiros continuam trabalhos de combate ao fogo na Serra do Lajeado**. Disponível em: <<http://bombeiros.to.gov.br/interna.php?tipo=NotId&id=1350>>. Acesso em: 30 ago. 2012.
- DE OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. **Direito ambiental**. v. 7. 3. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2012.
- DOM TOTAL.COM. **A configuração o Meio Ambiente no rol dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/30870/a-configuracao-do-meio-ambiente-no-rol-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 26 dez. 2012.
- FERNANDES, Alan. **A descaracterização do cerrado**. Publicado em 23 de agosto de 2012, Disponível em: <<http://www.liberosocial.com.br/2012/08/a-descaracterizacao-do-cerrado.html>>. Acesso em: 14 jan. 2013.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do direito processual ambiental**. 5. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FLORES, Nilton Cesar (Org.). **A Sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. Campinas, SP: Millennium, 2012.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.
- LINO, Clayton F. **Áreas Protegidas: Revendo conceitos e mudando a escala unidades de conservação e planejamento territorial**. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/wp/>>

- cpla/files/2011/11/20-Clayton-Lino.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2012.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MACHADO, Auro de Quadros. **Licenciamento ambiental: atuação preventiva do Estado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MILARÉ, Édís. MACHADO, Paulo Afonso Leme (Org.). **Direito ambiental: Fundamentos do direito ambiental**. Coleção Doutrinas Essenciais. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente**. Rio de Janeiro: Letras Jurídicas, 2011.
- RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012.
- SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito ambiental: doutrina e casos práticos**. Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- TRENNEPOHL, Curt. **Licenciamento ambiental**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.

O bafômetro na nova Lei Seca e o direito à não autoincriminação

Caleb de Melo Filho¹

RESUMO

O bafômetro na Lei nº 12.760/12 do Código de Trânsito Brasileiro. A produção de prova de embriaguez e o direito à não autoincriminação. Interpretação histórica das normas de trânsito e estatísticas de mortes no trânsito no Brasil. Efetivação da Convenção Internacional de Tráfego Viário de Viena. Desnecessidade de colaboração do acusado na produção de prova de embriaguez. Outros meios de prova. Autoaplicabilidade da norma.

Palavras-chave: *Código de Trânsito Brasileiro; Nova Lei Seca; Direito à não-autoincriminação.*

1. Introdução

O direito de não incriminar a si próprio tem fundamento no princípio *nemo tenetur se detegere*, do qual não se tem uma precisa indicação da época do surgimento, havendo dados indicativos de que ele teve grande ênfase à época do Iluminismo (movimento da elite

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins. Pós-graduado em Processo – Grandes Transformações – LFG/Unama. Professor da Fundação Universidade do Tocantins (Unitins).

de intelectuais do século XVIII na Europa, que procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade e o conhecimento prévio), em contraposição às medidas coercitivas da produção de provas, então vigentes nos sistemas inquisitoriais.

Abstrai-se, assim, do princípio *nemo tenetur se detegere* que o Estado não poderá obrigar o acusado da prática de um ilícito penal a produzir provas que venham a incriminá-lo.

Tal princípio encontra-se positivado em nosso ordenamento pátrio a partir da internalização do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), por força do Decreto nº 678, de 06.11.92, estabelecendo a convenção que:

“Artigo 8º - Garantias judiciais

...

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

...

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;” (grifo nosso).

Também se infere a prevalência do princípio da não autoincriminação em nossa Constituição, que assim estabelece:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

...

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

Feitas estas primeiras considerações, nos cabe proceder a uma incursão histórica no que respeita à legislação brasileira sobre a repressão – me refiro à repressão porque a eficiência da legislação está ligada à imediata aplicação da norma coercitiva e punição dos transgressores – ao uso de substâncias que turbem os sentidos dos condutores de veículos.

2. Lei das contravenções penais

Em 03.10.1941 foi expedido o Decreto-Lei nº 3.688, para ter vigência a partir de 01.01.42, o qual previa, em seu art. 34, que:

“Art. 34. Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia:
Pena – prisão simples, de quinze a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.”

Note-se que a embriaguez não tinha um tratamento exposto no tipo penal descrito na norma incriminadora, sendo o art. 34 da LCP uma forma de incriminação tanto da embriaguez quanto das competições não autorizadas e manobras perigosas.

3. Código Nacional de Trânsito

Em 21.09.66 foi editada a Lei nº 5.108 (Código Nacional de Trânsito), passando a vigorar 60 (sessenta) dias após a sua publicação, o qual tinha disposições apenas de natureza administrativa, sendo assim mantida a vigência do art. 34 da LCP, que somente veio a ser revogado pela Lei 9.503/97.

4. Convenção internacional de tráfego viário de Viena

O Brasil, em 08.11.68, depositou sua carta de adesão à Convenção Internacional de Tráfego Viário de Viena, também denominada Convenção Sobre Trânsito Viário de Viena, a qual só entrou em vigor no país em 29.10.80, embora o Decreto-Lei que a promulgou tenha sido editado em 10.12.81 (Decreto-Lei nº 86.714).

A Convenção tratou de vários itens de segurança e registro de veículos e, no que se refere especificamente aos condutores de veículos, assim estabelece:

“Artigo 8 - Condutores

1. Todo o veículo em movimento ou todo o conjunto de veículos em movimento deverá ter um condutor.
2. Recomenda-se que as legislações nacionais estabeleçam que os animais de carga, tiro, ou sela e, salvo eventualmente as zonas especialmente sinalizadas em seus lugares de entrada, as cabeças de gado sozinhas ou em rebanho deverão ter um guia.
3. **Todo condutor deverá possuir as qualidades físicas e psíquicas necessárias e achar-se em estado físico e mental para dirigir.**
4. Todo condutor de um veículo motorizado deverá possuir os conhecimentos e habilidades necessários para a condução de veículo; esta disposição não se opõe, todavia, à aprendizagem de direção de conformidade com a legislação nacional.
5. Todo condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, ou poder guiar os seus animais.” (grifamos)

Com a adesão do Brasil à Convenção, houve assim a assunção de compromissos para que a segurança no trânsito efetivamente contribuísse para a redução dos acidentes, inclusive com a busca de universalização das sinalizações de trânsito.

5. Código de Trânsito Brasileiro

Por iniciativa do Poder Executivo, em 20.05.93 foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.710 contendo inicialmente apenas matérias de âmbito administrativo, sendo posteriormente apresentados substitutivos ao projeto, com a inserção de tipos penais. O responsável pela elaboração de seu anteprojeto e então Ministro da Justiça Maurício Corrêa, em sua exposição de motivos, ponderou a necessidade da alteração do Código de Trânsito em face da maciça utilização de veículos como meio de transporte, a falta de senso de cidadania dos brasileiros no que tange ao respeito às normas de trânsito e as estatísticas, que em nosso país apontavam um número de mortes no trânsito – já em 1991 - cerca de dez vezes maior que em países da Europa e da América do Norte.

O PL 3.710 foi convertido em lei aos 23.09.97 (Lei nº 9.503), para ter vigência 120 (cento e vinte) dias após a sua publicação oficial, vigorando desde então o nosso Código de Trânsito Brasileiro, o qual possibilitou uma considerável redução das mortes no trânsito. Em seu texto original o CTB, na vertente dos demais países signatários da Convenção Internacional de Tráfego Viário de Viena, estabeleceu o limite de tolerância para a aplicação da sanção administrativa (art. 165) como sendo de 6 dg/L (seis decigramas de álcool por litro de sangue), aferido por exame de sangue ou por aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro, vulgarmente conhecido por bafômetro). Esse limite de tolerância da infração administrativa foi retirado por força da Lei nº 11.275/06.

Já para a incidência do tipo penal (art. 306), o legislador não previu qualquer limite de tolerância, apenas sendo exigido que, para a incidência de crime, o condutor estivesse conduzindo o veículo sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos e desde que gerasse perigo de dano.

Cabe salientar que a Lei 11.275/06 trazia a possibilidade de o agente de trânsito se valer de outros meios de prova além dos exames técnicos para a aplicação da sanção administrativa, tais como a constatação de notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou de entorpecentes apresentados pelo condutor (art. 277).

No caso do crime, a prova da condução em estado de embriaguez nos casos de recusa do condutor em realizar o teste de bafômetro, via de regra, era aferida por perícia do local de acidente, perícia médica e testemunhas, notadamente nos casos do condutor estar envolvido em acidente ou transitar de modo incompatível na via de trânsito. Essas provas visavam comprovar a elementar do tipo penal: “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

De se notar que a prova do risco era *conditio sine qua non* para a incidência do crime previsto no art. 306, enquadrando-se assim o tipo penal naquela classificação de *crimes de perigo*.

6. Resolução Contran 206/06

O Conselho Nacional de Trânsito - Contran, em 20.10.06, editou a Resolução nº 206/06, que assim estabelecia:

“Art. 2º. No caso de recusa do condutor à realização dos testes, dos exames e da perícia, previstos no artigo 1º, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção, pelo agente da autoridade de trânsito, de outras provas em direito admitidas acerca dos notórios sinais resultantes do consumo de álcool ou de qualquer substância entorpecente apresentados pelo condutor, conforme Anexo desta Resolução.”

Nesse sentido, o anexo da resolução trazia algumas orientações ao agente de trânsito para a verificação das condições do condutor no momento da abordagem.

7. “Lei Seca”: Modificando o CTB

Tendo em vista o número crescente de acidentes com mortes - o que não foi inibido com a retirada do limite de tolerância estabelecido na infração administrativa do art. 165 pela Lei 11.275/06 -, em 19.06.08 foi editada a Lei 11.705, a qual retirou do tipo penal do art. 306 a elementar “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Esta mudança pôs fim a acirradas discussões acerca do tipo de perigo (se abstrato ou concreto), sendo então pacificado na jurisprudência que em face da modificação legislativa passou a tratar de delito de perigo abstrato, ou seja, aquele em que não é necessária a demonstração do efetivo risco da conduta delitiva para a incriminação do condutor embriagado.

Nesse sentido, pontuou o Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* nº 167.882/DF, conforme aresto abaixo transcrito:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

...

IV. A redação do art. 306 da Lei nº 9.503/97 dada pela Lei nº 11.705/08 suprimiu a elementar do tipo “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, de modo que a mera constatação da condução de veículo automotor em via pública com concentração alcoólica igual ou superior a 6 (seis) decigramas configura o delito.

V. O delito de embriaguez ao volante é crime de perigo abstrato..”
(HC 167.882/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 14/03/2012) (grifamos).

Verifique-se que no art. 277 não foram explicitados os meios de prova da embriaguez, sendo os sinais indicativos previstos no parágrafo segundo um rol meramente exemplificativo, posto que a identificação da embriaguez poderia ser constatada pelos indícios elencados na Resolução 206/06 do Contran e seu anexo.

O problema que a Lei 11.705/08 trouxe com o estabelecimento de certa quantidade de álcool no sangue para a incidência do crime do art. 306 foi o de “engessar” o magistrado no que tange ao reconhecimento do crime de embriaguez ao volante, posto que a previsão de aplicação do tipo penal sujeitava à concordância do acusado em se submeter aos exames de constatação da embriaguez, que só poderia ser aferida com coleta de sangue ou através do teste de bafômetro.

Nesse sentido pontuou o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ALCOÓLICA NO SANGUE. ELEMENTAR OBJETIVA NÃO DEMONSTRADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Hipótese em que, embora a denúncia e a sentença relatem indícios veementes do estado de embriaguez do Paciente, não há qualquer comprovação do grau de concentração alcoólica em seu sangue.

2. A Lei n.º 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) teve a redação do caput do art. 306 alterada pela Lei n.º 11.705, de 19 de junho de 2008, a qual incluiu a elementar da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

3. Trata-se de elementar objetiva, que exige seja quantificado o grau de alcoolemia por prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue. (HC 246.549/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012) (grifamos).

Assim, a invocação pelos condutores flagrados com sinais de embriaguez do princípio do *nemo tenetur se detegere* passou a

inviabilizar a efetiva aplicação do art. 306 do CTB, de modo que a única alternativa para a responsabilização criminal dos condutores embriagados voltou a ser a imputação da contravenção de direção perigosa, prevista no art. 34, da LCP.

8. Decreto 6.488/08: regulamentando os testes de alcoolemia e tolerância provisória

Em 19.06.08 foi editado o Decreto nº 6.488, regulamentando os testes de alcoolemia e estabelecendo a equivalência do teste aferido pelo aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro ou bafômetro) em relação ao exame de sangue, bem como uma margem de tolerância. Vejamos:

Art.1º Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades administrativas do art. 165 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, por dirigir sob a influência de álcool.

§ 1º As margens de tolerância de álcool no sangue para casos específicos serão definidas em resolução do Conselho Nacional de Trânsito – Contran, nos termos de proposta formulada pelo Ministro de Estado da Saúde.

§ 2º Enquanto não editado o ato de que trata o § 1º, a margem de tolerância será de duas (sic) decigramas por litro de sangue para todos os casos.

§ 3º Na hipótese do § 2º caso a aferição da quantidade de álcool no sangue seja feito por meio de teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), a margem de tolerância será de um décimo de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.”

A norma regulamentadora também já explicitava, de modo suficientemente claro, que o comprometimento da capacidade psicomotora dos condutores de veículos poderá ser comprovado por exames técnicos (coleta de sangue para exame laboratorial ou coleta de ar alveolar pulmonar pelo aparelho bafômetro) **ou outros sinais indicativos da alteração psicomotora.**

O Decreto definiu os índices de equivalência entre as aferições do etilômetro e o exame de sangue, o que gerou muita confusão e resultou em incontáveis impunidades por sua interpretação equivocada.

O aparelho de ar alveolar pulmonar fornece um valor referencial para ser utilizado mediante a conversão, de modo que para cada décimo de álcool por litro de sangue correspondem **dois** miligramas de ar com álcool expelido pelos pulmões. O grande equívoco estava em se aplicar a conversão de um por um, deixando assim de considerar embriagado o condutor que acusava, no bafômetro, índice entre 0,3 e 0,6 mg/L.

Previu também o decreto, enquanto norma do Contran não regulamentasse de forma diversa, uma margem de tolerância, no caso de 2dg/l e 0,1mg/l, ou seja, a inaplicabilidade da sanção administrativa, quando aferida quantidade equivalente a dois decigramas de álcool por litro de sangue e um décimo de miligrama com álcool por litro de ar pulmonar.

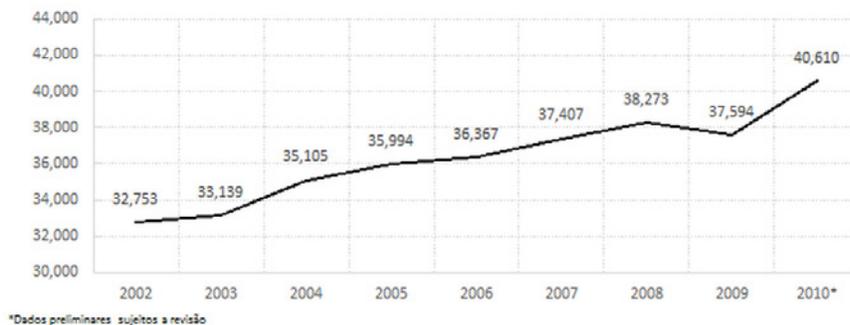
9. A grave situação das mortes no trânsito: uma guerra civil?

E nesse contexto se via a sociedade brasileira, que em razão da nítida falha legislativa, era obrigada a permanecer na mera condição contemplativa do número excessivo de mortes no trânsito, em quantitativo superior às guerras e doenças graves. Somente à guisa de exemplo, vejamos algumas comparações: 1) no Brasil morrem

por ano no trânsito mais de 40.000 (quarenta mil) pessoas, quase o equivalente à guerra civil da Síria; 2) nosso país é responsável por 10% (dez por cento) das mortes violentas do mundo, devido ao cômputo dos acidentes automobilísticos, embora representemos menos que 3% (três por cento) da população mundial; 3) o trânsito no Brasil mata mais do que o câncer de pulmão e de mama, somados; 4) para cada morte no trânsito somam-se em média 15 (quinze) pessoas lesionadas, muitas com incapacidade permanente.

O Ministério da Saúde, por meio do Datasus, disponibilizou estatísticas das mortes no trânsito, onde se pode constatar uma redução das mortes no trânsito após a entrada em vigor do CTB, porém com nova elevação ante a notória tendência de impunidade após a edição da Lei nº 11.705/08, conforme se pode verificar na página disponibilizada na internet <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/2933/162/transito-e-responsavel-por-mais-de-40-mil-mortes-no-brasil.html> (acesso em 02.02.2013). Vejamos:

Número total de óbitos por acidentes de transporte terrestre



10. A “Nova Lei Seca”: resolvendo a questão da prova da embriaguez

Em 20.12.12 foi, enfim, editada a Lei nº 12.760, que entrou em vigor na data de sua publicação oficial, que se deu em 21.12.12, apelidada de “Nova Lei Seca”.

A nova norma visa, sem qualquer sombra de dúvidas, dar efetividade à Convenção Internacional de Tráfego Viário de Viena, buscando que o pacto seja cumprido pelo Estado Brasileiro, precisamente no que tange aos itens 3 e 5 do artigo 8º, de cujo teor não é demais se repetir a transcrição:

“3. Todo condutor deverá possuir as qualidades físicas e psíquicas necessárias e achar-se em estado físico e mental para dirigir.

...

5. Todo condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, ou poder guiar os seus animais.”

Vejamos o que efetivamente mudou:

Na infração administrativa:

“Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

§ 1º (Revogado).

§ 2º A infração prevista no art. 165 **também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.**” (grifamos).

Houve considerável ampliação dos meios de prova, possibilitando que não se dependa da efetiva colaboração do

condutor embriagado para a prova da alteração de sua capacidade psicomotora, sendo válidos quaisquer meios de prova admitidos pelo direito.

No tipo penal, foi retirado do *caput* do art. 306 a previsão da concentração de álcool aferível no ar pulmonar ou no exame de sangue, ficando as quantidades previstas no parágrafo primeiro, agora, como uma das formas de constatação da embriaguez, que passou a ser aferível por vários meios de prova, elencados de modo meramente exemplificativo no parágrafo segundo. Vejamos:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.” (grifamos).

Percebe-se que o rigor na repressão da conduta criminosa aumentou consideravelmente, não somente no que se refere aos meios de prova, mas também com a suspensão ou proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir, o que não era previsto na redação original do CTB, Desse modo, a imposição de efeitos acessórios à pena de privação da liberdade saiu da mera imposição dos efeitos previstos no art. 92 do Código Penal – que no mais das vezes não ocorria – para expressa redação do CTB, podendo-se até

impedir aquele que não era habilitado ao tempo do crime de vir a obter carteira de habilitação.

Não se concebe, *data maxima venia* de entendimentos contrários já defendidos por alguns doutrinadores, no sentido de que a embriaguez só será provada por laudo pericial. O texto não induz a esse entendimento, muito pelo contrário. O que se tem é a possibilidade de que novos métodos técnicos de aferição de embriaguez ou uso de entorpecentes, consideradas as inovações tecnológicas, sejam incorporados aos já previstos testes de alcoolemia por meio do exame de sangue e bafômetro.

A prova da infração penal não depende de exame pericial, tanto quanto não se concebe que somente com a colaboração do acusado seja admitida a aferição da embriaguez. O que a nova lei trouxe foi uma clara e inequívoca ampliação dos meios de prova e não a sua limitação.

Outro ponto seria o direito à contraprova.

O inconformismo é natural do ser humano, podendo qualquer pessoa buscar a modificação de determinada situação jurídica que lhe seja desfavorável, com a instalação de um contraditório, que é um direito fundamental estabelecido pela Constituição (Art. 5º, inc. LV).

Suponhamos que determinado condutor tendo sido diagnosticado pelo teste de bafômetro com índice de alcoolemia correspondente a 0,35mg/l (equivalente a 7dg/l de sangue) e não esteja de acordo, pois acha que bebeu pouco e sua capacidade psicomotora não se encontra comprometida. Nesse caso, deve postular a contraprova no momento da autuação.

Tem, assim, o motorista o direito à contraprova, mediante o reteste pelo bafômetro ou poderá se sujeitar a exame de sangue, fornecendo o material para tanto. A violação ao seu direito estará na recusa do agente de trânsito em realizar a contraprova no momento da autuação pois, no caso constatação da embriaguez obtida por meio da prova técnica, resta caracterizada a infração penal e o ônus

da prova da não embriaguez é revertida ao acusado, posto que esta prova se basta.

Pertinente trazermos à baila interessante julgado do Colendo STJ sobre o tema:

HABEAS CORPUS. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO ORGANISMO VERIFICADA POR “BAFÔMETRO”. EXAME ALEGADAMENTE IMPRECISO. TESTE DE SANGUE ESPECÍFICO NÃO REALIZADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL COM BASE NESSE FATO.

NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE COMPROVADA, SEM ESTREME DE DÚVIDAS, POR CRITÉRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

...

2. Realizado o teste do “bafômetro” e verificada concentração alcoólica no ar dos pulmões que corresponde a concentração sanguínea superior ao que a lei proíbe, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal.

3. A mera alegação de imprecisão no teste do bafômetro não pode sustentar a tese defensiva, mormente no caso, em que a quantidade de álcool no ar dos pulmões (1,02 mg/l) corresponde a aproximadamente 20 dg por litro de sangue - mais de três vezes a quantidade permitida -, não se mostrando crível que o Paciente dirigia sóbrio. (HC 155.069/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010) (grifamos).

Nesta senda, a contraprova é um direito posto à disposição do condutor para o fim de desqualificar ou ratificar a prova inicialmente produzida em seu desfavor. E sendo faculdade, o seu uso deve se dar ao tempo e modo oportunos, sujeito à preclusão - em razão dos vestígios se apagarem com o tempo - no caso do exame de bafômetro. Não postulado o reteste, precluso.

Logo, não podemos conceber uma interpretação no sentido de que a nova norma novamente veio trazendo restrição à sua aplicação, com essa equivocada interpretação do termo “contraprova”. A contraprova deve ser interpretada como o estabelecimento de um

contraditório, sendo que a resistência à prova colhida poderá ser exercida não somente com nova prova técnica, mas, *mutatis mutandis*, com vários outros meios de prova em direito admitidos, tanto para a prova de existência do crime quanto de sua inexistência. E isso se obterá com a devida instrução processual.

11. Resolução Contran nº 432/13: margem de tolerância e meios de constatação da embriaguez

Em 29.01.13 entra em vigor a Resolução nº 432 do Contran, que revogou a Resolução 206 e tratou da margem de tolerância nos exames de bafômetro antes disciplinada pelo Decreto nº 6.488/08, sendo a margem de isenção da sanção administrativa do art. 165 ou do crime do art. 306 o equivalente a 0,04mg/L. Assim, para a infração administrativa, o índice aferido pelo bafômetro deverá ser igual ou superior a 0,05mg/L e, para o crime, igual ou superior a 0,35mg/L.

Saliente-se que não houve a fixação de qualquer margem de tolerância para o exame de sangue, tanto para efeito da sanção administrativa quanto para o crime, mantidos assim os índices elencados no CTB.

Percebe-se então que a nova resolução trouxe maior rigor no que se refere ao limite de tolerância para a incidência da infração administrativa e do crime em relação ao Decreto 6.488/08.

Para se evitar os equívocos alhures indicados, a Resolução 432/13 trouxe tabela de conversão entre os índices de alcoolemia encontrados no bafômetro e no exame de sangue, cujo teor se recomenda a leitura mediante acesso no sítio do Contran, disponibilizado na rede mundial de computadores – clicar resoluções -, constante de seu “anexo I”.

No que tange aos meios de constatação da alteração da capacidade psicomotora do condutor, traz a resolução, na esteira das normas anteriores, a possibilidade de prova por exames laboratoriais (para o caso de entorpecentes), exames de sangue e bafômetro, bem como prova testemunhal, vídeo ou qualquer outro meio de prova admitido. Elenca, em seu “anexo II”, outras formas de constatação de embriaguez, na esteira do que já previa a revogada Resolução 206/06. Vejamos:

“V. Relato do condutor:

- a. Envolveu-se em acidente de trânsito;
- b. Declara ter ingerido bebida alcoólica, sim ou não (Em caso positivo, quando);
- c. Declara ter feito uso de substância psicoativa que determine dependência, sim ou não (Em caso positivo, quando);

VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador:

a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta:

- i. Sonolência;
- ii. Olhos vermelhos;
- iii. Vômito;
- iv. Soluços;
- v. Desordem nas vestes;
- vi. Odor de álcool no hálito.

b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta:

- i. Agressividade;
- ii. Arrogância;
- iii. Exaltação;
- iv. Ironia;
- v. Falante;
- vi. Dispersão.”

Tem-se à disposição dos agentes encarregados da repressão um rol eficaz de meios de obtenção da prova da embriaguez, sendo de bom alvitre se atentar que, para o caso das provas que não sejam técnicas, a interpretação dos sintomas há de ser feita em conjunto para, só então, se poder considerar o estado de embriaguez do condutor.

12. Dispensa de colaboração do acusado para a obtenção da prova e autoaplicabilidade da norma

A interpretação de uma norma há de ser feita no sentido de sua efetiva aplicação e não em negar sua eficácia, pois as normas se presumem legítimas enquanto não houver pronunciamento do Poder Judiciário, via controles difuso ou concentrado, de sua constitucionalidade. Basta uma simples análise da evolução histórica das normas do trânsito para se pôr uma pá de cal na discussão sobre a aplicabilidade ou não da nova norma.

A Lei 12.760/12 é de uma clareza ofuscante, ao admitir como meios de prova outros que não o exame pericial. Somente uma “cegueira intencional”, *concessa venia*, pode afastar a aplicação efetiva da nova norma.

De se ver que o parágrafo primeiro do novo art. 306 traz uma conjunção alternativa “ou” a indicar os meios de prova, trazendo em seguida o parágrafo segundo um rol exemplificativo, que em nada repele os meios de prova indicados também no “anexo II”, da Resolução Contran nº 432/13.

Nesta senda, a aplicação da efetiva reprimenda não mais está atrelada à necessidade de colaboração do acusado, no sentido de se sujeitar a exame de alcoolemia, com o fornecimento de sangue ou o sopro no aparelho bafômetro, podendo a prova ser obtida pelos meios elencados pela novel Lei 12.760/12, bem assim pelos indícios sugeridos pela Resolução Contran nº 432/13.

Saliente-se que a nova norma possibilita que outros métodos eventualmente advindos da evolução tecnológica (exames de DNA obtidos mediante coleta de sangue no veículo deixados pelo condutor, de um fio de cabelo, de saliva ou outro qualquer outro material que seja passível de análise laboratorial) se bastem para a prova da alteração da capacidade psicomotora, desde que juridicamente válidos.

No mesmo sentido, é inadmissível a interpretação pretendida por alguns exegetas no sentido de que se trata de norma penal em branco (daquelas que dependem de outro ato normativo para a incidência). O texto da lei não traz essa vertente, e sim que a embriaguez será provada pelas concentrações de alcoolemia ou outros sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora.

A dependência de configuração do delito a outra norma somente se concebe no caso de a capacidade psicomotora do condutor ser alterada em razão do uso de entorpecentes, quando então o material colhido para exame laboratorial – que em geral é urina, mas pode ser qualquer outro material biológico deixado pelo condutor no veículo – deverá ser considerado como entorpecente por ato normativo (portaria) da Anvisa, tal qual ocorre na Lei de Drogas (Lei 11.343/06). E mesmo nesse caso, pode ser dispensada a colaboração do investigado.

Portanto, para a incidência do crime do art. 306 do CTB, tanto os exames técnicos da aferição de alcoolemia quanto os indícios regulamentados pelo Contran, bem assim o rol do novo parágrafo segundo do tipo penal se bastam para a prova da embriaguez. Assim, só podemos considerar que a Lei 12.760/12 é autoaplicável.

13. Considerações finais

Quando se está diante da possibilidade de aplicação de uma sanção imposta pela lei em face de uma conduta criminosa, o juiz, dentre outros critérios, deverá estar atento ao fim social ao qual a norma se destina. E isso nos é colocado de forma clara na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.647/42, antigamente denominado Lei de Introdução ao Código Civil), o qual estabelece que o magistrado deve atender “aos fins sociais a que a norma se dirige e às exigências do bem comum”.

É importante salientar que a embriaguez não é a única causa responsável pelo elevado número de mortes no trânsito, sendo também computados no número catastrófico de mortes a má conservação das malhas viárias e dos veículos, a falta ou deficiência da sinalização, a desatenção e outros fatores. Mas não podemos deixar de considerar que a alcoolemia identificada nos acidentados tem tido uma equivalência próxima de um terço, o que é preocupante. Portanto, a busca de redução da grave situação em que nos encontramos deve passar pelo enfrentamento eficaz dos fatores que causam as mortes. E a embriaguez, devemos reconhecer, não tem tido o trato cuidadoso que deveria ter.

O direito penal está sendo convocado como *ultima ratio* para a redução das mortes decorrentes de embriaguez, posto que as medidas adotadas em nível administrativo, como o agravamento das multas, retirada da margem de tolerância nos índices equivalentes à legislação cosmopolita (6dg/L) e outras não surtiram o efeito desejado.

Vivemos em uma sociedade que, infelizmente, pretende a supremacia de direitos, mas que não se preocupa com os deveres, não concebendo os sistemas de freios e contrapesos para a tão sonhada prevalência de um *Estado Democrático de Direito*. Para a plenitude de direitos, precisamos observar a concomitante existência de obrigações, de deveres. Se conseguíssemos alcançar o entendimento de que o limite do nosso direito está no início do exercício do direito do outro já seria um ótimo avanço.

É necessário se ter em consideração que uma máquina composta majoritariamente de metal (o veículo), em média vinte vezes mais pesada do que um ser humano, quando posta em movimento já é geradora, por si só, de riscos. Essa máquina deve ser conduzida por uma pessoa com absoluta e incontestável higidez psicomotora, pois só assim estaremos assumindo o dever que nos incumbe.

O método histórico é um dos meios de interpretação da lei e leva em consideração o momento em que a norma é editada (*occasio*

legis), isto é, ele procura reconstruir e revelar o estado de espírito do legislador (*mens legis*), os motivos que o conduziram à sua elaboração. E a análise trazida nas linhas percorridas buscou este meio interpretativo, de modo que não nos permitimos concluir por outro caminho que não seja a aplicabilidade plena e imediata da Lei 12.760/12.

Esperamos que a nova norma trilhe um caminho menos tumultuado que aquele advindo da anterior “Lei Seca”, dando a efetiva aplicação da reprimenda aos bêbados que se acham pilotos e do mesmo modo confiamos que os exegetas se esforcem no caminho de uma interpretação condizente tanto com a preservação dos direitos do acusado quanto com a preservação da vida das pessoas, possibilitando assim que famílias não sofram tanto com a perda ou a incapacidade permanente de seus entes queridos.

Referências

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

_____. **Decreto n. 3688, de 3 de outubro de 1941**, que institui a Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **Decreto n. 6.488, de 19 de junho de 2008**. Regulamenta os arts. 276 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Diário Oficial da União. Brasília, 20 de junho de 2008.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União. Brasília, 09 de novembro de 1992.

_____. **Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966.** Institui o Código Nacional de Trânsito. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, 22 de setembro de 1966.

_____. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), Brasília, 24 set. 1997.

_____. Presidência da República. **Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008.** Altera a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 jun. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 155.069/RS**, Relator (a): Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 167.882/DF**, Relator: Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 14/03/2012.

_____. Ministério da Saúde. Datasus. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/2933/162/transito-e-responsavel-por-mais-de-40-mil-mortes-no-brasil.html>. Acesso em 02 de fevereiro de 2013.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. (Brasil). **Resolução n. 432, de 23 de janeiro de 2013.** Diário Oficial da União, Brasília, 29 jan. 2013. Seção 1, p. 30.

O instituto da fiança à luz da Lei 12.403/2011

Elizon de Sousa Medrado¹

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise do instituto da fiança à luz da Lei 12.403/2011, trazendo o conceito do instituto, sua natureza jurídica, bem como algumas particularidades, tais como: objeto, momento e competência para a concessão, quem pode prestá-la, obrigações do afiançado, valor, destinação, reforço, quebramento, cassação, perda, dispensa, restituição, recurso cabível e execução. Apresenta também o instituto antes da novel legislação e depois desta. Aborda ainda os pontos mais polêmicos do instituto após a novel legislação, analisando desde os atuais valores da fiança, os casos de vedação, até a concessão de fiança pela autoridade policial nos crimes com pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos, dentre outros assuntos.

Palavras-chave: Fiança; Lei 12.403/2011; Particularidades; Autoridade Policial.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins. Ex-Defensor Público do Estado do Tocantins. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal. Professor Universitário, especialmente das disciplinas Direito Penal e Direito Processual Penal.

1. Introdução

O instituto da fiança sempre apresentou dificuldades de compreensão e muitas vezes foi assunto esquecido nos bancos universitários, de sorte que dele pouco se falava. Muitos só estudavam o assunto de forma mais aprofundada já na atuação profissional quando do aforamento ou análise de um pedido de liberdade provisória vinculada à fiança, momento em que o instituto, necessariamente, era avaliado, mas nem sempre com profundidade.

Anos se passaram sem que o legislador pátrio apresentasse mudanças muito significativas quanto ao tema, apesar de algumas alterações legislativas ao longo dos anos. Aliás, o legislador acabou por inserir uma série de obstáculos à concessão do instituto, de maneira que era mais fácil obter a liberdade provisória sem fiança do que mediante sua prestação.

Mas o legislador resolveu dar uma atenção maior ao instituto aprovando a Lei 12.403/2011. A nova lei, além de trazer várias novidades em relação à prisão e à liberdade provisória, também pôs em evidência a fiança, que passou a ser um assunto mais discutido, logo, mais conhecido.

Foram muitos os artigos lançados em revistas e sites especializados, bem como encontros e seminários organizados para discutir o assunto após a aprovação da Lei, o que despertou um maior interesse em relação ao instituto.

Com base nessas ponderações é que o presente trabalho foi concebido. Visa esse ensaio, portanto, analisar o instituto da fiança sob a ótica da Lei 12.403/2011. Para tanto, abordará sua regulamentação na legislação anterior e, finalmente, o tratamento dado pela *novatio legis*.

Relativamente às inovações trazidas pela lei nova, o trabalho discutirá os pontos mais polêmicos do instituto, como, por exemplo, os valores atuais da fiança, os casos de vedação, quebra e perda dos valores afiançados, além da concessão de fiança pela autoridade

policial apenas nos crimes com pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos, dentre outros.

2. Conceito e natureza jurídica

2.1 Conceito

Antes de adentrar no conceito de fiança no Processo Penal, faz-se necessário extrair seu conceito etimológico e no Direito Civil.

Fiança deriva do latim “fidare” ou “fidere”, que significa “confiar em alguém”.

A fiança encontra-se disposta nos artigos 818 a 839, do Código Civil. É um contrato pelo qual uma terceira pessoa se obriga por outra perante o credor desta a responder pela obrigação contratada caso o devedor principal deixe de cumpri-la. O art. 818 do citado Diploma dispõe que: “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

O fiador, portanto, ao responsabilizar-se pelo afiançado, assume uma obrigação com o credor, dando-lhe maiores garantias e possibilidades de receber a sua dívida, respondendo, caso não haja o resgate do débito, com seus bens patrimoniais pessoais. Se o devedor não pagar a dívida ou seus bens não forem suficientes para cumprir a obrigação, o credor poderá voltar-se contra o fiador, reclamando o pagamento.

No Processo Penal, embora a finalidade da fiança não seja a mesma, não deixa de ter um conceito semelhante, apesar de tal conceito não constar expressamente na lei adjetiva penal, nem mesmo após as inovações.

Tourinho Filho (2010, p. 687) assim conceitua fiança:

Fiança, para o legislador processual penal, é uma garantia real, ou caução. É uma contracautela com o objetivo de deixar o indiciado ou réu em liberdade, mediante uma caução que consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou até mesmo em hipoteca inscrita em primeiro lugar. Prestada a caução, o indiciado ou réu obterá sua liberdade provisória, até o pronunciamento final da causa, em decisão passada em julgado.

Por sua vez, Norberto Avena (2010, p. 323) conceitua fiança da seguinte forma: “fiança não é pagamento, mas sim garantia prestada em prol da liberdade. Tanto que, em regra, deverá ser restituída a quem a prestou”[...].

De acordo com Nucci (2008, p. 624-625):

Considera-se fiança uma espécie do gênero caução, que significa garantia ou segurança. Diz-se ser a caução fidejussória quando a garantia dada é pessoal, isto é, assegurada pelo empenho da palavra de pessoa idônea, de que o réu vai acompanhar a instrução e apresentar-se, em caso de condenação. Esta seria a autêntica fiança. Com o passar dos anos, foi substituída pela denominada caução real, que implica o depósito ou a entrega de valores, desfigurando a fiança. Ainda assim, é a caução real a feição da atual fiança, conforme se vê no Código de Processo Penal.

Capez (2012, p. 624-625) conceitua fiança da seguinte forma:

Consiste na prestação de uma caução de natureza real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado. Não se admite a natureza fidejussória, ou seja, mediante a apresentação de um fiador, devendo ser prestada por meio de dinheiro, joias ou qualquer objeto que tenha valor.

Para Reis e Gonçalves (2012, p. 415): “fiança é um direito do réu que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, ficar em liberdade durante o processo, desde que preenchidos determinados requisitos”.

Por fim, cumpre trazer o conceito de fiança apresentado por Nestor Távora e Rosmar Antonni (2012, p. 627):

A fiança consiste no fato jurídico de caucionar obrigação alheia, importando, pois, em abonação ou responsabilidade. Teria conotação fidejussória, sendo a expressão da confiança em alguém, que se obrigaria por outrem, suprindo a sua falta [...] Busca-se com a fiança a presença do agente a todos os atos da persecução penal, evitando-se os efeitos deletérios do cárcere preliminar. Por consequência, se houver condenação, objetiva-se também garantir a execução da pena.

Como se observa, a fiança efetivamente constitui uma garantia em que o prestador, para alcançar a liberdade durante o tramitar do processo, nos casos previstos em lei, recolhe um determinado valor aos cofres públicos, o qual poderá ou não lhe ser restituído. O legislador, portanto, condicionou a liberdade de certas pessoas à prestação de fiança, a qual poderá ser utilizada posteriormente para pagamento da pena de multa, em caso de condenação, pagamentos das despesas processuais ou mesmo indenização da vítima, também em caso de condenação.

2.2 Natureza Jurídica

Os autores, em geral, apresentam a fiança, ora como garantia real, ora como contracautela, ora como medida cautelar, ora como direito individual, ora como ônus.

Inicialmente, fazendo-se uma análise da fiança no direito civil, chega-se à constatação de que ela tem natureza jurídica de garantia real (caução), na medida em que o preso, para alcançar a liberdade, deve prestar um valor em garantia, seja em dinheiro ou outro meio. A jurisprudência já se posicionou nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL - NATUREZA JURÍDICA DA FIANÇA
- POSSIBILIDADE DE APELAR EM LIBERDADE

I - A fiança é garantia real que tem como objetivo principal garantir que o réu se conserve à disposição da Justiça, impostos determinados ônus que lhe incumbirão cumprir, sob pena de extinção do beneplácito.

II - Sendo certo que não foram inobservados tais encargos, nem que o delito tenha sido invocado, ou que a condenação por outro crime se tenha fixado, impõe-se possa apelar solto, permanecendo os efeitos de fiança até o trânsito em julgado da sentença, desde que cumpridos os ônus impostos quando de sua concessão, bem assim ao não surgimento de fato novo que altere a situação atual.

III – Recurso provido.

(TFR - 1ª T.; R. Crim. nº 1.098-Pe; rel. Min. Costa Leite; j. 29.03.1985; v.u.; DJU, 24.10.1985, p. 18.998, ementa.) BAASP, 1408/304, de 11.12.1985.

Para José Frederico Marques (1997, p. 132):

A fiança criminal, desse modo entendida, é espécie de que a liberdade provisória constitui o gênero. Trata-se, pois, de contracautela destinada a impedir que a dilação do processo condenatório cause dano ao 'jus libertatis' de par com o caráter de sub-rogado cautelar da prisão provisória.

Neste aspecto, a prisão provisória seria entendida como uma medida cautelar, enquanto a fiança se enquadraria como uma contracautela desta medida.

Sobre a natureza de contracautela dada à fiança, Rocha e Baz (2000, p.18) comentam:

[...] a liberdade provisória com fiança já foi vista como uma contracautela, em contraposição à prisão provisória. A prisão em flagrante delito do indiciado seria uma cautela para a regular tramitação do processo penal e sua cessação exigiria uma contracautela, representada pela fiança.

No sentido oposto, Moraes (2010) defende a impossibilidade de manutenção desse entendimento. Vejamos:

Entretanto, esta concepção não pôde mais ser admitida, sobretudo, com o advento da Constituição de 1988 em que o princípio do

estado de inocência ganhou guarida constitucional no artigo 5º, inciso LVII, e passou a servir como parâmetro interpretativo e critério orientador para toda a legislação infraconstitucional.

Rocha e Baz também se posicionam nesse sentido (1999, p.18):

Essa concepção (contracautela), se aceitável outrora, em época que vigorava a regra da necessidade da manutenção da prisão em flagrante do réu durante o processo, não prevalece diante da ordem constitucional hodierna, pois existe agora expressa presunção da não culpabilidade durante o processo penal, donde o réu somente por exceção deve permanecer preso enquanto tramitar o feito, um mero rigor extremo reservado tão somente para aqueles casos em que a hipótese fática revelar a necessidade absoluta da custódia. O instituto tem natureza cautelar, atinente à liberdade do imputado.

Tal entendimento ainda é seguido por Scarance Fernandes (2003, p. 323):

[...] a idéia de fiança como contracautela é também equivocada pelo fato de somente se referir a uma contracautela quando o réu já estivesse preso, ao passo que enquanto solto, possuía natureza idêntica a uma, em sua essência, às outras modalidades de medidas cautelares.

Diante dos entendimentos acima esposados, é de se considerar que a atual ordem constitucional acaba por dar à fiança a natureza de medida cautelar, na medida em que a liberdade do indivíduo durante o processo passou a ser regra, estando o sujeito adstrito a um ônus, que é a fiança.

A doutrina e a jurisprudência também discutem se a fiança teria a natureza de direito subjetivo ou a natureza de ônus imposto ao indivíduo. Assim, como se verá, há correntes que apontam em ambas as direções, havendo autores e tribunais que a tratam como um direito subjetivo do indivíduo, enquanto outros a consideram como ônus imposto ao indivíduo.

Walter Acosta (1989) aponta a fiança como um direito subjetivo do réu, na medida em que cabe em algumas infrações penais, prestada mediante caução e o cumprimento de determinadas obrigações, garantindo que ele permaneça em liberdade para preparar sua defesa.

Magalhães Noronha (1997, p.186) pensa do mesmo modo e afirma que a fiança é “um direito subjetivo do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível”.

Mirabete (2006, p.441) também atribui à fiança a natureza de direito subjetivo:

A fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível. É um meio utilizado para obter a liberdade provisória: se o acusado está preso, é solto; se está em liberdade, mas ameaçado de custódia, a prisão não se efetua.

Por outro lado, dentre aqueles que atribuem à fiança a natureza de ônus está Moraes (2010). Para tanto, ele utiliza o seguinte argumento:

Pensemos na situação de a autoridade policial ou judicial deixar de fixar o valor da fiança quando cabível. O que a autoridade estará violando é o direito de o indivíduo ser posto em liberdade mediante o encargo de ser prestado determinado valor. Nesta situação, o indivíduo deverá mediante petição simples dirigida ao juiz requerer que fixe o seu valor para que então, pagando determinada quantia, exerça o seu direito de ser posto em liberdade.

Assim, pela leitura do citado dispositivo, a fiança seria um ônus que visa vincular o réu ao processo.

José Frederico Marques (1997, p. 132) também admite a fiança como um ônus a ser cumprido para a obtenção da liberdade provisória:

A fiança criminal é ônus imposto ao réu ou ao indiciado em quase todos os casos de liberdade provisória, para que assim ele possa defender-se solto em processo penal condenatório. Consiste o referido ônus em caução prestada em juízo para garantia da liberdade provisória. Tal ônus é um acessório da liberdade provisória que o réu obtém [...].

Destaque-se, por derradeiro, que a Lei nº 12.403/20110 acresceu à fiança outra natureza jurídica, incluindo-a como uma das medidas cautelares alternativas à prisão, como estabelece o inciso do art. 319, do Código de Processo Penal, o que será visto adiante.

3. Particularidades da fiança

3.1 Objeto da Fiança

Nos termos do art. 330 do Código de Processo Penal a fiança consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

A avaliação de imóveis ou de pedras, objetos ou metais preciosos dados em fiança será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade (art. 30, § 1º). No caso de pedras ou outros objetos preciosos, o juiz determinará a venda por leiloeiro ou corretor (art. 349 do CPP). No caso de hipoteca, a execução dar-se-á no juízo cível pelo Ministério Público (art. 348).

Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus (art. 330, § 2º, o CPP).

3.2 Momento e competência para a concessão da fiança

A fiança poderá ser concedida em qualquer fase do inquérito ou do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória (art. 334, do CPP).

A fiança poderá ser concedida:

- a) Pela autoridade policial, durante o inquérito, nos casos de infração punida com pena privativa de liberdade que não ultrapasse 4 (quatro) anos (art. 332, do CPP);
- b) Pelo juiz, nos demais casos, dentro de 48 horas, não sendo necessária, nesse caso, a prévia manifestação do Ministério Público, que somente será cientificado depois de concedida (art. 333, do CPP).

3.3 Quem pode prestar fiança

Nos termos do art. 329, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a fiança pode ser prestada pelo próprio preso ou por terceiro em seu favor.

3.4 Obrigações do afiançado

Os arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal estabelecem as obrigações do beneficiário da liberdade mediante fiança, para assegurar seu estado de liberdade. São elas:

- a) Comparecer perante a autoridade todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento (art. 327);
- b) Não mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante (art. 328, 1ª parte);
- c) Não ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar à autoridade o lugar onde será encontrado (art. 328, parte final)

A consequência para o descumprimento dessas obrigações é a decretação da quebra da fiança, conforme se verá adiante.

Quanto às obrigações do afiançado, ponderam Nestor Távora e Rosmar Antonni (2012, p. 631-632):

As obrigações são impostas no objetivo de facilitar o encontro do agente e o bom andamento da persecução penal, garantindo que ele vai estar presente e será encontrado, sem obstáculos, quando necessário, além de fortalecer os laços de confiança entre infrator e autoridade, na expectativa de que a liberdade não seja o mote para a prática de novos delitos.

3.5 O valor da fiança

O valor da fiança é fixado pela autoridade que a concede e depende primordialmente da gravidade da infração penal e da situação econômica do réu (art. 326, do Código de Processo Penal). Eis o que estabelece o artigo em referência:

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

O art. 325 do citado Diploma Legal fixa os patamares mínimo e máximo de acordo com a gravidade da infração. Senão vejamos:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

O § 1º do art. 325 estabelece que se recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Mougenot (2012, p. 541), refletindo sobre o valor da fiança, esclarece:

Considerando a finalidade da fiança, que deverá servir como caução para garantir o comparecimento do réu aos atos do processo, é relevante ter em conta a sua situação financeira, pois a fiança não pode ser de valor tão alto que inviabilize sua prestação, equivalendo tal situação à sua não concessão, tampouco pode ser de valor irrisório.

3.6 Destinação do valor da fiança

Condenado definitivamente o réu, a fiança servirá para o pagamento das custas processuais, de eventual indenização obtida em ação civil *ex delicto*, da prestação pecuniária e, se imposta, da pena de multa.

A ocorrência da prescrição da pretensão executória não ilide que o valor da fiança seja destinado ao pagamento das custas processuais e da indenização devida ao ofendido. Entretanto, eventual pena de multa imposta não será paga com o valor da fiança, uma vez que o Estado não mais poderá executá-la (art. 336, do CPP).

3.7 Reforço da fiança

Quando o valor prestado se mostrar insuficiente, deverá a fiança, chamada, nesse caso, de **fiança inidônea**, ser reforçada, de ofício ou a requerimento das partes, ou, durante o inquérito, do ofendido. O art. 340, do Código de Processo Penal elenca as hipóteses de reforço de fiança:

Art. 340. Será exigido o reforço da fiança:

I - quando a autoridade tomar, por engano, fiança insuficiente;

II - quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas;

III - quando for inovada a classificação do delito.

Caso não seja completado o valor da fiança tida por inidônea, será ela declarada sem efeito, decretando-se sua cassação, restituindo-se o valor a quem o houver prestado e recolhendo-se o réu à prisão (art. 340, parágrafo único, do CPP).

3.8 Quebramento da fiança

Considera-se quebrada a fiança quando seu beneficiário deixa de cumprir certas obrigações que lhe são impostas como condição para que se mantenha livre. As hipóteses de quebramento de fiança estão previstas, inicialmente, no art. 328, do Código de Processo Penal:

Art. 328. O réu afofinçado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

O art. 341, do mesmo Diploma Legal traz as demais hipóteses de quebramento da fiança:

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.

A quebra da fiança terá os seguintes efeitos:

- a) Perda da metade do valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva (art. 343, do CPP);
- b) Impossibilidade de concessão de nova fiança, no mesmo processo (art. 324, inciso I, do CPP).

3.9 Cassação da fiança

Será cassada a fiança, em qualquer fase do processo, restituindo-se integralmente o valor a quem o tenha prestado:

- a) Quando o juiz reconhecer que não poderia ter sido arbitrada, por se tratar de crime inafiançável (art. 338, do CPP). O reconhecimento da concessão indevida pode ser motivado por reapreciação da prova dos autos, ou por surgimento de prova acerca de circunstância ainda não conhecida, como, por exemplo, notícia de condenação anterior por crime doloso;
- b) Quando for reconhecida a existência de delito inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito (art. 339, do CPP);
- c) Quando for determinado o reforço da fiança, sem que o réu cumpra a determinação (art. 340, parágrafo único, do CPP).

3.10 Perda do valor da fiança

A hipótese de perda do valor da fiança está prevista no art. 344, do Código de Processo Penal e ocorrerá quando o réu, condenado, não se apresentar à prisão. A apresentação não precisa ser espontânea, bastando que o réu não se oculte, não resista e nem dificulte a prisão.

Destaque-se que, perdida a fiança e deduzido o valor correspondente às custas processuais, à indenização obtida pela vítima em ação civil *ex delicto* e o montante relativo à pena de multa

(art. 336, do CPP), o saldo restante será recolhido, após o advento da Lei nº 12.403/2011, ao Fundo Penitenciário (art. 345, do CPP).

3.11 Dispensa da fiança

A depender da situação econômica do réu, poderá o juiz dispensá-lo de prestar a fiança, concedendo-lhe a liberdade provisória vinculada apenas às obrigações previstas nos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal, ou seja, comparecer perante a autoridade sempre que for intimado, não mudar de residência e não se ausentar da Comarca por mais 8 (oito) dias sem comunicar à autoridade.

Destaque-se que se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, poderá ser decretada a sua prisão preventiva (art. 350, parágrafo único, do CPP).

Para Nestor Távora e Rosmar Antonni (2012, p. 641): “a dispensa não é uma discricionariedade do magistrado, e sim um direito do beneficiário. Presentes os requisitos que admitiriam a fiança e demonstrada a hipossuficiência, a concessão é de rigor”.

3.12 Restituição do valor da fiança

Além da hipótese de cassação da fiança, quando o valor é restituído em sua integralidade ao acusado, o valor prestado também será totalmente devolvido se o réu for absolvido definitivamente ou declarada extinta a ação penal. É o que estabelece o art. 337, do Código de Processo Penal. Os valores devem ser corrigidos monetariamente.

Um questionamento que se faz é sobre qual o procedimento a ser utilizado para a restituição do valor da fiança. Seria necessário ingressar com ação judicial pleiteando a devolução ou um simples pedido seria suficiente?

O Código de Processo Penal silenciou quanto a tal procedimento, entretanto, na prática se tem utilizado um pedido diretamente ao juiz do processo requerendo a devolução do valor prestado.

Destaque-se que o requerimento para devolução do valor prestado em fiança pressupõe o encerramento do processo, a teor do art. 337, do Código de Processo Penal.

3.13 Recurso cabível

Da decisão que concede, nega, arbitra, cassa, julga inidônea, quebrada ou perdida a fiança, cabe recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, incisos V e VII, do Código de Processo Penal. Senão vejamos:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

[...]

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

[...]

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor.

3.14 Execução

Nos casos em que a fiança tiver sido prestada por meio de hipoteca, a execução será promovida no juízo cível pelo órgão do Ministério Público (art. 348, do CPP). Por sua vez, se a fiança consistir em pedras, objetos ou metais preciosos, o juiz determinará a venda por leiloeiro ou corretor (art. 349, do CPP).

4. A autoridade policial e a fiança

4.1 Ampliação do poder da autoridade policial na concessão da fiança

Indiscutivelmente, uma das alterações que mais repercutiu com a nova lei foi a ampliação do poder da autoridade policial na concessão da fiança. Antes da reforma o delegado somente poderia conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, cabendo ao juiz a concessão de fiança nos demais casos.

Com a reforma a autoridade policial passou a conceder fiança nos casos de infrações punidas com pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos. É o que estabelece agora o art. 322, do CPP: “a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”.

Certamente o poder da autoridade policial foi ampliado, na medida em que não está mais limitado à concessão de fiança nos crimes apenados com detenção, podendo agora conceder fiança também nos casos de crimes apenados com reclusão, desde que a pena máxima em abstrato não ultrapasse 4 (quatro) anos.

A partir da vigência da Lei nº 12.403/2011, o delegado de polícia poderá fixar fiança nos seguintes crimes previstos no Código Penal, dentre outros previstos em outras legislações:

- 1) Homicídio culposo – art. 121, § 3º;
- 2) Aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento – art. 124;
- 3) Violência doméstica – art. 129, § 9º;
- 4) Perigo de contágio venéreo – art. 130, § 1º;
- 5) Perigo de contágio de moléstia grave – art. 135;
- 6) Abandono de incapaz – art. 133, *caput*;
- 7) Maus-tratos na forma qualificada – art. 136, § 1º;
- 8) Sequestro e cárcere privado – art. 148, *caput*;
- 9) Furto simples – art. 155, *caput*;
- 10) Extorsão indireta – art. 160;
- 11)

Supressão ou alteração de marca em animais – art. 162; 12) Dano qualificado – art. 163, parágrafo único; 13) Apropriação indébita – art. 168, *caput*; 14) Duplicata simulada – art. 172; 15) Induzimento à especulação – art. 174; 16) Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações – art. 177; 17) Emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant” – art. 178; 18) Receptação – art. 180, *caput*; 19) Violação de direito autoral – art. 184; 20) Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem – art. 202; 21) Aliciamento para o fim de emigração – art. 206; 22) Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território brasileiro – art. 207; 23) Violação de sepultura – art. 210; 24) Destruição, subtração ou ocultação de cadáver – art. 211; 25) Vilipêndio a cadáver – art. 212; 26) Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente – art. 218-A; 27) Bigamia – art. 235; 28) Simulação de autoridade para celebração de casamento – art. 238; 29) Simulação de casamento – art. 239; 30) Abandono material – art. 244; 31) Abandono intelectual – art. 247; 32) Explosão – art. 251, § 1º; 33) Uso de gás tóxico ou asfixiante – art. 252; 34) Perigo de inundação – art. 255; 35) Desabamento ou desmoronamento – art. 256; 36) Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico – art. 266; 37) Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, na forma culposa – art. 273, § 2º; 38) Outras substâncias nocivas à saúde pública – art. 278; 39) Medicamento em desacordo com receita médica – art. 280; 40) Quadrilha ou bando – art. 288; 41) Falsificação de papéis públicos – art. 293, § 2º; 42) Petrechos de falsificação – art. 294; 43) Falsidade ideológica em documento particular – art. 299; 44) Falso reconhecimento de firma em documento particular – art. 300; 45) Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica – art. 303; 46) Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins – art. 306, parágrafo único; 47) Fraude de lei sobre estrangeiro – arts. 309 e 310; 48) Peculato mediante erro de outrem – art. 313; 49)

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento – art. 314; 50) Emprego irregular de verbas ou rendas públicas – art. 315; 51) Abandono de função em faixa de fronteira – art. 323, parágrafo único; 52) Resistência qualificada – art. 329, § 1º; 53) Contrabando ou descaminho – art. 334; 54) Falso testemunho ou falsa perícia – arts. 342 e 343; 55) Coação no curso do processo – art. 344; 56) Fraude processual – art. 347, parágrafo único; 57) Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança – art. 351, § 3º; 58) Arrebatamento de preso – art. 353; 59) Patrocínio infiel – art. 355; 60) Sonegação de papel ou objeto de valor probatório; 61) Contratação de operação de crédito – art. 359-A; 62) Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura – art. 359-C; 63) Ordenação de despesa não autorizada – art. 359-D; 64) Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura – art. 359 –G; 65) Oferta pública ou colocação de títulos no mercado – art. 359 –H.

4.2 Hipóteses em que a autoridade policial não poderá conceder fiança

Foi apresentada acima a relação de infrações penais em que o delegado pode conceder fiança. Entretanto, nos demais casos somente poderá fazê-lo a autoridade judiciária, de sorte que, verificando a autoridade policial que se trata de situação em que ela não pode conceder fiança, deverá denegá-la, em despacho fundamentado.

Pela análise do texto legal, conclui-se que a autoridade policial não pode conceder fiança nos seguintes casos:

- a) Crimes apenados com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos: nos termos do art. 322, do CPP;
- b) Crimes inafiançáveis (art. 323 do CPP): racismo (inciso I e art. 5º, XLII da CF); tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos (inciso II e

art. 5º, XLIII da CF); e crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso III e art. 5º, XLIV da CF);

c) Outras causas impeditivas (art. 324 do CPP): em caso de prisão civil (alimentos) ou militar (disciplinar, administrativa ou judicial).

Mas surge um questionamento: pode o Delegado denegar a fiança com base no inciso IV, do art. 312 do CPP, ou seja, quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal)?

Tiago Lustosa Luna de Araújo (2012) apresenta dois posicionamentos:

a) Não, pois, um dos requisitos da prisão preventiva é que a pena do crime seja superior a quatro anos (art. 313, I), não sendo o caso das infrações afiançáveis pelo Delegado (cujo teto penal não supera quatro anos). Ademais, manter a autoridade policial alguém preso com base nos motivos da preventiva configuraria um decreto tácito da mesma (ainda que por intervalo exíguo), o que é vedado ante a reserva jurisdicional deste ato;

b) Sim, pois o inciso IV não exclui, expressamente, a autoridade policial de operar o dispositivo. Além disso, por em liberdade alguém nestes termos frustraria a persecução penal, devendo o preso, de forma precautelar (para alguns cautelar), esperar a manifestação judicial no sentido de ser confirmada a segregação, decretando-se a preventiva, ou revogada, se o juiz entender diversamente.

Em que pese a ampliação do poder da autoridade policial na concessão da fiança, o delegado deve levar em conta outros fatores, tais como a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna do agente, a sua vida pregressa e as circunstâncias que venham indicar o grau de periculosidade do indiciado, atendendo ao que dispõe o art. 326 do Código de Processo Penal:

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas

de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

Não bastasse isso, a autoridade policial também deve levar em consideração, na concessão da fiança, o concurso de crimes (formal, material, crime continuado) e as causas de aumento e diminuição de pena.

Tais situações devem ser ponderadas, haja vista que podem repercutir no valor da fiança, bem como na possibilidade de esta ser ou não passível de concessão pela autoridade policial. Assim, pode ocorrer que, aplicando-se a causa de aumento de pena ou o concurso de crimes, a pena ultrapasse 04 (quatro) anos, o que retira a atribuição do delegado de conceder a fiança. Por outro lado, aplicando-se a causa de diminuição de pena, esta poderá não ultrapassar 04 (quatro) anos, hipótese em que o delegado poderá arbitrar a fiança.

A situação acima mencionada está bem evidenciada nesse preciso exemplo de Tiago Lustosa (2012):

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o crime de estelionato simples (art. 171 do CPB): diante da pena máxima de 5 (cinco) anos, não será possível ao Delegado arbitrar fiança; mas se o mesmo delito ocorrer na forma tentada, reduzindo-se 1/3 (menor causa de diminuição prevista no art. 14, parágrafo único, do CPB), o teto penal ficará estabelecido em 3 (três) anos e quatro (quatro) meses, abaixo, portanto, do patamar permissivo para concessão da liberdade provisória com fiança.

O mesmo raciocínio deve ser feito em relação ao crime de furto. Em se tratando, por exemplo, de um furto qualificado (art. 155, § 4º do CPB), cuja pena chega a 08 (oito) anos, a autoridade policial não estará autorizada a conceder fiança, entretanto, é possível concedê-la no caso de furto simples ou privilegiado, cujas penas não ultrapassam 04 (quatro) anos.

4.2.1 Crimes apenados com detenção em que a autoridade policial não poderá conceder fiança

Como é do conhecimento geral, com a edição da Lei 12.403/2011, o art. 322, do Código de Processo Penal, que até então atribuía à autoridade policial competência para conceder e arbitrar fiança nos crimes apenados com detenção (independente da pena máxima), a partir da vigência da nova regra passou a atribuir ao delegado a possibilidade de conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos.

Entretanto, a título de exemplo, o artigo 7º, da Lei 8.137/90, que trata dos crimes contra as relações de consumo, prevê pena de detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, o que não permite a concessão de fiança por parte da autoridade policial, embora o crime seja apenado com detenção.

Outro exemplo disso é o crime de infanticídio (art. 123, do Código Penal), que prevê pena de detenção de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Em face do novo regramento, quem for preso por tais delitos deverá ser recolhido à prisão, até que se consiga a concessão de fiança pelo juiz.

O legislador, ao que parece, não atinou para esse detalhe e criou um contrassenso, pois, ao alargar a competência da autoridade policial para poder afiançar crimes apenados até com reclusão, deixou de fora crimes apenados com detenção, como os acima citados, até então afiançados pela autoridade policial.

4.3 Responsabilidade da autoridade policial frente à nova atribuição

Todo acréscimo de poder traz consigo também um acréscimo de responsabilidade, de sorte que a autoridade policial, diante desse novo poder, deve agir com o máximo de prudência e sobriedade.

A rigor, pode-se afirmar que em alguns casos, como o da concessão da liberdade mediante fiança, a autoridade policial tem

em suas mãos um poder maior do que o da própria autoridade judiciária. Isso se percebe claramente, por exemplo, no procedimento para concessão da liberdade, pois via de regra a autoridade judiciária é provocada e concede a soltura mediante pedido escrito e fundamentado do interessado. Por outro lado, a autoridade policial, diante do caso concreto, poderá conceder a liberdade mediante pagamento de fiança sem qualquer pedido do interessado e sem outras formalidades.

Por ser detentor de tal prerrogativa é que a autoridade policial, diante do caso concreto e lançando mão de sua consciência jurídica, deverá analisar com a devida responsabilidade os fatos que são postos à sua apreciação, tudo de acordo com o ordenamento jurídico pátrio e em consonância com os princípios previstos na Constituição Federal da República.

É notório o relevante aumento do valor da fiança frente aos antigos valores dispostos no Código de Processo Penal, entretanto, além de se levar em consideração a gravidade da infração penal, deve-se ponderar se o indiciado é incapaz de pagar tais valores, mesmo que fixados no mínimo, sendo que poderá reduzir ainda mais, atingindo a redução máxima de dois terços. A autoridade policial, portanto, deve estar sensível a tais situações, a fim de agir com justiça e dentro da matriz legal.

Assim, com a entrada em vigor da Lei 12.403/11 a autoridade policial adquiriu maior força jurídica, o que vai valorizar ainda mais a capacidade técnica e científica da polícia judiciária que atua na persecução penal.

Mas deve-se destacar que esse aumento do poder da autoridade policial no arbitramento da fiança não deve ser entendido apenas como uma prerrogativa, antes deve ser entendido como um dever, que tem por objetivo maior garantir o direito de liberdade àqueles que preenchem os requisitos, o que exige, portanto, uma maior responsabilidade na concessão.

Desse modo, se o delegado deixar de arbitrar fiança nos casos de sua competência, poderá responder por abuso de autoridade, nos termos do art. 4º, “e”, da Lei nº 4898/65, o qual dispõe que constitui abuso de autoridade levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei. Há ainda a possibilidade de responder civil e administrativamente por algum fato que venha a ocorrer com o preso, enquanto estiver encarcerado. Tal conduta poderá ensejar inclusive a impetração de *habeas corpus*, à luz do que dispõe o art. 648, inciso V, do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a teor do art. 335 do CPP, recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Assim, nessa situação é recomendável que a autoridade policial, tão logo autue alguém em flagrante, conferira-lhe a garantia do direito à liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, por se tratar de um direito constitucional do autuado.

Se a prisão ocorrer em um final de semana ou feriado, haja vista a dificuldade para obtenção dos documentos necessários à comprovação ao benefício e ao recolhimento da fiança por estarem os estabelecimentos bancários fechados, a autoridade policial deve estar ciente que o direito à liberdade se sobrepõe a meras questões burocráticas que podem até oferecer empecilhos à concessão do benefício, porém, não são plenamente justificáveis para sua negação. Assim, diligente, a autoridade policial poderá obter nos meios que lhe estão disponíveis através dos sistemas de consultas, via internet, as informações necessárias sobre a situação processual do indiciado. Já sobre o recolhimento da fiança, quando este não puder ser feito de imediato, será entregue ao escrivão que o fará logo que possível à instituição bancária, bastando que tudo conste no Termo de Fiança.

Se for através de advogado e, diante das impossibilidades em apresentar a documentação, este deverá assumir o compromisso de apresentá-la no menor espaço de tempo possível, o que não impede

a autoridade de realizar as consultas necessárias para resguardar sua decisão de arbitrar ou não a fiança, entendida como medida cautelar.

Desse modo, resta evidente que o aumento do poder da autoridade policial na concessão da fiança traz consigo o aumento de sua responsabilidade, devendo ela tomar todas as cautelas necessárias, seja na análise da infração penal praticada, no valor a ser arbitrado, ou mesmo no procedimento para o recolhimento e para a soltura do preso, de sorte que o não atendimento a tais cuidados poderá ensejar a responsabilização, civil, administrativa ou criminal do delegado.

5. Fiança antes e depois da Lei 12.403/2011

5.1 Fiança antes da Lei 12.403/2011

Em que pesem os conceitos de fiança estabelecidos acima, impende destacar que o Código de Processo Penal não trouxe o conceito desse instituto, nem mesmo após a reforma do tema através da Lei 12.403/2011, daí porque recorreremos ao Direito Civil e à opinião dos autores para conceituá-lo. Sequer existe capítulo na lei abordando especificamente o assunto, estando inserida no capítulo que trata da liberdade provisória, ou mesmo como uma modalidade de medida cautelar, esta última acrescida pela Lei 12.403/2011.

O que a lei fazia e faz, na verdade, é relacionar os crimes ditos inafiançáveis ou os casos em que se veda a fiança. A legislação anterior trazia o rol de crimes inafiançáveis nos arts. 323 e 324, do Código de Processo Penal. Senão vejamos:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;

V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;

II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;

III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Como se verifica, o art. 323, na sua redação anterior, relacionava a ideia de crime inafiançável, primordialmente, à quantidade de pena prevista em abstrato para os crimes, sendo inafiançáveis os crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada fosse superior a 2 (dois) anos. Desse modo, se o crime fosse apenado com detenção seria afiançável, já que não há crime apenado com detenção de pena mínima maior que (02) dois anos.

O Código, na sua redação anterior, também relacionava como inafiançáveis as contravenções de vadiagem (art. 59) e mendicância (art. 60), esta última já revogada pela Lei nº 11.983/2009); os crimes praticados por reincidentes; os crimes que provocam clamor público ou cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa.

A lei ainda vedava a fiança a quem, no mesmo processo, quebrava fiança anteriormente concedida; em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou

militar; ao que estivesse no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança; quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Como se verá adiante, embora a redação atual tenha mantido algumas situações acerca da afiançabilidade ou não, a nova sistemática abandonou a sua característica principal, ou seja, a relação de inafiançabilidade com a quantidade de pena, além de ter revogado algumas das situações acima relacionadas.

É importante destacar, afora as disposições do Código, que a própria Constituição, em seu art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, relacionou os crimes inafiançáveis. Senão vejamos:

Art. 5º.

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

A legislação atual do Código de Processo Penal incorporou em seu texto a norma constitucional, o que será discutido adiante.

Com relação ao valor, a fiança era estabelecida também com base na quantidade de pena, conforme dispunha o art. 325, do Código:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

a) de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa da liberdade, até 2 (dois) anos;

- b) de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa da liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos;
- c) de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos.

Essa sistemática de se estabelecer o valor da fiança com a quantidade de pena, conforme se verá, não foi abandonada pela atual legislação, entretanto, houve um aumento substancial no valor das fianças, sendo mantidas situações como aumento e redução no valor.

Mas o art. 326, cuja redação foi mantida com a reforma, estabelece outros critérios para determinar o valor da fiança. Senão vejamos:

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida progressiva do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

A redação anterior do Código dispunha, em seu art. Art. 335, que recusando ou demorando a autoridade policial em conceder da fiança, o preso, ou alguém por ele indicado, poderia prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidiria, depois de ouvida aquela autoridade. Essa disposição foi mantida, excluindo a atual redação apenas a necessidade de prévia oitiva da autoridade policial, podendo agora o juiz decidir em 48 (quarenta e oito) horas.

Com relação ao destino da fiança, o art. 336 estabelecia que “o dinheiro ou objetos dados como fiança ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado”. Tal disposição foi mantida na redação atual, acrescentando-se apenas que o valor dado em fiança também poderá ser utilizado para pagamento da prestação pecuniária

O art. 337, cuja redação foi mantida após a reforma, tratava da restituição do valor dado em fiança, quando esta fosse considerada sem efeito, passada em julgado da sentença que houvesse absolvido o réu ou declarada extinta a ação penal.

Desde a redação anterior alguns institutos relacionados à fiança já traziam algumas dificuldades de entendimento, as quais continuam existindo mesmo após a reforma. Tais institutos são: cassação da fiança; inidoneidade da fiança; reforço da fiança; quebra da fiança e perda da fiança.

A fiança seria cassada, em qualquer fase do processo, caso se reconhecesse não ser ela cabível na espécie ou quando reconhecida a existência de delito inafiançável em virtude de inovação na classificação da infração (Arts. 238 e 239, CPP).

Dizia-se inidônea quando a autoridade tomasse, por engano, fiança insuficiente ou quando houvesse depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas. Nesses casos, era exigido reforço de fiança (art. 340, do CPP).

Três eram as possibilidades de exigência de reforço da fiança:

- 1) quando tomada a menor por equívoco;
- 2) quando ocorresse a depreciação material ou perecimento de bens hipotecados ou caucionados, bem como dos metais ou pedras preciosas; ou
- 3) quando fosse inovada a classificação do delito com alteração da pena e, por consequência, no quantitativo da fiança.

Não sendo reforçada a fiança, seria julgada sem efeito e expedido o respectivo mandado de prisão (artigo 340, parágrafo único, CPP).

Por sua vez, quebra da fiança, que consiste na perda da metade do valor, de acordo com a redação anterior do art. 341, ocorria quando o réu deixasse de comparecer a ato processual e quando praticasse outra infração penal. Eis o que dizia o dispositivo: “Julgar-

se-á quebrada a fiança quando o réu, legalmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem provar, incontinenti, motivo justo, ou quando, na vigência da fiança, praticar outra infração penal”.

Por fim, nos termos da redação anterior do art. 344, entendia-se como perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o réu não se apresentasse à prisão.

Tais institutos foram mantidos após a reforma processual, entretanto, houve algumas mudanças, como se verá adiante, em especial quanto à ampliação das situações em que ocorre quebra de fiança.

No tocante à competência ou atribuição para conceder fiança, esta poderia ser concedida pela autoridade policial ou pela autoridade judiciária, como dispunha o art. 322:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

De acordo com a nova redação do dispositivo, não houve mudança na legitimidade para concessão de fiança, entretanto, houve uma ampliação no poder da autoridade policial, conforme se verá adiante, pois agora poderá conceder fiança inclusive em crimes apenados com reclusão.

5.2 Fiança depois da Lei 12.403/2011

A Lei 12.403, vigente a partir de 4 de julho de 2011, que compreende parte do projeto de reforma global do Código de Processo Penal, deu nova disciplina ao instituto da fiança, cujas alterações relevantes serão tratadas a partir de agora.

Inicialmente, cumpre destacar que a sistemática atual abandonou a ideia de crime afiançável ou inafiançável relacionado à quantidade de pena. Não se faz mais essa relação, entretanto, a lei manteve um rol de crimes inafiançáveis, ampliando-o e incluindo aqueles crimes que já eram considerados inafiançáveis pelo dispositivo constitucional acima mencionado. Eis como ficaram agora os dispositivos:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e droga afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)

Não estando mais a fiança vinculada ao quantitativo de pena, afora as hipóteses previstas no art. 323, do CPP e no art. 5º, inciso XLIV, da Carta Magna, pode-se afirmar que qualquer outro crime poderá ser considerado afiançável, já que não há mais uma vinculação ao *quantum* da pena. Nesse sentido é o posicionamento de Nestor Távora e Rosmar Antonni (2012, p. 626): “em tese, todo crime passou a ser afiançável, ressalvadas as hipóteses de vedação expressa (proibição constitucional e/ou legal) e de óbice a seu deferimento por falta de requisito objetivo (impedimento)”.

Para se ter uma ideia disso, cita-se o procedimento dos crimes funcionais previsto nos arts. 513 a 518, do Código de Processo Penal, que somente é aplicado para os crimes funcionais afiançáveis. O diferencial desse procedimento é a possibilidade de defesa preliminar

antes do recebimento da denúncia, mas apenas para os crimes afiançáveis.

Como já mencionado, antes da Lei nº 12.403/2011 eram afiançáveis os crimes cuja pena mínima era igual ou inferior a 02 (dois) anos, de sorte que alguns crimes funcionais eram inafiançáveis, não admitindo, portanto, a defesa preliminar. Após a citada lei todos os crimes funcionais passaram a ser, *in tese*, afiançáveis, pois não há mais um limite de pena para determinar se o crime é ou não afiançável.

Deve-se ainda destacar que a lei deixou de vedar fiança ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, como estabelecia a redação anterior do inciso III, do art. 324, ou seja, hoje a fiança pode ser concedida a quem esteja em gozo de um dos citados benefícios.

Além disso, a legislação atual acresceu à fiança outra natureza jurídica, incluindo-a como uma das medidas cautelares, como estabelece o inciso do art. 319, do Código de Processo Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

[...]

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.

Em que pese essa nova roupagem e considerando a forma como o legislador dispôs o instituto, a fiança ganha contornos, na verdade, de uma forma de suspensão de cautelar processual penal, não de uma cautelar em si.

No que diz respeito ao valor da fiança, como já mencionado no tópico anterior, houve um aumento bastante considerável, entretanto, também continuam relacionados à quantidade de pena como no regramento anterior. Os valores atuais estão estabelecidos no art. 325, da Lei, em sua nova redação.

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

Sobre esses novos parâmetros pontuam Nestor Távora e Rosmar Antonni (2012, p. 628):

O critério do cálculo do valor passou a ser o salário mínimo nacional. Coerente o legislador ao estabelecer esse parâmetro, que confere segurança jurídica à imposição da medida cautelar pecuniária, sem riscos das oscilações próprias das legislações de índices de correção.

Como se vê, são valores bastante expressivos, considerando aqueles praticados antes da reforma. Destaque-se que a fiança ainda pode ser aumentada em até 1.000 (mil) vezes, se assim recomendar a situação econômica do preso, como estabelece o inciso III, do § 1º do mencionado artigo.

Outrossim, a lei continua prevendo a hipótese de redução do valor da fiança, se assim também recomendar a situação do preso, nos termos do inciso II, do § 1º do supracitado artigo.

Mas o que mais chama atenção, neste aspecto, é que a lei agora estabelece a possibilidade de isenção do pagamento da fiança, desde que também recomende a situação econômica do preso (inciso I, § 1º, art. 325), o que não previa a redação anterior do dispositivo, que no máximo reduzia o valor. Trata-se, portanto, de uma grande e importante inovação.

Como mencionado alhures, a lei na sua nova redação manteve os institutos da cassação da fiança; inidoneidade da fiança; reforço da fiança; quebra da fiança e perda da fiança. Em relação a tais institutos, o que sem dúvida sofreu alteração significativa foi o da quebra da

fiança, que antes ocorria quando o réu deixasse de comparecer a ato processual e quando praticasse outra infração penal. Tal instituto foi alterado em alguns pontos e ampliado, acrescentando-se novas hipóteses de quebra. Senão vejamos:

- Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:
- I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
 - II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
 - III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
 - IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;
 - V - praticar nova infração penal dolosa.

Como se observa, novas hipóteses de quebra da fiança foram criadas, especificamente as estabelecidas nos incisos II, III e IV do artigo acima transcrito.

Importante destacar que atualmente a consequência da quebra da fiança não consiste apenas na perda da metade do valor, podendo agora a autoridade optar também pela imposição de outras medidas cautelares ou até mesmo decretar a prisão preventiva. É o que agora dispõe o art. 343, do Código de Processo Penal: “o quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva”.

Houve também alteração no instituto da perda da fiança, o qual se dava quando o réu, condenado, não se apresentasse à prisão. Atualmente, nos termos do art. 344, do Código de Processo Penal, ocorre a perda do valor da fiança quando o acusado não se apresenta para o início da do cumprimento da pena. Aqui o que houve, na verdade, foi um aperfeiçoamento na redação do dispositivo, que agora até bem mais inteligível.

Cumprir destacar que a fiança há muito vinha perdendo força e espaço e para muitos era considerada inútil, uma vez que o preso,

fazendo jus à liberdade, seria posto em liberdade de qualquer forma, com ou sem fiança. Assim, era preferível ingressar com pedido de liberdade sem o recolhimento de fiança.

Com a nova lei (Lei 12.403/11) a fiança recuperou sua força, sendo revitalizada, podendo inclusive substituir a prisão preventiva ou outras cautelares caso seja constatada sua necessidade para preservar a ordem do processo e garantir a participação do réu nos atos de instrução. Passa a ser possível, em tese, a determinação do pagamento de fiança em qualquer delito, medida que valoriza o instituto, fazendo com que recupere o prestígio de instrumento cautelar processual apropriado.

Assim, se bem aplicada, nos casos previstos em lei, a fiança pode cumprir um papel tão ou mais relevante que outras medidas cautelares, como a própria prisão, desde que observados os princípios da razoabilidade e adequação, pois se transformou em um importante instrumento processual e certamente será bem mais utilizado.

6. Considerações finais

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o presente trabalho demonstrou o seguinte:

A nova lei provocou um maior interesse das pessoas no assunto fiança, na medida em que lhe deu mais importância e visibilidade, ou seja, o assunto passou a interessar mais às pessoas e, conseqüentemente, se tornou mais conhecido.

Apesar de a lei ter despertado maior interesse no assunto, não apresentou o conceito desse instituto, razão pela qual se recorreu ao Direito Civil e à opinião dos autores para se estabelecer um conceito de fiança.

A sistemática atual abandonou a ideia de crime afiançável ou inafiançável relacionado à quantidade de pena, fazendo-se presumir, afora os casos que expressamente são inafiançáveis, que qualquer

outro crime pode ser afiançável, independentemente do *quantum* de pena. Houve aumento considerável no valor da fiança, cabendo, por outro lado, redução no valor ou mesmo isenção, a depender da situação financeira do preso.

Com a criação das medidas cautelares a fiança passou a ter também essa natureza, podendo ser aplicada como alternativa à prisão.

Apesar de a lei ter mantido conceitos como cassação, inidoneidade da fiança, reforço, perda e quebra da fiança, em relação a este último houve uma alteração significativa, na medida em que teve seu rol ampliado.

Dentre as mudanças ocorridas uma das alterações que mais repercutiu foi a ampliação do poder da autoridade policial na concessão da fiança, na medida em que antes da reforma o delegado somente poderia concedê-la nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, mas agora pode o delegado conceder fiança nos casos de infrações punidas com pena não superior a 4 (quatro) anos. Entretanto, esse aumento do poder da autoridade policial na concessão da fiança trouxe também como consequência o aumento de sua responsabilidade.

Assim, tem-se que o presente trabalho atingiu seu objetivo, na medida em que apontou as alterações promovidas pela Lei nº 12.403/2011 e abordou os pontos controvertidos em relação à fiança, estabelecendo ainda as comparações do instituto antes e depois da citada norma.

Portanto, é inegável o avanço trazido pela lei em comento, que além colocar a fiança em evidência, acabou por revitalizá-la, tornando-a um instituto mais conhecido e, certamente, com maior aplicabilidade.

Referências

- ACOSTA, Walter. **O processo penal**. 19. ed. Porto Alegre: Ed. Do Autor, 1989.
- ARAÚJO, Tiago Lustosa Luna de. **Roteiro da fiança concedida pelo delegado de polícia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3105, 1 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20746>>. Acesso em: 23 out. 2012.
- AVENA, Norberto. **Processo penal**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. 4. Campinas: Bookseller, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, William Matheus Fogaça de. **Fiança: a perda de aplicabilidade no ordenamento pátrio**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2606, 20 ago. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17222>>. Acesso em: 24 out. 2012.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira; BAZ, Marco Antônio Garcia. **Fiança criminal e liberdade provisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer

Flávia Souza Rodrigues¹

RESUMO

O presente artigo destina-se, num primeiro momento, a estudar o conceito e a terminologia dos termos Interpretação e Hermenêutica, depois, discorre-se sobre a hermenêutica tradicional e contemporânea, apresentando os novos paradigmas do universo jurídico no campo hermenêutico, trazidos pelas contribuições de vários estudiosos e mais particularmente do filósofo Hans-Georg Gadamer, que inaugura a hermenêutica filosófica e explicita o caráter produtivo das decisões judiciais, cujas repercussões alcançam o papel do juiz neste novo paradigma.

Palavras-chave: interpretação; hermenêutica filosófica de Gadamer; caráter produtivo das decisões judiciais.

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Fadisp).

1. Introdução

O sábado foi feito por causa do homem e não o homem por causa do sábado." (Mc 2:27) É lícito no sábado fazer bem ou mal? salvar a vida ou matar? E eles calaram." (Mc 3:4).²

Pelas passagens bíblicas acima, vemos que os fariseus faziam uma interpretação literal das leis de Moisés, que mandavam guardar os sábados para a santificação e, dessa forma, esperavam acusar Jesus por esta infringência. No entanto, o messias fez uma interpretação daquele preceito, revelando que a finalidade da lei era servir ao homem e não o contrário, portanto era lícito fazer o bem, salvar e praticar o amor.

Desde a aurora da civilização, a interpretação faz parte do nosso cotidiano e é na seara do direito que ela se faz mais necessária. Os operadores jurídicos são graduados para se utilizar desta ferramenta a fim de trazer à luz uma resposta adequada aos interesses colocados em juízo. Portanto, torna-se imperioso um estudo mais aprofundado deste instrumento.

O presente trabalho destina-se, num primeiro momento, a estudar o conceito e a terminologia dos termos Interpretação e Hermenêutica e a distinção entre ambos; a evolução histórica do uso da interpretação; as principais escolas hermenêuticas, teorias e métodos, e os novos paradigmas do universo jurídico no campo hermenêutico, trazidos pelas contribuições de vários estudiosos e mais particularmente do filósofo Hans-Georg Gadamer, que inaugura a hermenêutica filosófica e explicita o caráter produtivo das decisões judiciais, cujas repercussões alcançam o papel do juiz neste novo paradigma, e, por fim a nova interpretação constitucional.

A partir destas premissas, pretende-se extrair respostas às questões sobre a sustentação do brocardo *in claris cessat interpretatio* e da hermenêutica metodológica para se alcançar a(s) resposta(s) correta(s), diante de uma sociedade complexa que reclama novas posturas dos operadores jurídicos.

Pretende-se, ainda, apurar se esta nova hermenêutica (filosófica-teoria da compreensão) é capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto e dar conta do mundo prático, sem cair em decisionismos e arbitrariedades, ou se é apenas mais um modo de colocar “capas de sentido” aos textos jurídicos.

2. Etimologia dos termos interpretação e hermenêutica

O termo hermenêutica significa primariamente expressão (de um pensamento), daí explicação e, sobretudo, interpretação do mesmo³. E o sentido do vocábulo deve-se, em parte, do uso da hermenêutica para designar a arte ou a ciência da interpretação das Sagradas Escrituras⁴. Inicialmente relacionadas aos oráculos, a hermenêutica mantém sua estrita ligação com a interpretação de textos religiosos ao se relacionar pela teologia medieval e a Reforma, até a teologia moderna.

A etimologia da palavra “hermenêutica” remete ao grego *hermeneuein*, “interpretar”, ou *hermeneia*, “interpretação”. A palavra também é associada a Hermes, o deus grego mensageiro, que tendo por função traduzir as mensagens divinas para os seres humanos, realizava a típica tarefa hermenêutica. Os gregos lhe atribuíram a descoberta da linguagem e da escrita.

Sobre essa mitologia grega, o jurista LENIO STRECK⁵ satiriza dizendo que na verdade nunca se soube o que os Deuses disseram; soube-se apenas o que Hermes disse que os deuses disseram!. O citado jurista observa que Hermes continua presente hoje e é preciso controlá-lo, senão se torna dono dos sentidos e pode manipular a tradução da verdade. Feita essa premissa é possível desmistificar, por

³ MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia (tradução Roberto Leal Ferreira, Álvaro Cabral). – 4a ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 331.

⁴ Aplicadas às Escrituras, a hermenêutica foi desenvolvida já no século XVI pelo luterano Mathias Flacius Illyricus (*Clavia scripturae sacrae*, 1567). Mora, José Ferrater, op. cit, p. 331.

⁵ www.leniostreck.com.br: vídeo “Aula Magna- Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”.

exemplo, a questão da vontade do legislador, que em muitas vezes é melhor nem descobrirmos, ou a questão da vontade da norma e até a própria interpretação.

A palavra “intérprete” tem origem latina *interpres*, que designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, atributo dos *interpres*, de que deriva a palavra *interpretar*, no sentido próprio de traduzir o significado específico, de desentranhar a própria alma das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência⁶.

3. Noções gerais

3.1. Distinção entre interpretação e hermenêutica

Interpretação e hermenêutica são expressões de significado diferente, muito embora isso não seja consenso entre os estudiosos da matéria, mas a grande maioria dos doutrinadores segue o clássico pensamento de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos⁷, que define interpretação como a determinação do sentido e alcance das expressões de direito e hermenêutica como ciência responsável pelo estudo e sistematização dos processos utilizados pela interpretação. Afirma que interpretação é a aplicação da hermenêutica, ou seja, a hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação. Para ele a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

Assim, a interpretação tem caráter concreto, seguindo uma via preestabelecida, em caráter abstrato, pela hermenêutica. Pode-se dizer que a interpretação somente se dá em confronto com o caso

⁶ COELHO, Luis Fernando, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 182.

⁷ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro-RJ, Forense, 1997, p. 135.

concreto a ser analisado e decidido pelo judiciário. A hermenêutica, ao contrário, é totalmente abstrata, isto é, não tem em mira qualquer caso a resolver.

3.2. A hermenêutica tradicional e a hermenêutica contemporânea: o surgimento de um novo paradigma hermenêutico

O operador jurídico na hermenêutica tradicional utiliza-se de métodos de interpretação para desempenhar a sua função enquanto intérprete e aplicar da lei. É por meio desses métodos que o jurista visualiza a essência da norma jurídica, possibilitando, conforme alguns autores, uma maior segurança jurídica.

A partir da tarefa precípua do intérprete de superar a vagueza, a incoerência e a iniquidade, a doutrina jurídica organizou e classificou diretrizes e formas distintas de interpretação, embora entrelaçadas e, muitas vezes, complementares. Apesar de certa variação decorrente do enfoque específico do autor, a classificação segue padrão geral e pode ser dividida a partir de três critérios básicos: fontes, meios e resultado. A interpretação classificada quanto às fontes responde à pergunta “quem interpreta?”. Essa pode ser: a) autêntica; b) doutrinária e c) judicial. A interpretação classificada quanto aos meios responde à pergunta “como interpreta?”, podendo ser: a) gramatical; b) lógica; c) sistemática; d) histórica e e) teleológica. A interpretação classificada quanto aos resultados responde à pergunta “qual o resultado?” – Pode ser: a) declarativa; b) extensiva e c) restritiva.”⁸

Os métodos tradicionais de interpretação são tidos, no entender de Luis Alberto Warat⁹, “como técnicas rigorosas que permitem alcançar o conhecimento científico do Direito Positivo”. Estão

⁸ FRIEDE, Reis: *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*, 7ª ed. RJ: Forense Universitária, 2006, p. 167: gráfico extremamente didático apresentando as referidas formas de interpretação. Consulte-o.

⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral do direito III*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 65.

divididos em: gramatical, sistemático, histórico, lógico e teleológico. Ainda conforme Warat, cada método de interpretação possui relação com as distintas escolas que formaram o pensamento jurídico: Escola da Exegese, Escola Histórica, Escola do Direito Livre e Escola da Livre Investigação Científica.

O que se pretende por meio dos métodos de interpretação tradicional, então, é a objetividade dos resultados, impedindo formas valorativas, garantindo, desta forma, a reprodução da ordem jurídica dominante.

Ocorre que todas as vezes que o operador jurídico busca, por meio dos métodos interpretativos tradicionais, a essência da norma, ele está a reproduzir o sentido atribuído pelo legislador de maneira a desvendar as suas várias possibilidades de aplicação. Dessa forma a hermenêutica tradicional, ao enfatizar a segurança jurídica como valor predominante do Direito, procura colocar o intérprete em uma posição de menor importância dentro do sistema jurídico à medida que lhe atribui uma função meramente reprodutora ou mecânica¹⁰.

Às críticas à hermenêutica jurídica tradicional possuem como eixo central a impossibilidade de se pretender um trabalho neutro e passivo por parte do intérprete.

Sob esse aspecto, no entender de Streck,

O jurista, inserido em um *habitus dogmaticus*, não se dá conta das contradições do sistema jurídico. As contradições do Direito e da dogmática jurídica que o instrumentaliza não “aparecem” aos olhos do jurista, uma vez que há um processo de justificação/fundamentação da “coerência” do seu próprio discurso (1999, p. 56).

Nesta perspectiva, observa-se que a hermenêutica jurídica tradicional faz com que os operadores jurídicos permaneçam mergulhados em um “sentido comum teórico”, limitados à tradição, impossibilitando a construção de uma hermenêutica aplicada à função social que o Direito deve desempenhar.

¹⁰ Hermenêutica e argumentação: Em busca da realização do Direito/ Org. Fabiana Lopes SapareMBERGER – Ijuí: Ed. Unijuí; Caxias do Sul, 2003. Artigo publicado por Ana Paula Bagetti Zeifert intitulado “Da Hermenêutica à nova Hermenêutica: o papel do operador jurídico”.

Para Kelsen¹¹, a norma a ser executada, forma apenas uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, e a escolha de uma das alternativas para o caso concreto, é uma função de vontade, é uma escolha política, pois no seu entender:

“ Uma vez que pela aplicação da lei na necessária verificação da moldura, dentro da qual o estabelecido deve estar contido, não há uma atividade cognitiva, um conhecimento do direito positivo, mas sim de outras normas que podem desembocar aqui, no processo de produção jurídica; normas de moral, de justiça, de juízos sociais de valor ”.

A postura da hermenêutica jurídica tradicional de encarar os textos normativos como dotados de sentido próprio, esteja ele na “intenção do legislador” ou na “vontade da lei”, é própria do pensamento liberal fruto da metafísica essencialista. É esta postura diante dos textos normativos que se tenta combater por meio de uma visão hermenêutico-filosófica. Com a visão do humano como ser histórico, inserido num mundo lingüístico e dotado de uma pré-compreensão, torna-se impossível pensar em conhecimento “objetivo” ou “neutro” em contraposição a “subjetivo”. Daí que o intérprete jamais estará livre de seus pré-conceitos e, portanto, qualquer interpretação será sempre circunstancial e nunca “objetiva”.

Essa tentativa metafísica de se buscar um “sentido em si” no texto normativo desconsidera o caráter humano da interpretação e, conforme se verá ao longo do trabalho, é objeto de crítica das concepções hermenêutico-filosóficas que postulam uma visão do conhecimento como atividade lingüística, voltada não para um ser em si, mas para os problemas e necessidades históricas do ser humano.

Portanto, a filosofia hermenêutica vem trazer um paradigma diferente daquele vigorante ainda hoje no nosso país quanto à interpretação jurídica, qual seja, aquele segundo o qual ao intérprete

¹¹Kelsen, Hans, Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 119.

não cabe encontrar “a única interpretação correta” diante de um caso concreto, mas sim a que, diante das circunstâncias, será considerada pelo intérprete como a mais adequada para aquela situação histórica. Assim é que os textos normativos não contêm “em si” o sentido correto para sua aplicação. Esse sentido será dado pelo homem no ato interpretativo, o que demonstra que esses textos são indeterminados.

Com a nova hermenêutica, a interpretação deixa de ser vista sob a perspectiva normativo-metodológica, mas como algo inerente à totalidade da experiência humana, vinculado à sua condição de possibilidade finita, sendo uma tarefa criadora, circular, que ocorre no âmbito da linguagem.

Abandonando a interpretação de cunho tradicional, que trabalha na perspectiva de que o processo interpretativo possibilita que se alcance a “interpretação correta”, o sentido exato da norma”, “o verdadeiro significado da palavra” e etc. , a hermenêutica contemporânea, assentada principalmente nos trabalhos de Martin Heidegger (Ser e Tempo) e de Hans Georg Gadamer (Verdade e Método), direciona-se para a compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso às coisas.

4. A contribuição de Hans-Georg Gadamer

Nesta linha de abandono da hermenêutica de cunho tradicional, situa-se Hans-Georg Gadamer que, na sua obra “Verdade e Método”, contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento da nova hermenêutica, a qual, nas palavras de Antonio Osuna Fernández-Largo¹²:

“(…) describirá el comprender como “el carácter óntico original de la vida humana misma,” o, lo que es lo mismo, “la forma originaria de realización del estar ahí.” La comprensión engloba toda la experiencia y autoconciencia que es capaz de asumir el existente

¹² FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid, Universidad de Valladolid, 1991, pág. 42.

humano, derivadamente de su apertura al mundo y enraizada en su condición de “posibilidad” finita.”

A interpretação, para Gadamer, “começa sempre com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados. Justamente todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar.”¹³

No entanto, aduz Gadamer, “face a qualquer texto, nossa tarefa é não introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos linguísticos”¹⁴, mas “o que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto”.¹⁵

Entra em jogo aqui a noção de alteridade do texto exposta por Gadamer, pois “quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes.”¹⁶

O intérprete deve deixar que o texto lhe diga algo por si: não pode impor-lhe sua pré-compreensão, mas confrontá-la criticamente com as possibilidades nela contidas.

A compreensão, para Gadamer, ocorre a partir de nossos preconceitos (ou pré-juízos), que são muito mais do que meros juízos individuais, mas a realidade histórica do nosso ser.

Tais preconceitos, que estruturam a compreensão, não são arbitrários. Diz Gadamer:

“A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são

¹³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Petrópolis, Vozes, 1997, p. 42.

¹⁴ Id. Ibid, p. 404.

¹⁵ Id. Ibid, p. 403.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg, ob. cit. Pág. 405

arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.”¹⁷

Sobre esse aspecto, Gadamer já alerta para os riscos da pré-compreensão, de modo que o aplicador do direito deve sempre se policiar de seus preconceitos – mormente em uma época de profunda influência do meio de comunicação - para conceber a situação que lhe é posta com a maior profundidade cognitiva e assim produzir a conclusão jurídica.

Põe-se em relevo aqui a noção gadameriana de tradição, pois, como esclarece Manfredo Araújo de Oliveira:

Compreendemos e buscamos verdade a partir das nossas expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob nosso poder nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível.¹⁸

O círculo hermenêutico, ensina Gadamer, “não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete”¹⁹. A relação do intérprete com a tradição é instaurada por ele mesmo enquanto compreende, enquanto participa do acontecer da tradição, que é continuamente determinada a partir dele próprio. Daí por que Gadamer entende o círculo hermenêutico não no sentido tradicional, sob uma perspectiva metodológica, mas como algo que descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg, ob. cit., pág. 403

¹⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta Linguístico-Pragmática. SP, Loyola, 1996, pág. 228.

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg, ob. cit. pág. 439.

Note-se, pois, a importância que Gadamer atribui à tradição, entendida como o objeto de nossa pré-compreensão. Como esclarece Lenio Luiz Streck²⁰:

“(…) O legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel é central/primordial na teoria gadameriana. A linguagem não é somente um meio a mais dentre outros, diz ele, senão que guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão; (...) a linguagem não é um mero fato, e, sim, princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica. Por evidente, destarte, que a tradição terá uma dimensão linguística. (...) A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir com a experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos se integram em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que vai transformando a sua compreensão.”

Para Gadamer, toda experiência hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, a pré-compreensão, que constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete despreender-se do círculo da compreensão.

Por último, o que deve ser ressaltado na hermenêutica gadameriana é que não há diferença entre a interpretação e a compreensão, pois compreender é sempre interpretar. Aliás, Gadamer entende como processo hermenêutico unitário a compreensão, a interpretação e a aplicação, inclusive,²¹ o trabalho do intérprete

²⁰ STRECK, Lenio Luiz, ob. cit., pág. 192.

²¹ GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 460

se dá a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Compreender uma tradição implica projetar um horizonte histórico que vai originar um novo horizonte presente. Um texto histórico somente é interpretável a partir da historicidade do intérprete.

À realização dessa fusão de horizontes Gadamer denomina “tarefa da consciência da história efetual”²², que é, em primeiro lugar, a consciência de uma situação hermenêutica, isto é, de uma situação em que nos encontramos em face da tradição que queremos compreender.

A fusão de horizontes se dá, pois, pela interpretação. O ato de interpretar implica a produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que lhe fora dada pelo intérprete dentro de uma concepção dialógica. Essa adição de sentido decorre da consciência da história efetual do intérprete. Daí por que a hermenêutica deve atentar para o aspecto construtivista da história, não podendo, quando se deparar com um texto, ficar limitada à intenção do autor ou o primeiro significado, mas considerar sobretudo o influxo operado no decurso da história.

5. O papel do juiz segundo a hermenêutica de Gadamer

Levando-se em conta a mudança de paradigma ocorrida com a superação da metafísica (na metafísica clássica o sentido estava nas coisas e na moderna, na mente, na consciência) a partir da filosofia hermenêutica²³, suas implicações na análise do direito são essenciais à compreensão de como se dá a interpretação jurídica e de como o sujeito interpretante decide.

²² Id. *Ibid*, p.. 451

²³ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 186.

A decisão do juiz tendo em vista a noção de circularidade da compreensão é uma interpretação da linguagem dos fatos e dos textos normativos que se lhe apresentam num determinado contexto social e político. Este ato de interpretação é, destarte, um ato criativo, tendo em vista que o juiz, como sujeito cognoscente, não está buscando um sentido preexistente à sua interpretação, mas, ao contrário, ele, com o ato interpretativo, confere um sentido ao texto e aos fatos, diante da situação fática que se lhe apresenta, casuística e irrepetível ²⁴. A filosofia hermenêutica fornece as bases para o entendimento de que a influência política ou de qualquer outra esfera social na dogmática jurídica não pode ser simplesmente eliminada, já que, como visto, a circularidade hermenêutica não é normativa, nem pode ser considerada como uma imperfeição, mas sim como condição mesma de possibilidade para a compreensão. ²⁵

Daí não caber falar em decisão jurídica como ato de vontade ou ato de conhecimento. ²⁶ Nesse sentido a questão de que a textura aberta dos textos normativos proporcionaria uma arbitrariedade na decisão é superada diante da constatação hermenêutica de que toda interpretação tem algo de criativo, sendo atividade não-reprodutiva, sempre relativa ao sujeito interpretante, a sua história e suas necessidades e experiências. ²⁷

O sentido do texto será dado por um ato interpretativo tomado não de forma neutra ou objetiva, mas sim de forma condicionada, como toda compreensão. Destarte, “quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado”. ²⁸ Trata-se de um projetar no qual o sentido se manifesta para o Ser-aí. Esse projetar é baseado nos pré-conceitos, encontrados no contexto histórico no qual o intérprete vive e com os quais se tem de lidar no ato de interpretação.

²⁴ ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 279.

²⁵ HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte I. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000, p. 210.

²⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392 e ss.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 38.

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 354.

Desta forma, resta bastante claro que o juiz cria direito diante do caso concreto, chegando-se a haver, no direito brasileiro, hipóteses em que o juiz cria normas gerais diante de casos particulares, como é exemplo o poder normativo da Justiça do Trabalho ao dirimir dissídios coletivos, bem como na hipótese de ação civil pública na qual a decisão do juiz vale erga *omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.²⁹

A noção de decisão criativa acirra as discussões sobre a influência política e de outras esferas na decisão judicial.

É preciso pensar um Estado-Juiz inserido nas reais preocupações sociais e agindo para sua consecução, exercendo as escolhas que lhes foram outorgadas pela legislação ou mesmo pelo sistema jurídico. O Juiz deve exercer a atividade concretizadora-criadora do direito com vistas ao contexto sobre o qual atua. Não se trata do juiz “justiceiro”, mas sim daquele agente que, percebendo as prioridades e objetivos constitucionais, consegue fazer as opções decisórias que mais atendam aos fins almejados pela Constituição. É preciso concretizar o art. 3º da Carta Magna.³⁰

O Superior Tribunal de Justiça tem posição orientada à politização do Juiz ao reconhecer, por inúmeras vezes, a possibilidade de intervenção judicial sobre políticas públicas para o fim de concretizar os objetivos constitucionais. Neste sentido, o julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 485969 / SP.³¹

Essa atuação politizada, por sua vez, encontra limites na própria fundamentação da decisão que deverá instrumentalizar

²⁹ ADEODATO, João Maurício., op. cit., p. 258.

³⁰ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I-construir uma sociedade livre, justa e solidária; II-garantir o desenvolvimento nacional; III-erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV-promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

³¹ “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.” (AgReg no RE nº 410715/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 03/02/2006).

a vocação constitucional, adotando fundamentação clara e que permita a efetiva participação dos agentes envolvidos. Somente uma decisão que leve em conta as diversas matizes democráticas do problema e que pondere a solução que melhor atenda aos objetivos constitucionais pode ser considerada aceita para o sistema.

Por fim, conclui-se que o Poder Judiciário não pode desconsiderar a repercussão social e política de suas decisões. Deve ocorrer uma maior aproximação entre as decisões prolatadas pelos magistrados e o Estado Social, através da superação de barreiras impostas pela hermenêutica tradicional.

6. Considerações finais

Em desfecho deste estudo, que discorreu sob diferentes cenários do universo hermenêutico, sempre tendo em conta o novo paradigma hermenêutico, é preciso reconhecer a insuficiência da hermenêutica tradicional de concepções positivistas para lidar o direito como ferramenta, como prática social, como dimensão da política, cuja postura de encarar os textos normativos como dotados de sentido próprio, esteja ele na “intenção do legislador” ou na “vontade da lei”, é própria do pensamento metafísico e é assentada no paradigma objetivante da filosofia da consciência, que desconsidera o caráter humano da interpretação, atribuindo ao juiz função meramente reprodutora e mecânica.

Reconhece-se, também, a superação do brocado *in claris cessat interpretati*, porque o próprio conceito de clareza só é demonstrado mediante um processo interpretativo que o defina dessa forma.

Hans-Georg Gadamer inaugura um novo paradigma, em que a hermenêutica não é um simples método das ciências do espírito, mas um modo de compreendê-las através da interpretação dentro da tradição. Essa visão hermenêutico-filosófica da interpretação/decisão do direito explicita o caráter produtivo das decisões judiciais,

desafiando o mito da neutralidade do decisor, e contrariando o paradigma interpretativo subsuntivo ainda vigente no imaginário dos juristas contemporâneos.

A implicação deste novo paradigma sobre o sujeito interpretante que decide, o juiz, resulta no papel criador de direito, transformador da realidade social na qual se encontra e atribuindo significações, o que exige uma maior responsabilidade social de suas decisões e um olhar crítico na busca das melhores decisões, frente às novas necessidades humanas e às novas realidades.

Conclui-se que o Poder Judiciário não pode desconsiderar a repercussão social e política de suas decisões. Deve ocorrer uma maior aproximação entre as decisões prolatadas pelos magistrados e o Estado Social, através da superação de barreiras impostas pela hermenêutica tradicional.

Por derradeiro, entendemos que a lei foi feita para o homem e não o homem para a lei. Neste sentido, faz-se necessário que os operadores de direito busquem a compreensão do sentido da lei, que se faz necessária enquanto ordenamento social, mas que não deve representar um entrave à aplicação do justo, do bem comum, do ideal de vida boa, valores ínsitos no nosso ordenamento jurídico.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Bíblia Sagrada**, com concordância, 87ª edição. São Paulo: Imprensa Bíblica Brasileira, 1997.
- COELHO, Luis Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1991.
- FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 1997.
- _____. **Verdade e método I**. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Parte I**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.
- SAPAREMBERGER, Fabiana Lopes (Org.) **Hermenêutica e argumentação**: Em busca da realização do Direito. Ijuí: Ed. Unijuí; Caxias do Sul, 2003. Artigo publicado por Ana Paula Bagetti Zeifert intitulado “Da Hermenêutica à nova Hermenêutica: o papel do operador jurídico”.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia** (tradução Roberto Leal Ferreira, Álvaro Cabral). 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática**. São Paulo: Loyola, 1996.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. “**Aula Magna**: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”. Disponível em: www.leniostreck.com.br: Acesso: em 29 de março de 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral do direito III**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

Considerações sobre o artigo 16 da Lei 7.347/85

Leonardo Aquino Moreira Guimarães¹

RESUMO

Análise acerca da problemática quanto à aplicabilidade do artigo 16 da Lei 7.347/85.

Palavras-chave: *Coisa julgada; Ação coletiva; Direitos metaindividuais; Efeitos, expansão subjetiva.*

1. Introdução

Este ensaio é impulsionado pela celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicabilidade do art. 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Nessa perspectiva, a temática proposta tem por finalidade examinar o contexto histórico desse dispositivo legal, passando pelos conceitos de coisa julgada e de ação coletiva.

Em seguida, analisaremos a crítica da doutrina e a evolução da jurisprudência sobre a matéria.

Por fim, enfrentaremos a aplicabilidade desse comando legal, bem como a expectativa de mudança jurisprudencial.

¹ Analista do Ministério Público do Estado do Tocantins. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

2. artigo 16 da Lei 7.347/85: histórico, coisa julgada e ação coletiva

O artigo. 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), em sua redação original, ao tratar da coisa julgada *erga omnes* e da improcedência por insuficiência de provas, reproduziu quase que integralmente o teor do disposto no art. 18 da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular)².

Dessa forma, não resta dúvida de que a Lei da Ação Popular, em matéria de coisa julgada, serviu de referência para a Lei da Ação Civil Pública, adotando-se, como regra, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, sendo admitida a renovação da demanda, por qualquer dos legitimados, desde que se valendo de nova prova, na hipótese de improcedência do pedido por insuficiência de provas.

No entanto, no início da década de 90 do século passado, diante da avalanche de ações coletivas ajuizadas para a proteção de direitos difusos, e aqui citamos o célebre precedente da controvérsia envolvendo a proibição da mistura e distribuição do metanol adicionado ao álcool para venda ao consumidor³, o Superior Tribunal de Justiça fixou orientação no sentido da limitação territorial de cada julgado, na medida em que deveriam se desenvolver separadamente, com eficácia na jurisdição de cada juízo.

No referido julgado, o voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, consignou, *verbis*: “*Apesar de manifestação de dois Tribunais Regionais, que se restringiram a apreciar liminares, têm alcance apenas na jurisdição de cada Juiz Federal*”.

² Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível “*erga omnes*”, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

³ STJ, CC 971, PRIMEIRA SEÇÃO, rel. Min. ILMAR GALVÃO, rel. p/ o acórdão Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ 23/04/1990 p. 3213.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, todavia, que passou a regular expressamente o foro para processo e julgamento de ações coletivas envolvendo danos de repercussão nacional ou regional (art. 93, II, do CDC), a jurisprudência do STJ - a exemplo do julgado que tinha como questão de fundo a privatização do setor de telecomunicações⁴ – superando o entendimento anterior, reconheceu a existência de conexão entre ações civis públicas e populares para proteção do mesmo bem jurídico, assegurando os efeitos *erga omnes e ultra partes* da coisa julgada, resolvendo-se o problema da concomitância de diversas ações, sobre o mesmo objeto, através das regras de prevenção.

Dessarte, os tribunais locais, seguindo essa orientação, começaram a conferir eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* para além da competência territorial.

Ocorre que essas decisões, por contrariar os interesses fazendários – porquanto interferiam na implementação de políticas públicas –, desagradavam o Poder Executivo Federal, o que o motivou a editar a Medida Provisória 1.570, de 26 de março de 1997, convertida na Lei 9.494/97, que restringiu os efeitos da sentença coletiva à circunscrição geográfica do órgão jurisdicional prolator⁵.

Essa é, portanto, a gênese do art. 16 da Lei 7.347/85, cujo conteúdo apresenta relação direta com o instituto da coisa julgada, bem como com a temática das ações coletivas.

No tocante à coisa julgada, a teor do art. 467 do Código de Processo Civil, a doutrina moderna, a exemplo de Alexandre Freitas Câmara, Fredie Didier Jr. e Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (todos influenciados por José Carlos Barbosa Moreira), afirma que a coisa julgada é a situação jurídica consistente na imutabilidade e na indiscutibilidade da parte dispositiva de uma decisão judicial ou, no dizer de Fredie Didier Jr., “da norma jurídica individualizada”.

⁴ STJ, CC 22123/MG, PRIMEIRA SEÇÃO, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJ 14/06/1999 p. 100.

⁵ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Desse modo, a coisa julgada incide sobre o dispositivo da sentença (limite objetivo), atingindo as partes da relação jurídica no conflito intersubjetivo ou toda a coletividade titular do direito metaindividual violado (limite subjetivo).

Ações coletivas, por seu turno, são destinadas aos mega conflitos, assim entendidos aqueles que veiculam direitos metaindividuais nas modalidades direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, objetivando a facilitação do acesso à justiça, a efetividade, a economia processual e a uniformização das decisões judiciais em conflitos de massa.

O desafio das ações coletivas é, portanto, tutelar direitos coletivos em sentido amplo, de modo a transpor o paradigma do tratamento “atomizado” das controvérsias intersubjetivas previstas pelo Código de Processo Civil, para sobrepujar um tratamento “molecular” das controvérsias de largo espectro, adequado, pois, ao atendimento da prestação jurisdicional desses direitos legítimos.

3. Da crítica doutrinária à aplicabilidade do artigo 16 da Lei 7.347/85

A doutrina, com razão, não tem poupado críticas ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública.

Entendendo tratar de evidente manobra a fim de enfraquecer as demandas coletivas, Marcelo Abelha ataca a reforma empreendida no art. 16 da LACP, *litteratim* (2003, p. 235-236):

Depois de uma experiência assustadora dos 10 anos de funcionamento das demandas coletivas (1985-1995), o Poder executivo não pôde suportar a pressão que abalou (e continua abalando) os alicerces do seu poder. Como fazer para realizar as privatizações sem ser atrapalhado pelas demandas coletivas? Como impedir as vultosas demandas coletivas? O jeito era um só: enfraquecer as demandas coletivas! E aí surgia outra indagação: como fazer isso? As respostas à indagação do parágrafo anterior

vieram por intermédio de medidas provisórias, ou seja, o jeito mais fácil para se conseguir mexer nas leis processuais que regulam o processo coletivo.

Bem a propósito, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, discorrendo acerca da alteração legal em apreço, anotaram (2002, p. 1367):

Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito. Portanto, se o juiz que proferia sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso (v. CDC 103), em todo o território nacional – e também no exterior –, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP 16 pela L 9.494/97. É da essência da ação coletiva a eficácia prevista no CDC 103.

Reforçando o coro contrário à inovação trazida pela Lei 9.494/97 ao art. 16 da LACP, Hugo Nigro Mazzilli:

(...) a alteração trazida à Lei da Ação Civil Pública pela Lei 9.494/97 é de todo equivocada, pois esta última valeu-se de redação infeliz e inócua. O legislador de 1997 confundiu limites da coisa julgada (cuja eficácia subjetiva é *erga omnes*) com competência territorial (apesar de que, na ação civil pública, a competência não é territorial, e sim absoluta) (...) Ademais, a Lei 9.494/97 alterou o art. 16 da lei 7.347/85, mas se esqueceu de modificar o sistema do Código de Defesa do Consumidor (MAZZILLI apud LENZA, p. 273-274).

Carlos Roberto Batista também expressa sua indignação com a redação dada pela Lei 9.494/97 ao art. 16 da LACP, *ad litteram* (2005, p. 184):

A jurisdição e a competência em nada interferem na eficácia da coisa julgada. Primeiro, porque a jurisdição tem caráter nacional; segundo, porque a competência só se define para marcar o espaço de trabalho do juízo e não para confinar, nos seus limites territoriais, a repercussão subjetiva do julgado. Tal repercussão será estipulada,

não pela competência e sim pela natureza do bem jurídico envolvido, a amplitude do pedido formulado na pretensão coletiva e o alcance ou indivisibilidade do dano ou perigo. Tais aspectos não foram manuseados pelo legislador na redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85. Ademais, a competência nas ações civis públicas é de natureza absoluta e não relativa (pelo critério da territorialidade) (...)

André de Carvalho Ramos, em interessante análise sobre o tema, observa que, *litteris*⁶:

(...) a Lei 9.494/97, que converteu em lei a medida provisória 1.570 é inócua. A competência territorial serve apenas para fixar a competência do juízo. Os efeitos da decisão do Juiz são limitados somente, como frisei, pelo objeto do pedido, que quando for relativo aos interesses transindividuais, atingem a todos os que se encontrem na situação objetiva em litígio, não importando o local de seu domicílio.

Em brilhante magistério, Ada Pellegrini Grinover, analisando a nova redação do art. 16 da LACP, conclui pela sua inoperância, *verbis* (2007, p. 943):

(...) a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela Medida Provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.

⁶ A abrangência de decisões judiciais em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/97, publicado na RT 755/119.

Na mesma linha Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, ao tempo em que define como inócua a alteração introduzida no art. 16 da LACP pela Lei 9.494/97, ratifica o entendimento segundo o qual os limites subjetivos da coisa julgada, em sede de ações coletivas, são regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, *ad litteris* (2005, p. 123):

Do mesmo modo, são as regras mais minudentes do art. 103 do CDC, acerca dos limites subjetivos da coisa julgada material nas ações coletivas, que prevalecem sobre as disposições do art. 16 da LACP. Por isso, é estranha e totalmente inócua a alteração introduzida neste artigo pela Lei 9.494/97, de há muito superado e não mais vigente.

A propósito, convém trazer o primoroso voto proferido, nesse ponto, pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Orestes Dalazen, *verbis*:

A bem de ver, a inovação do art. 16 da LACP é em si uma contradição lógica: reafirma a idéia de coisa julgada “*erga omnes*” derivante da ACP, mas paradoxalmente, ao mesmo tempo, limita-a a alguns homens... Vale dizer: a um tempo declara que a coisa julgada atinge toda a comunidade titular do direito material lesado, em todo o território nacional; de outro lado, também declara que abrange estritamente as pessoas lesadas no âmbito da competência territorial do órgão prolator, o que, por óbvio, não são todos.

Em virtude dessa antinomia, há que perquirir o sentido que se deve atribuir à novel redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, à luz de uma exegese lógica e sistemática, mormente guiada pelo escopo de não extrair da norma inteligência que não faça sentido, ou que conduza a um resultado absurdo.

Nesse diapasão, insta realçar que o art. 16 da LACP não pode ser interpretado isoladamente, cumprindo tomar em conta o contexto maior de normas em que se acha inscrito.

Na espécie, a restrição territorial da eficácia da decisão encontra óbice no art. 21 da Lei nº 7.347/85, que remete o intérprete ao Título III da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), cujo artigo 103 persiste regulando os efeitos da coisa julgada em ação coletiva.

(...)

Por seu turno, dispõe o artigo 103, inscrito no aludido Título III, Capítulo IV, do Código de Defesa do Consumidor, que nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*. Ora, se é certo que a Lei nº 9.494/97 alterou o artigo 16, não menos exato que não revogou ou alterou o mencionado art. 21 da Lei 7.347/85.

Não menos exato igualmente que o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor amplia sobremodo a competência territorial do órgão prolator da decisão na ação civil pública, vinculando-a à exata extensão do dano apontado.

(...)

De sorte que se se der prevalência ao nunca assaz referido art. 16, isto importará, inexoravelmente, negar vigência ao apontado art. 93 do CDC, que também disciplina a ação civil pública. Ante a contradição flagrante de normas concomitantemente reguladoras do instituto, no afã de encontrar-se harmonia e coerência entre tais normas, exsurge a seguinte e inafastável conclusão, em meu entender: é ineficaz, é inoperante a modificação introduzida pela Lei nº 9.494/97 porque contradiz o sistema de normas em que se acha insculpido o art. 16 e nega a própria natureza da ação civil pública. Ademais, a limitação territorial da eficácia da decisão prolatada na ação civil pública gera a balbúrdia.

Portanto, à interpretação literal, método indigente de hermenêutica, há que sobrepor a exegese lógica e sistemática (TST, ACP 92867/1993.1, SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS, rel. Min. ORESTES DALAZEN, DJ 22/11/2002).

Autores do escol de Hugo Nigro Mazzilli e Pedro Lenza apontam a inconstitucionalidade formal da Medida Provisória 1.570/97, dada a ausência dos pressupostos da relevância e da urgência, necessários à sua edição.

Na linha dos ensinamentos de Carlos Roberto Batista (2005, p. 186-190), a Lei 9.494/97 padece, outrossim, de vícios de inconstitucionalidade de ordem material, com fundamento nas violações ao princípio (a) do acesso à justiça coletiva, na medida em que ao exigir a propositura de tantas ações quantas forem as competências territoriais, estar-se-á indo de encontro com o propósito da facilitação do acesso à justiça às causas que veiculam direitos metaindividuais; (b) da isonomia, pois, ao restringir o

julgado aos limites territoriais do órgão prolator, está-se dispensando tratamento desigual a membros de uma mesma comunidade titular do direito violado; (c) proporcionalidade ou da razoabilidade, isso porque a edição da referida lei representa um excesso estatal, com absoluta desnecessidade e utilização de meios inadequados, pois a competência para as ações coletivas é regulada, prioritariamente, pelo art. 93 do CDC; e (d) da coisa julgada, porquanto a alteração legislativa em comento estreita os limites subjetivos da coisa julgada nas ações civis públicas para afastar a eficácia a todos os substituídos na relação processual.

Cumpra registrar, entretanto, que parcela minoritária da doutrina, José dos Santos Carvalho Filho (2009), por exemplo, sustenta a constitucionalidade do texto inovado do art. 16 da LACP.

Sem embargo, a atual redação do art. 16 da Lei 7.347/85 é de tamanho disparate que pode criar situações esdrúxulas, consoante curioso exemplo colhido da obra de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *litteratim* (2004, p. 748):

Imagine-se uma ação coletiva, proposta para impedir a construção de uma barragem em determinado rio (que divida dois Municípios ou dois Estados); se a ação é proposta, para atender a intenção do art. 16 da Lei 7.347/85, em ambos os Estados (já que em ambos ocorrerá o dano ambiental), poder-se-ia imaginar a hipótese de um juiz (do Estado A) julgar procedente o pedido e o outro (do Estado B) considerá-lo improcedente? A barragem, então poderia ser construída até o meio do rio? E se já estivesse pronta a barragem (e a ação fosse repressiva), teria ela de ser destruída até a metade do rio? Obviamente ninguém em sã consciência defenderia essas conclusões.

Diante do aventado, a alteração do art.16 da Lei 7.347/85 introduzida pela Lei 9.494/97 mostra-se, além de inconstitucional, inócua, tendo em vista a incontestável confusão entre regras de competência e os limites subjetivos da coisa julgada coletiva. Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações de índole coletiva são

regulados pelos art. 103 e 104 do CDC. As regras de competência, por seu turno, foram fixadas no art. 93, também do CDC. Logo, uma vez que inexistem alterações a esses dispositivos, suas normas se estendem a todas as ações coletivas em razão da estreita relação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública.

Nesse sentido, aliás, tem sinalizado o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como se vê dos dois arestos a seguir transcritos, *in verbis*⁷:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EFICÁCIA TERRITORIAL DE MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUÇÃO NORMATIVA/INSS Nº 57. IMPOSTO DE RENDA.

1. A eficácia da liminar concedida em sede de ação civil pública é erga omnes, tendo abrangência em todo o território nacional.
2. **A nova redação dada ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública pela MP nº 1570-5 (posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97), para restringir a eficácia aos limites da competência territorial do órgão prolator, é de flagrante inconstitucionalidade, em afronta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da isonomia, pois desmantela o principal intuito de uma decisão coletiva - a eficácia erga omnes irrestrita.**
3. **Não constitui critério determinante da extensão da eficácia da liminar na ação civil pública a competência territorial do juízo, mas a amplitude e a indivisibilidade do dano que se pretende evitar.**
4. **Por força do art. 21 da LACP e do art. 90 do CDC, incide, na hipótese, o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.**
5. O art. 386 da Instrução Normativa nº 57/2001 previa que o INSS, em cumprimento à tutela antecipada decorrente de ACP movida pelo Ministério Público, deveria deixar de descontar o imposto de renda retido na fonte, para o caso de pagamentos acumulados ou atrasados por responsabilidade da Previdência Social, derivados de concessão, reativação ou revisão de benefícios previdenciários e assistenciais, cujas rendas mensais fossem inferiores ao limite de isenção do tributo. Essa vedação restou mantida pela IN/INSS/DC 078.

⁷ TRF4, 2002.04.01.022377-8, QUINTA TURMA, rel. Des. Federal ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA, DJ 26/02/2003, p. 875.

TRF4, APELREEX 2003.71.00.039987-0, TERCEIRA TURMA, rel. Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, DJ 09/09/2009.

6. Precedente desta Turma (AI nº 2002.04.01.008635-0/RS, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DJU de 02/10/2002).

7. Agravo de instrumento provido (Grifo Nosso).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCLUSÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS COMO DEPENDENTES EM PLANO DE SAÚDE. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EFEITOS DA SENTENÇA.

I - Estando presente o requisito da relevância social do bem jurídico protegido ou da sua expressão coletiva, encontra-se o Ministério Público legitimado a propor ação civil pública, independentemente de se tratar de direito disponível ou indisponível.

II - Qualquer sentença prolatada por órgão jurisdicional competente pode produzir efeitos para além dos limites de sua competência territorial, os quais irão vincular apenas as partes, o grupo ou toda a coletividade, dependendo da abrangência subjetiva da coisa julgada, determinada pela extensão do pedido do autor e não pela competência do julgador.

III - Esta corte vem reconhecendo a união afetiva homossexual, inclusive atribuindo-lhe efeitos na órbita estatutária. Precedentes.

IV - Diante do disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e da previsão do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, não há que se falar em violação ao princípio da legalidade estrita, tampouco em ingerência indevida do Poder Judiciário na atividade do legislador, quando o julgador se vê compelido pelo caso concreto a decidir sobre a forma como a união homossexual deve ser tratada juridicamente.

V - Não se aplica ao caso dos autos a exigência de prévia fonte de custeio trazida pelo artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal e pelo artigo 21 da Lei Complementar n.º 101/2000 (Grifo Nosso).

Em que pesem todas as críticas, o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1576-1, se pronunciou pela constitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/85, com redação determinada pela malsinada Lei 9.494/97⁸.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a teor dos três arestos que ora colacionamos, assentou

⁸ STF, ADI 1576-1 MC, Plenário, rel. Min. MARCO AURÉLIO (vencido), DJ 24/04/1997.

entendimento no sentido da aplicabilidade do art. 16 da Lei 7.347/85, *verbis*⁹:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. ART. 16 DA LEI N. 7.347/85. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. **Malgrado seja notória a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da coisa julgada em ações civis públicas que tenham por objeto defesa dos direitos de consumidores, o STJ encerrou a celeuma, firmando entendimento de que a sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do Tribunal (AgRg nos EREsp 253.589/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2008).**

2. Agravo regimental improvido (Grifo Nosso).

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1 - **Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. Precedentes.** 2 - **Embargos de divergência acolhidos (Grifo Nosso).**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA DA SENTENÇA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. **A sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei 7.347/85, alterado pela Lei 9.494/97.**

Precedentes.

Agravo no recurso especial não provido (Grifo Nosso).

Ressalta-se, por oportuno, que o próprio STJ excepciona a aplicação do art. 16 da Lei 7.347/85 para regular a coisa julgada

⁹ STJ, AgRg no Resp 167079/SP, QUARTA TURMA, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Dje 30/03/2009;

STJ, EREsp 411529/SP, SEGUNDA SEÇÃO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Dje 24/03/2010;

STJ, AgRg no REsp 1.105.214/SP, TERCEIRA TURMA, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Dje 08/04/2011.

em sentenças que tutelam direito individual homogêneo, conforme acórdão assim ementado¹⁰:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS NAS CADERNETAS DE POUPANÇA. AÇÃO PROPOSTA POR ENTIDADE COM ABRANGÊNCIA NACIONAL, DISCUTINDO DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EFICÁCIA DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE EFICÁCIA DA SENTENÇA E DE COISA JULGADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- **A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.**

- A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

- **O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contem, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.** Recurso especial conhecido e provido (Grifo Nosso).

Como se não o bastasse, dando prosseguimento à tentativa de restringir o âmbito da coisa julgada nas ações coletivas, foi editada a Medida Provisória nº 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999, que, entre outras providências, acrescentou o art. 2º-A e um parágrafo único na Lei 9.494/97. O texto passou por várias alterações resultando na Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, cujo art. 4º

¹⁰ STJ, Resp 411529/SP, TERCEIRA TURMA rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Dje 05/08/2008.

determinou a extensão coisa julgada coletiva apenas aos “substituídos processuais que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”¹¹.

Nesse ponto, invocamos a lição de Pedro Lenza, para quem o referido dispositivo peca ao confundir representação processual – sua verdadeira natureza – com legitimação para agir, *ad litteram* (2003, p. 279):

(...) não se pode confundir o instituto da representação processual, previsto na constituição, que expressamente exige a autorização dos associados, com a regra da legitimação para agir estabelecida para a tutela jurisdicional coletiva, pela qual o “representante adequado” age em nome próprio na defesa dos interesses alheios de toda a coletividade, dispensando-se desta feita a autorização nominal e individual de cada substituído.

No mais, o preenchimento do requisito da pertinência temática implementa-se pela simples autorização estatutária (abstrata), dispensando-se a autorização assemblear (concreta). Inaplicável, portanto, a regra do parágrafo único do art. 2º-A da lei 9.494/97, que exige, além da autorização assemblear, a esdrúxula relação nominal de todos os associados e, de modo grotesco, a indicação dos respectivos endereços, caracterizando inegável retrocesso à visão individualista do processo, incentivadora do inefetivo litisconsórcio multitudinário.

Carlos Roberto Batista defende a inconstitucionalidade deste art. 2º-A da Lei 9.494/97, com base na infringência aos princípios (a) do acesso à justiça coletiva – pelas mesmas razões já declaradas quando tratamos da também inconstitucionalidade do art. 16 da LACP -; e (b) da isonomia, pois as exigências do parágrafo único do citado artigo concedem um privilégio injustificado à Fazenda Pública em juízo.

¹¹ Art. 2º- A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido da inaplicabilidade do art. 2º-A da Lei 9.494/97, *in verbis*¹²:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA. VÍCIO SANÁVEL NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 284 DO CPC. OCORRÊNCIA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não há necessidade de autorização expressa ou relação nominal dos associados para que a associação ou sindicato atue em seus nomes, seja para propor ações ordinárias ou coletivas, porquanto está-se diante da chamada substituição processual.

2. Entretanto, este não é o cerne do presente caso. Trata-se, sim, de violação ao art. 284 do CPC que prevê a possibilidade de o juiz, em observância ao princípio da instrumentalidade do processo, determinar a regularização na representação processual, tendo em vista tratar-se de vício sanável nas instâncias ordinárias, o que se mostra plenamente possível. Precedentes.

3. Agravo improvido (Grifo Nosso).

Em recente precedente, o Ministro do STJ Luiz Felipe Salomão, consoante aresto abaixo, sinalizou uma mudança de entendimento naquela corte quanto à aplicabilidade do art. 16 da LACP, ao afirmar que os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a limites geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos da decisão, *litteris*¹³:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART.543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL.

¹² STJ, AgRg no Ag 801822/DF, SEXTA TURMA, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Dje 19/12/2008.

¹³ STJ, REsp 1243887/PR, SEXTA TURMA, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Dje 12/12/2011.

LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto **os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo** (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.
2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.
3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido (Grifo nosso).

Vê-se, a essa altura, que a controvérsia levantada pela doutrina a respeito da abrangência espacial do provimento jurisdicional em ação coletiva (art. 16 da Lei da Ação Civil Pública) está próxima de ser solucionada pela jurisprudência do STJ.

Aliás, em notícia de 9 de janeiro de 2013 (veiculada por meio do Sistema Push), o STJ admitiu o processamento de um recurso à Corte Especial que irá definir o alcance da sentença proferida em ação coletiva. Trata-se dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1243386. Veja-se:

Corte Especial vai definir alcance de sentença em ação coletiva

O ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), admitiu o processamento de um recurso à Corte Especial que irá definir o alcance de sentença proferida em ação coletiva. O caso trata do uso, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas, sem o pagamento de royalties à multinacional Monsanto.

Em junho de 2006, ao julgar o REsp 1.243.386, a Terceira Turma decidiu que terá alcance nacional o resultado da ação coletiva que sindicatos rurais do Rio Grande do Sul movem contra a cobrança de royalties pela utilização da semente transgênica de soja Round-up Ready, ou “soja RR”, da multinacional Monsanto. Os valores envolvidos chegariam a R\$ 15 bilhões. A relatora foi a ministra Nancy Andrighi. Inconformada, a Monsanto interpôs um recurso chamado embargos de divergência, em que sustenta haver, no STJ, decisão em sentido diferente sobre tema idêntico. Afirma que o EREsp 411.529, julgado na Segunda Seção em 2010, definiu que “a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes (válida para todos) nos limites da competência do órgão prolator da decisão”. O ministro Benjamin considerou demonstrada a divergência e admitiu o processamento dos embargos. Ele resumiu que a controvérsia trata da “abrangência espacial do provimento jurisdicional em ação coletiva (artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública)”. A decisão foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 19 de dezembro, abrindo prazo para a parte contrária (o sindicato rural) apresentar contestação.

Esse o quadro, o art. 16 da Lei 7.347/85, ao restringir os efeitos da sentença coletiva à circunscrição geográfica do órgão jurisdicional prolator, é uma afronta à extensão subjetiva da coisa julgada coletiva – embora possua o respaldo da jurisprudência do STJ, apesar da sinalização de mudança jurisprudencial trazida pelo Recurso Especial nº 1.243.887.

Sendo assim, o dispositivo em análise deve ser riscado do ordenamento jurídico, com fundamento na maciça crítica doutrinária. Aguardemos, pois, a decisão nos EResp nº 1.243.386.

4. Considerações finais

As ações coletivas, impulsionadas pela crescente “massificação” dos conflitos, estão estreitamente ligadas à coisa julgada, na medida em que esta se projeta no espaço jurídico para beneficiar toda a legião de pessoas integrantes da coletividade titular do direito transindividual violado, contribuindo em prol da (a) efetividade da tutela coletiva, pois conferem estabilidade jurídica à prestação jurisdicional em causas de massa; (b) economia processual, pela sua extensão, a um só tempo, a todos os membros da coletividade; e (c) uniformização das decisões em causas repetitivas, de modo a evitar decisões contraditórias.

Nesse contexto, a atual redação do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, ao limitar os efeitos da sentença coletiva à circunscrição geográfica do órgão jurisdicional prolator - confundindo, desse modo, competência com limites subjetivos da coisa julgada -, torna ineficaz a coisa julgada nas ações coletivas, ante a falta de efetividade, de economia processual e de uniformização das decisões judiciais em conflitos de massa.

Sem embargo, em que pese a jurisprudência hodierna entender pela aplicabilidade do art. 16 da Lei 7.347/85, e na perspectiva de ver reconhecida a inoperância desse despropositado comando legal - notadamente por meio dos EResp nº 1.243.386 -, cuja aplicação pode fulminar a finalidade da coisa julgada nas ações coletivas – a extensão do julgado favorável para beneficiar toda a coletividade titular do direito metaindividual violado –, nos filiamos à doutrina majoritária pela sua inteira inaplicabilidade.

Referências

- ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- ABELHA, Marcelo; KLIPPEL, Rodrigo. **Comentários à tutela coletiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BATISTA, Roberto Carlos. **Coisa julgada nas ações civil públicas: direitos humanos e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BRASIL. **Lei 4.717, de 29 de junho de 1965**. Diário Oficial da União, 5 de julho de 1965.
- _____. **Lei 5.869 – Código de Processo Civil**, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União, de 17 de janeiro de 1973.
- _____. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Diário Oficial da União, 25 de julho de 1985.
- _____. **Lei 8.078 – Código de Defesa do Consumidor**, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, de 12 de setembro de 1990.
- _____. **Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Diário Oficial da União, 10 de agosto de 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, v.1.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, v.2.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v.4.

FILHO, Anísio Pires Gavião. A coisa julgada no modelo processual coletivo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, v. 35, n. 110, p. 21, jun. 2008.

GIDI, Antonio, **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem**. Revista de Processo, v. 126, 2005.

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Editora Perfil, 2006, p. 225.

JUNIOR, Luiz Nakamura. Aspectos diferenciadores da coisa julgada na tutela coletiva – os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada na tutela coletiva. **Revista Autônoma de Processo**, Curitiba: Juruá, n. 2, p. 77, jan/mar. 2007

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. 2.ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento** 5.ed. São Paulo: RT, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br>. Acesso em 12 jan. de 2009.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. **Coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

- NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PORTO, Sérgio Roberto. **Coisa julgada civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- ROCHA, Ibraim. **Litisconsórcio, efeitos da sentença e coisa julgada na tutela coletiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ações coletivas para concursos públicos**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos difusos e tutela de direitos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Direito da Tecnologia da Informação

Protázio Nery Figueiredo¹

RESUMO

O presente artigo busca examinar na rede mundial de computadores o comportamento das relações jurídicas e ao mesmo tempo importa-se em estabelecer um novo ramo na Ciência do Direito – O Direito da Internet - com caminhos próprios, a fim de estabelecer reflexões jurídicas amplas e concatenadas, buscando esclarecer as novas práticas geradas com advento da internet, efetivando-as e direcionando-as paulatinamente a uma palpável regulamentação, as transações efetivadas no mundo virtual que reflete no mundo real. Pretendemos abordar um dos princípios básicos dessa disciplina, o princípio da subsidiariedade, não obstante nossa preocupação com a utilização da legislação vigente para dirimir conflitos provenientes de relações virtuais. A realidade atual da carência de normas e institutos, que ainda deve demorar muitos anos para surgirem em sua plenitude, nos faz admitir que atualmente este seja o princípio fundamental para o desenvolvimento do Direito Informático ou Direito Eletrônico.

Palavras-chave: *Disciplina; Internet; Tecnologia; Virtual.*

¹Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Analista de Sistemas pela Fundação Universidade do Tocantins (Unitins). Pós-Graduado em Engenharia da Informação pela Unitins/UFMS.

1. Introdução

É um grande equívoco a afirmação de inexistência de leis que encampem o âmbito da Internet e o uso de tecnologia, como se o mundo cibernético fosse um mundo sem limites, no qual se pode admitir qualquer conduta, ainda que ofensiva a terceiros.

A legislação vigente pode ser aplicada, mesmo que analogicamente, para regular os conflitos que surgem do uso das novas tecnologias. Assim, inúmeras condutas poderão ser enquadradas no conceito de ato ilícito (âmbito civil) ou até mesmo no conceito de crime (âmbito penal), valendo, contudo, ressaltar que na seara criminal vigora o princípio da taxatividade penal, ou seja, a conduta do agente deve adequar-se perfeitamente ao conteúdo previsto na norma.

O Direito Eletrônico deve ser entendido e estudado de modo a criar novos instrumentos capazes de atender a todos os anseios que as modificações tecnológicas propõem à sociedade.

A presente pesquisa foi desenvolvida em cinco tópicos, abordando-se inicialmente a importância da criação de uma nova disciplina no ramo do Direito. As relações entre o mundo jurídico real e o mundo virtual passaram a ser tratadas, como até hoje são, de forma analógica e hierarquicamente inferior, sempre atrelada aos ramos tradicionais do Direito. Tal pensamento tem contribuído, em nosso sentir, para a proliferação de diversos entendimentos sobre o mesmo assunto, sem a efetiva solução da questão. A metodologia utilizada priorizou os métodos de busca de informações que pudessem subsidiar a ideia central da pesquisa. Por se um tema relativamente novo, enfrentou-se dificuldade na busca de informações para compor o tema, presente com maior frequência em sites especializados e alguns poucos livros que apontam a criação da nova disciplina.

2. O direito da tecnologia da informação

Para Martins (2008, p.21) existem três requisitos ou características para que uma ciência ou uma disciplina possa ser considerada autônoma. São eles: “a) a existência de uma vasta matéria que mereça um estudo de conjunto, adequado e particular; b) a existência de princípios próprios; c) a constatação de institutos peculiares.”

A partir desses três requisitos, deve-se analisar a Internet e questionar se a mesma é considerada como lugar no espaço ou como meio. Se a resposta induzir à percepção da Internet como meio, não há que se falar, sequer, em um Direito da Internet, mas sim num único Direito Digital, uma vez que abarcaria não só a Internet, mas também o rádio, a televisão, o fax, o telefone, etc. Ou seja, se teria a utilização das normas tradicionais para situações que se modificariam constantemente. Logo, com o passar de um determinado tempo deve-se, se for o caso, criar/reformar as normas pertinentes, tendo em vista o avanço da tecnologia, visando à compatibilidade destas com a evolução social. A Internet vista como espaço, por sua vez, conduz ao mundo virtual com locais adequados para armazenar arquivos de documentos, de jogos de informações pessoais, de contratos eletrônicos, ou seja, um local onde existe uma segunda vida armazenada na grande nuvem chamada Internet. (BLUM, 2006, p.105)

3. O direito da tecnologia da informação como ciência e suas ramificações

O mundo do Direito é estudado como um sistema normativo, dinâmico e autorregulador. O Direito é concebido como um todo do qual são estudadas as relações externas, mais as reações internas, isto é, aquelas que ligam entre si as várias partes do sistema.

Observa-se que, no caso da criação de uma legislação para o Direito Digital, encontra-se a barreira da velocidade. Enquanto na área da tecnologia se verifica a rapidez com que os equipamentos ficam obsoletos, não podemos dizer o mesmo da nossa legislação. Na área da tecnologia, a cada dia surge um software ou ferramenta diferente, e neste momento fazemos ligação com o *hardware* (equipamento físico), sem falar nos *softwares* (aplicativos/ferramentas) que são criados para os mais variados fins. Por isso, qualquer lei que venha a tratar dos novos institutos jurídicos cibernéticos deve ser genérica e flexível o suficiente para sobreviver ao tempo, atendendo, assim, a diversas facetas que podem surgir de um único tema a ser resolvido com a rapidez que os mais variados casos jurídicos exigem.

Ao aplicar o conceito dos sistemas autopoieticos ao Direito, Luhmann consegue reduzir a complexidade social. Assim sendo, os estudos de Luhmann apregoam que o direito, em seu viés autopoietico, se cria/recria com base nos seus próprios elementos. Sua autorreferência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo, movendo-se com base em seu código binário (direito/não-direito). Tal característica permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual. (TRINDADE, 2008, p. 98)

4. Origem e conceitos

No mundo atual, temos a possibilidade de separar o ser humano daquilo que ele mesmo produz e inventa. A tecnologia assume uma feição de produto de uma sociedade e de uma cultura, refletindo portanto nos mais diversos campos científicos e sociológicos.

Aclamado como “o Pai da Cibernética”, um dos primeiros cientistas a considerar essa interação entre homem e máquinas dentro do ramo do direito foi Norbert Wiener. (<http://www.geocities.ws/culturauniversalonline/acontecimentos_5.html>. Acesso em: 20 nov. 2012)

Dentre suas reflexões acerca da possibilidade de aplicação da Cibernética ao Direito, coloca os problemas da lei como problemas de controle sistemático e reiterável de certas situações críticas, conceituando-a como:

“o controle ético aplicado à comunicação e à linguagem enquanto forma de comunicação, especialmente quando tal aspecto normativo esteja sob o mando de alguma autoridade suficientemente poderosa para dar às suas decisões o caráter de sanção social efetiva.”
(Wiener apud De Lucca, 2000, p. 35).

Outra pessoa importante a ser lembrada como pioneiro na doutrina inovadora é o advogado Lee Loevinger. Seu objetivo foi criar uma disciplina jurídica nova, de caráter empírico, cujo propósito seria a racionalização do Direito mediante a aplicação dos métodos quantitativos de automação à experiência jurídica. Essa disciplina chamou-se Jurimetria, que foi subdividida em três pontos primordiais: 1- previsibilidade das decisões judiciais (tal postulado foi proposto por Norbert Wiener quando tratou da aplicação da cibernética ao direito, embora não fizesse referência ao computador eletrônico) 2- processamento eletrônico de dados jurídicos; 3- uso da lógica simbólica no campo do direito. (<<http://sites.br.inter.net/elzacaravana/?id=966>>. Acesso em: 20 nov. 2012).

5. A relação entre informática jurídica e o direito da informática

Atualmente, o Direito da Informática tomou forma e autonomia em relação à informática jurídica, ganhando uma acepção própria. Entretanto, a doutrina é ainda bastante divergente no que se refere a essa independência.

As diferenças começam no que se refere ao objeto de cada disciplina. A informática jurídica tem como objeto o direito. O

direito da informática tem como objeto a informática, entendendo-a lato sensu, ou seja, no âmbito das consequências decorrentes de sua utilização pelo homem.

Assim sendo, a informática jurídica se restringia a um universo operacional do direito, não abarcando as futuras relações jurídicos sociais que pudessem advir do desenvolvimento da informática.

Todavia, como bem lembra o próprio Losano, já na década de setenta existia uma preocupação dos doutrinadores em relação a esta questão, levando-os a pleitear uma regulamentação para as potenciais relações jurídicas que se instaurariam. Essas normas constituiriam o que se poderia chamar de Direito da Informática. (LOSANO, 2004, pp. 7-13).

6. O direito da internet

A criação de uma nova disciplina é sempre uma tarefa árdua, uma vez que, como bem pontua De Lucca, o jurista foi sempre um ser inteiramente refratário às inovações. Para citar ainda o eminente jurista Fábio Konder Comparato: “a tradição misoneísta dos nossos jurisconsultos continua a condenar às trevas exteriores toda e qualquer manifestação jurídica que não se enquadre no seu sistema” (citado por De Lucca, 2000, p. 23).

Destarte, instituir-se o ramo Direito da Internet é um avanço jurídico rumo às novas demandas por regulamentação de uma matéria ainda incipiente, pois a partir do momento que se circunscreve a matéria a um âmbito de estudo específico, surgem diversas soluções doutrinárias que tendem a confluir para uma uniformização, pré-requisito para uma possível organização de leis específicas.

6.1. Nascimento da disciplina

Em nossa proposta, não há que falar-se em pioneirismo do tema, mas sim ressaltar-se a importância de pessoas que ousaram na criação de uma nova disciplina de Direito da Internet.

O Direito da Internet surge em decorrência do fenômeno das redes sociais, e-mail, guerra cibernética e muitos outros, estando amparado dentro da designação genérica de Direito da Informática, o qual, por sua vez, serve de base para o Direito da Internet. Nas palavras de Constanzo, o Direito da Informática teria um valor introdutório em relação ao Direito da Internet, e a Informática jurídica continuaria sendo uma espécie de matriz originária daquele. (CONSTANZO *in* DE LUCCA, 2000, p. 32).

6.2. Denominação da disciplina

A denominação Informática Jurídica é um termo que se restringe à parte operacional aliada ao profissional do Direito, enquanto o Direito da Informática chegaria mais próximo do que convencionamos chamar de Direito da Internet.

Comungamos com a ideia do De Lucca ao privilegiar-se a designação “Direito da Internet” em face das demais; a saber, direito virtual, direito do ciberespaço ou do espaço virtual, ciberdireito, direito cibernético, etc. O pensador De Lucca evidencia sua preferência por esta expressão (Direito de Internet) na medida em que se escolhesse por Direito virtual, ter-se-ia a impressão equivocada de tratar-se de um complexo de normas do mundo virtual e não do mundo real. (DE LUCCA, 2000, pp. 20-37).

6.3. As fontes do novo direito

Reale considera fonte de direito como sinônimo de processos de produção de normas jurídicas, os quais pressupõem uma estrutura

de poder capaz de assegurar o adimplemento das normas por ele emanadas.

Costumava-se distinguir, de maneira equívoca, as fontes em formal e material. Por fonte material indicavam-se as razões últimas, os motivos lógicos ou morais que guiavam o legislador em sua tarefa, dando-se ênfase à natureza filosófica, que diz respeito às condições lógicas e éticas do fenômeno jurídico. Para Reale, tratar dos problemas de fundamento ético ou social das normas jurídicas é tarefa da Sociologia ou da Filosofia, estando fora do campo da Ciência Jurídica. (REALE, 1998, p. 323.)

Em que pesem tais opiniões, autores existem como Maria Helena Diniz (Helena Diniz, 1998, ob. cit., p. 22), que resgata o caráter de quase marginalidade das fontes materiais, invocando a teoria egológica de Carlos Cossio, ao considerar que o jurista deve ater-se tanto às fontes materiais como às formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em fonte formal-material, “já que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte de direito no sentido de fonte material.”

6.4 O novo ramo do direito e sua autonomia

A autonomia pode ser de ordem legislativa, jurisdicional e didático-docente, todas oriundas da manifestação prática de uma autonomia precedente: a autonomia científica.

Citando o conceito de Direito de Vicente Ráo (RÁO, 2005, pp. 47-49), sendo um

“sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhe atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo Poder Público” (RÁO, 2005, pp. 47-49).

Para que a criação de um novo ramo jurídico tenha êxito, deve haver um forte apego aos princípios gerais do direito, desapegando-se o tecnicismo e reforçando as ideologias e os elementos intelectuais, morais e espirituais que fazem parte do ser humano como ente inserido na sociedade atual.

Vicente Ráo entende que uma disciplina é autônoma quando

“ [...] as disciplinas jurídicas, cedendo à pressão das vicissitudes contemporâneas da vida social, se dividem e subdividem em um número sempre crescente de ramos e sub ramos, os quais, por sua vez, padecendo de gigantismo, tendem a se construir em disciplinas autônomas e distintas.” (RÁO, 2005, pp. 43-44).

Talvez ainda seja realmente cedo para falar-se em autonomia como a entendemos em seu universo mais amplo, haja vista a falta de uma normatização específica quanto à matéria. Não obstante, há que considerar-se uma autonomia relativa, alicerçada principalmente no plano doutrinário e em menor grau no plano jurisprudencial.

7. Considerações finais

Não devemos chegar ao exagero. A rede mundial de computadores tornou-se um verdadeiro paradigma para a rede de informação, uma forma universal caracterizada pela heterogeneidade e fluidez incessantes, o que torna cada vez mais difícil encontrar um sentido global que permita circunscrever toda a fenomenologia do novo a uma suposta dominação.

Os internautas, assim como toda a sociedade global dos dias atuais, têm em suas mãos uma verdadeira explosão de coisas que já se apresentam como espantosas e inovadoras e ainda há inovações que estão por vir. Coisas que precisam ser estudadas e definidas de acordo com o que a sociedade determina.

Daí a importância de se estabelecer um ramo jurídico com diretrizes próprias, produzindo-se reflexões jurídicas abrangentes e sistemáticas, procurando esclarecer as novas práticas geradas com o advento da rede, legitimando-as e conduzindo-as gradativamente a uma possível regulamentação.

Não obstante, necessita a nova disciplina de uma nomenclatura clara e que possa abarcar todas as ideias de dispositivos eletrônicos, chegando em um nome ideal para o ramo, que doravante pode se chamar Direito Eletrônico. Pois com isso busca não só transações no mundo virtual, mas entre máquinas que podem fazer autenticações e trocas de informações entre si.

Cabe à nova disciplina saber abarcar e adequar-se ao mundo material e ao virtual e adaptar-se à nova realidade que não está mais no futuro e sim nos dias atuais, pois já estamos no futuro dos nossos antepassados.

Referências

- BLUM, Renato Opice. **Manual de direito eletrônico e internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2006.
- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Noções introdutórias aos delitos informáticos**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6325>. Acesso em 01 dez 2012.
- DE LUCCA, Newton. **Contratos pela internet e via computador. Requisitos de celebração, validade e eficácia: legislação aplicável. Contratos e operações bancárias**. Revista do Tribunal Regional Federal de 3. Região, v. 33, 1998. 20-37 pp.
- DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & internet: aspectos Jurídicos Relevantes** Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GUELMAN, Elza Caravana. **O Direito Cibernético e suas Consequências no Mundo Atual**. Disponível em: <<http://sites.br.inter.net/elzacaravana/?id=966>> Acesso em: 28 nov. 2012.
- LOSANO, Mário G. **O curso trienal de informática jurídica na Universidade do Piemonte Oriental**. Prim@ Facie – ano 3, n. 4, jan./jun. 2004. *Centro de Ciências Jurídicas – UFPB*. Disponível em: <<http://www.ccej.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n4/ocursotrienal.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Primeiras linhas em Direito Eletrônico**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 11, nov 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4960>. Acesso em 02 dez 2012.

PINTO, Marcio Morena. **O Direito da internet: o nascimento de um novo ramo jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2245>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 43-44 pp.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26ª edição revista, São Paulo: Saraiva, 2002.

Site Acontecimentos, **Computador – Estados Unidos 1940**. Disponível em: <http://www.geocities.ws/culturauniversalonline/acomecimentos_5.html> Acesso em: 02 dez. 2012

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann>. Acesso em: 28 nov. 2012.

Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012: nova oportunidade para a detração penal ou regra para fixação do regime inicial de cumprimento de pena?

Rodrigo da Silva Perez Araújo¹

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade promover uma reflexão sobre a inovação trazida ao art. 387 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, de modo a apontar um norte para a discussão travada após sua edição quanto à natureza da atribuição por ela conferida ao Juiz da fase de conhecimento.

Palavras-chave: *Detração penal; cumprimento de pena; Código de Processo Penal; Lei de Execução Penal; Jurisdições penais de conhecimento e executiva.*

1. Introdução

A Lei 12.736/2012 inovou o ordenamento jurídico pátrio determinando ao Juiz da fase conhecimento computar “o tempo de

¹ Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Uniasselvi.

*prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro (...) para fins de **determinação do regime inicial** de pena privativa de liberdade”.*

Apesar de recente, a norma em análise trouxe alterações pouco significativas ao ordenamento jurídico, haja vista o teor do Enunciado nº 716 da Súmula do STF. O parágrafo incluído no art. 387 do CPP e o enunciado da súmula do STF, quando cumulados com os dispositivos da Lei de Execução Penal e do Código Penal, impõem ao Juiz da fase de conhecimento computar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para o fim de determinação do regime prisional.

Tal inovação, todavia, não pode representar a fixação de regime sem atenção aos demais princípios e regras constitucionais – notadamente da isonomia substancial – e legais atinentes à fixação do regime de cumprimento de pena.

2. Operacionalização da antecipação do cômputo do tempo de prisão cautelar para a fase de conhecimento

Diante dos termos da Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, que incluiu § 2º ao artigo 387 do CPP, impõe-se computar “*o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro (...) para fins de **determinação do regime inicial** de pena privativa de liberdade”.*

Pois bem, a doutrina em formação ainda diverge a propósito da interpretação dessa recente inovação legislativa: uns propugnam sua aplicação literal; outros que deva prevalecer a *voluntas legislatoris*, de ordem a que o preceito determine não o regime inicial de cumprimento de pena, mas eventual progressão de regime em face da detração operada já na sentença; há ainda aqueles que entendem

que a inovação seria inconstitucional, por dispensar tratamento jurídico diverso a pessoas em situação jurídica substancialmente semelhante e sem que o legislador tenha eleito critério razoável, devendo, portanto, ser proscrita do ordenamento jurídico; etc.

Como cediço, a garantia constitucional do devido processo legal substancial impõe limites à atividade legislativa decorrente, no que interessa ao deslinde desta questão, do princípio da proporcionalidade e da isonomia substancial.

É dizer, a norma legal deve ser razoável, adequada ao fim pretendido, de modo a restringir o direito fundamental com a intensidade apenas suficiente à concretização da finalidade ideada (perseguida/buscada – ver) e não dispensar tratamento jurídico diferente para pessoas em situações concretas substancialmente iguais. Impossível olvidar, ademais, que uma vez publicada e vigente, essa integra o ordenamento jurídico, devendo integrá-lo (fazê-lo - ver) validamente.

Demais disso, é indubitável que, principalmente nos momentos que se avizinham à edição da nova regra, os debates legislativos são fundamentais para a compreensão da realidade determinante da modificação legal, bem assim, considerada a natureza deôntica do Direito, da nova realidade que se quis/quer plasmar.

A pretensão legislativa, como se vê na exposição de motivos do projeto de lei que culminou com a Lei nº 12.736/12, é evitar que o apenado “*tenha que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nessa espera em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus*”².

Procurou-se, portanto, ao que tudo indica, positivar o teor do Enunciado 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, fazendo-o, entretanto, concessa venia, sem rigor técnico.

² TEIXEIRA. Rejane Jungbluth. NEM TODA PRISÃO PROVISÓRIA PODE SER USADA PARA DETRAÇÃO. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-26/rejane-jungbluth-nem-toda-prisao-provisoria-usada-detacao>. acessado em 09/01/2013).

Em reforço:

O Supremo Tribunal Federal, quando da edição da Súmula 716, já fazia semelhante previsão, *verbis*: ‘Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória’. **Ao juiz da execução era outorgada a competência de analisar o direito à progressão de regime ao preso provisório. Com a Lei 12.736, o juiz do conhecimento passa a ter essa mesma competência**³. (g.n)

É que os institutos jurídicos do regime inicial de cumprimento de pena e da progressão de regime não se confundem, mas substancial e teleologicamente se identificam: o primeiro é fixado em atenção à análise das circunstâncias judiciais e ao quantum de pena privativa de liberdade aplicada (CP 33, §§ 2º e 3º e LEP 110); a progressão, diferentemente, tem em conta o tempo de cumprimento de pena mais “o mérito do condenado” “comprovado pelo diretor do estabelecimento penal” (CP 33, § 2º e LEP 112).

Tal diferenciação, como se percebe, não diz respeito à essência desses institutos, pois em ambas as hipóteses a incidência da regra exige o preenchimento de um requisito objetivo e outro subjetivo: tempo e condições pessoais indicativas de ter o agente alcançado ou não um padrão comportamental socialmente desejado.

Percepção reveladora de que o programa normativo do art. 387, § 2º, do CPP, não afronta a vontade do legislador e da lei, antes, pode realizá-la.

Deve-se ter em conta que a aplicação da mera literalidade da regra em análise vilipendiaria, num só jato, a garantia constitucional da individualização da pena e a essência da execução penal ao induzir o entendimento de que a modificação do regime de cumprimento de pena dar-se-ia, tão somente, por cálculo aritmético, desprezando-se o esforço (ou não) do apenado em reintegrar-se à comunidade mediante a adoção de comportamento socialmente útil.

³ FREITAS, Jayme Walmer de. A detração penal à luz da Lei nº 12.736/2012. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3491, 21 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23509>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

Tal proceder, sem sombra de dúvidas, mostra-se desarrazoado, não se podendo convir com a sua adoção, pois o art. 112 da LEP não foi revogado expressamente ou por incompatibilidade lógica.

Com a devida vênia, não impressiona o argumento segundo o qual a natureza jurídica da prisão cautelar não se confunde com a da prisão em regime fechado, decorrente de sentença condenatória, donde ressaíria a correção da aplicação literal da *novatio legis* em comento.

É que há décadas tem se aplicado a detração penal sem qualquer questionamento, consistente em abater do tempo de condenação o tempo de prisão cautelar. Em outras palavras, apesar de sua natureza instrumental e por razões de equidade e para coarctar o *bis in idem*, a prisão cautelar identifica-se com a prisão-pena *quando analisada do ponto de vista da restrição do direito fundamental à liberdade*, devendo, por isso mesmo, ser computada na pena definitivamente imposta, depois do trânsito em julgado da condenação. Mas não se olvide que a detração, por si só, jamais determinou progressão automática de regime de cumprimento de pena.

De outro lado, a lesão à garantia constitucional da isonomia substancial afigura-se evidente caso o dispositivo seja aplicado mediante interpretação **apenas** literal: é que poucos dias de prisão cautelar poderão implicar em regime prisional menos severo, não se vislumbrando razoabilidade nessa circunstância quando cotejada com a possibilidade de corréu, *desafortunado com prisão cautelar por prazo inferior*, estar obrigado a cumprir integralmente o requisito objetivo – além do subjetivo – para a progressão em regime mais gravoso.

Assim, de um ponto de vista **teleológico** – redução do tempo consumido com a tramitação do processo e facilitação da colocação do apenado em liberdade – e **sistemático** – como exposto acima –, impõe-se convir que a norma não instituiu mais uma regra para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, mas, isto sim, criou mais um *momento processual*, desta vez no âmbito da ação

penal condenatória, para verificação da possibilidade ou não de progressão de regime nos moldes do art. 112 da LEP⁴, providência já determinada ao Juízo das Execuções Penais, nos termos do Enunciado nº 716 da Súmula do Egrégio Supremo Tribunal Federal⁵.

⁴ (...) a norma não revogou o artigo 110 da Lei de Execução Penal, o qual reza: “O juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal”.

O parágrafo 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal deve ser interpretado como exigência de um novo capítulo da sentença condenatória, a posteriori da fase da dosimetria da pena. O sistema trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal, assim como o exame do regime imposto para a pena — artigo 33, parágrafo 3º do Código Penal — e eventual unificação em caso de concurso de penas continuam inalterados. Somente após essa análise, é que se apreciará, se o caso, a incidência do parágrafo 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal.

Portanto, o juiz dedicará, na sentença, um capítulo próprio para a dosimetria da pena — como já fazia — no qual fixará o regime inicial de cumprimento com base na pena final aplicada na sentença, não considerando, nessa oportunidade, a “nova detração penal” oriunda da lei em comento.

Em seguida, em novo capítulo da sentença, o magistrado reconhecerá ou não o direito do réu à progressão de regime, caso este tenha tempo de prisão processual suficiente para tanto.

Desse modo, a pena definitiva e o verdadeiro regime inicial de cumprimento da pena, inclusive o que será indicado na carta de guia a ser enviada à Vara de Execução Penal, são aqueles determinados pelo artigo 110 da LEP, ou seja, os encontrados no capítulo da pena definitiva (e não naquela detraída da prisão preventiva já cumprida). É preciso rememorar que a pena definitiva não tem somente a função de fixação do regime inicial do cumprimento da pena, mas é também referência para o cômputo do prazo prescricional da pretensão punitiva ou executória, unificação de penas, indultos e comutações, benefícios para trabalho externo e saídas temporárias. (Idem, ibidem).

⁵ De todo modo, a partir de um exemplo, podemos inferir as etapas que o juiz deverá ultrapassar para atender ao novo modelo oferecido. Ex.: sentença condenatória por crime de roubo, duplamente agravado, a pena definitiva em cinco anos e seis meses de reclusão. E em consonância com a Súmula n. 719 do Supremo Tribunal Federal: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”, impõe o regime inicial fechado para cumprimento da pena. Contudo, tendo ficado preso por doze meses e sendo primário e sem antecedentes, o réu faz jus à progressão de regime prisional.

Caso se trate de réu com antecedentes negativos, melhor que o juiz se abstenha de aplicar o dispositivo em estudo, porquanto poderá adentrar na seara de competência exclusiva do juiz das execuções penais. Aliás, o exemplo é bem claro, trata-se de réu sem qualquer mácula em seu passado. Atendida esta cautela, a fim de que inexistam invasão de competência, indaga-se: como aplicar o regramento legal à situação estampada no exemplo? São dois momentos distintos: a) O juiz lançará em um capítulo do dispositivo, consoante art. 110, da Lei de Execuções Penais: “O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.”, sua conclusão sobre a pena e o respectivo regime, ou seja, cinco anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, além da multa; e, b) reservará outro para justificar a novidade.

Sugestão de redação: “Considerando que o réu fulano de tal está preso desde (...), ou seja, há (...) meses, tem direito à progressão de regime de cumprimento de pena, porquanto superado o percentual previsto no art. 112, da Lei de Execução Penal, nos termos do que dispõe o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal; em consonância, ainda, com o contido na Súmula n. 716, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, segundo a qual ‘Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória’, faz jus ao regime semiaberto para início do cumprimento de sua pena. Oficie-se à prisão em que se encontra”.

A propósito:

Por fim, importante registrar que esta inovação legislativa, promovendo inesperada e repentina interação entre as jurisdições penais de conhecimento e executiva, parece partir do pressuposto de que a progressão de regime é um *mero procedimento de cálculo aritmético de cumprimento de pena, ignorando que está condicionada por lei à aferição do mérito do apenado para passar de um regime mais gravoso a outro.*

Ainda que a redação artigo 112 da LEP, desde a edição da **lei 10.783/03**, tenha passado a exigir para a verificação do mérito na progressão simples atestado de bom comportamento carcerário, a jurisprudência já vem entendendo que o juiz preservou a faculdade de exigir a demonstração de progresso do apenado no processo de ressocialização por meio de laudos técnicos (parecer criminológico), devendo tal faculdade ser observada pelos juízes na aplicação da lei nova, negando-se a progressão quando entenderem

Lembre-se que, em caso de crimes hediondos ou assemelhados, a menção à Lei 8.072/90, art. 2º, § 2º, é imperativa: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Dentro da competência que ora lhe é confiada, o juiz da condenação, no caso de progressão de regime semiaberto para aberto, designará data para a audiência correspondente (de regime aberto) e concederá ao réu o direito de aguardar a solução do processo em liberdade, eis que se mostra desnecessária a manutenção da custódia cautelar.

Em qualquer situação, mostra-se conveniente que o magistrado sentenciante determine, antes de proferir a decisão, a juntada do atestado de bom comportamento carcerário, em atendimento ao contido no caput, do art. 112, da LEP.

Mas e, se ainda assim, o juiz se sentir inseguro quanto a real situação pessoal do acusado? Deve converter o julgamento em diligência, com a urgência que o caso requer para juntada de nova Folha de Antecedentes. Esta e o atestado são os requisitos objetivos para deslinde do quadro.

Finalmente, dois aspectos devem ser reforçados: a) a competência para conceder a detração penal, outrora conferida exclusivamente ao juiz das execuções (LEP, art. 66, III, al. c), agora é identicamente outorgada ao juiz da condenação, dentro dos limites ora pontuados, tratando-se de um juízo provisório de progressão prisional; b) se o período de prisão provisória ou de internação não conduzir ao direito de progressão de regime, ou os antecedentes do réu sugerirem avaliação mais detida por parte do juiz das execuções, simplesmente deverá ser ignorado o preceito legal; salvo se a defensoria pleiteou a benesse nos debates orais ou memoriais, quando será obrigado a fundamentar o indeferimento, sob pena de ofensa ao direito de ampla defesa.

4. Guia de Recolhimento.

Esta tem como fonte primeira o capítulo relativo à pena imposta e seu regime de cumprimento que, no exemplo citado, foi o fechado (LEP, art. 110). No entanto, a progressão de regime concedida pelo juiz de conhecimento deverá constar do documento, ainda que inexistam campos específicos para tal fim. Esta medida visa evitar prejuízos ao acusado e transmitir ao juiz das execuções o alcance da sentença prolatada. Não é por outra razão que o art. 106, § 2º, da LEP, ao tratar da guia definitiva prescreve que: “A guia de recolhimento será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução ou ao mesmo tempo de duração da pena” (FREITAS, Jayme Walmer de. A detração penal à luz da Lei nº 12.736/2012. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3491, 21 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23509>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

que o resguardo da ordem pública exige uma aferição mais acurada do mérito do apenado, incompatível com a fase da prolação da sentença condenatória.

Com efeito, a execução penal perderia completamente seu sentido de ser um processo de individualização da pena se a progressão de regime não pudesse estar sujeita a um juízo sobre a capacidade provável de adaptação do condenado a uma nova situação menos restritiva de liberdade, tendo em vista especialmente a necessidade de resguardar o convívio social de pessoas que ainda representem um perigo para a ordem pública.

Assim, deve o Magistrado – após a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, nos moldes do art. 110 da LEP, e em outro capítulo da sentença, por versar questão própria e diversa, – analisar se o acusado preenche os requisitos objetivo e subjetivo descritos no art. 112 desse mesmo diploma legal, cuidando para que eventual detração seja anotada na guia de execução, com vistas a evitar o abatimento dobrado do tempo de prisão cautelar, bem como para proceder à designação de audiência admonitória, conforme o caso.

3. Considerações finais

Evidente, do exposto, que a melhor interpretação a ser conferida ao § 2º do art. 387 do CPP é a de que configura uma abertura legislativa de oportunidade processual para detração no âmbito da jurisdição penal de conhecimento, antecipando providência já existente na de execução.

Referências

ARAÚJO, Antônio Cláudio Linhares. **A nova lei de detração penal: dúvidas interpretativas e o “jeitinho brasileiro”**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168482,41046-A+nova+lei+de+detracao+penal+duvidas+interpretativas+e+o+jeitinho>>. Acesso em 15/1/2013.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no DOU em 13.07.1984.

BRASIL. Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012. Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória. Publicado no DOU em 03.12.2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado no DOU em 31.12.1940.

FREITAS, Jayme Walmer de. **A detração penal à luz da Lei nº 12.736/2012**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3491, 21 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23509>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

TEIXEIRA. Rejane Jungbluth. **Nem toda prisão provisória pode ser usada para detração**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-26/rejane-jungbluth-nem-toda-prisao-provisoria-usada-detracao>>. Acesso em: 09/01/2013.

A conciliação como forma de solução de conflitos nos juizados especiais criminais

Thiago Ribeiro Franco Vilela¹

RESUMO

Este artigo visa destacar a importância da conciliação como forma de solucionar conflitos diante da crise logística do Judiciário, cujos maiores reflexos recaem sobre a sociedade. Ademais, esse instituto busca o desafogamento dos processos judiciais, impedindo que os litígios se arrastem por vários anos no Judiciário.

Palavras-chave: *Conciliação; Juizados especiais criminais.*

1. Introdução

O instrumento da conciliação está previsto em alguns dispositivos do Código de Processo Civil, bem como na legislação especial, a saber, na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95).

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins atuante no Juizado Especial Criminal de Paraisópolis do Tocantins - TO. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Univale), de Governador Valadares - MG.

É uma ferramenta utilizada para acelerar o acesso à justiça e descongestionar a atuação do Judiciário, visando também à celeridade e economia processuais. A conciliação nada mais é do que uma tentativa de fazer com que as partes entrem em acordo, buscando com que autor e vítima “façam as pazes”. Tratando-se de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação, ocorre a “despenalização” do delito, através da qual também se extingue a punibilidade do autor do fato pelo cumprimento do acordo homologado, uma vez que a reparação dos danos supre a virtual necessidade de se considerar culpado ou inocente o autor do fato, bem como a imaterial necessidade de lhe impor qualquer sanção.

2. Da conciliação

Mister se faz esclarecer o que efetivamente significa conciliar. Para tanto, a etimologia do termo está perfeitamente consoante com o sentido jurídico. Assim, o dicionário Aurélio define “conciliar” como pôr em harmonia; pôr de acordo; congraçar (reatar relações, fazer as pazes); reconciliar (tornar amigos, restituir à graça de Deus); aliar, unir, combinar; atrair, captar, conseguir ficar em paz, em harmonia.

Historicamente, é difícil apontar as origens da conciliação, vez que se trata de verdadeiro comportamento da natureza humana, que, por conseguinte, a torna tão antiga quanto a própria civilização. Porém, pode-se dizer que a conciliação surge com mais notoriedade no cenário contemporâneo, devido às aceleradas transformações socioeconômicas, políticas e culturais, o que tem gerado a necessidade de regulamentar com celeridade a complexidade dos conflitos existentes entre as pessoas. Nasce, pois, a conciliação, latente de uma necessidade social de encontrar no Estado a capacidade para dirimir conflitos. Trata-se a conciliação de espécie do gênero autocomposição, como uma das várias formas de solução de conflitos, diferente de negociação, arbitragem e mediação.

Superada esta breve apresentação, a conciliação materializa-se do ponto de vista técnico jurídico de duas maneiras distintas. Inicialmente, pela simples ausência do desejo de dar continuidade no processo por parte da vítima, levando-se em conta o princípio da autonomia da vontade da vítima. São frequentes os casos em que as partes já se conciliaram, de maneira extraprocessual, não havendo mais qualquer litígio entre elas ou mesmo qualquer dano a ser reparado. Existem, ainda, ocasiões em que a conciliação ocorre durante a audiência, seja por meio do diálogo ou de um pedido de desculpas, o que justifica o papel do conciliador e do Juiz na tentativa de conciliar as partes, evitando complicações e constrangimentos para ambas. Dessa forma, basta que durante a audiência, a vítima manifeste o desejo de não representar contra o autor dos fatos, e será extinta sua punibilidade, com fulcro no artigo 107, IV do Código Penal.

Há ocasiões em que o ilícito penal vem juntamente com o dano civil. Nesses casos, durante a audiência preliminar, a vítima deverá expor quais foram os danos causados e exigir a reparação dos mesmos para que deixe de representar contra o autor dos fatos. Uma vez aceito o acordo, a não representação torna-se condicionada à reparação civil, com prazos limitados, de maneira que não ocorra a prescrição ou decadência. Quando há homologação do acordo pelo juiz, fica o autor dos fatos incumbido de, dentro do prazo estipulado, comprovar a reparação civil do dano. Tem-se falado em reparação de danos morais. Cabe ao autor dos fatos concordar ou não com o acordo proposto, porque nesses casos preliminares não se chega ao mérito da questão. Sendo incapaz a vítima, a composição civil deverá ser realizada entre o autor do fato e o representante civil da parte ofendida.

3. Dos princípios que regem a conciliação

Estão previstos em nossa Carta Constitucional os princípios que regem a conciliação. Dentre estes, está o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, também denominado de princípio do acesso à justiça, consubstanciado no art. 5º, XXXV da CRFB.

Esse princípio é contemplado na medida em que as partes solucionam o litígio utilizando o instrumento processual em questão. Verifica-se, também, a existência de prestação jurisdicional, como já mencionado anteriormente.

Destaca-se, ainda, que o aludido instrumento coaduna-se com o anseio da sociedade pela celeridade na tramitação dos processos judiciais, materializada na inclusão do inciso LXXVIII, no art. 5º da CRFB, por meio da EC nº 45/04, visto que tal inciso assegura a todos, nos âmbitos judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Além de princípios legais, a doutrina aponta outros que orientam com sucesso a solução pacífica dos litígios, sendo que alguns deles se confundem com princípios processuais, tais como: neutralidade, por meio do qual o conciliador mantém-se imparcial diante dos envolvidos, sob pena de comprometer sua atuação e do próprio poder judiciário; autonomia da vontade, verdadeiro guia do princípio anterior, no qual deve existir legítima reserva de espaço para que o cidadão possa decidir o assunto conforme seu interesse; empoderamento, de caráter pedagógico para formar um futuro cidadão, agente de solução de conflitos; por fim, um decorrente do próprio juizado especial – a celeridade.

4. Consequências da conciliação

Homologado o acordo da composição civil, pelo juiz, e mediante sentença irrecurável, esta terá eficácia de título, a ser executado no juízo competente, como prevê o art. 74 da lei 9.099/95.

A homologação do acordo não pode acarretar qualquer efeito penal, uma vez que não chega a ser julgado o caso, nem sequer são ouvidas testemunhas em juízo, apresentadas provas, ou qualquer tipo de defesa escrita, de maneira geral, não é analisada a questão do mérito. Assim, não podem ser utilizados estes casos para a caracterização de reincidência. Dessa forma, realizada a homologação de reparação civil, ou não havendo o desejo de representar por parte da vítima, inexistente incidência penal, mesmo porque se não houve denúncia ou citação, logo, o autor nunca foi réu e nem sequer chegou a ser processado.

Sobre o assunto, vale transcrever o ensinamento de Joel Dias Figueira Júnior:

A primeira vantagem da conciliação e da transação é que ambos os institutos proporcionam a extinção da lide processual, total ou parcialmente, através de uma sentença de mérito (art. 269, III), sem que dela resultem vencedores ou perdedores. Por seguinte, não há qualquer espécie de sucumbência, o que, por si só, já atinge um grau bastante elevado, entre as partes, de profunda satisfação. Apenas as despesas processuais serão rateadas, e de acordo como a vontade das partes, previamente estabelecida no ajuste. (FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p. 177.)

Constata-se da transcrição que, ao fazerem uso de instrumento em questão, as partes beneficiam-se da consequência prática de pôr fim ao litígio com isenção do ônus de sucumbência, e de despesas processuais que podem ser rateadas entre as partes, conforme isso tenha sido ajustado entre as mesmas.

4.1. Antecipação do encerramento do processo

Verifica-se que obtida a conciliação das partes, procede-se, em seguida, à sua homologação, com a consequente extinção do feito com ou sem julgamento do mérito. Desse modo, constata-se que há

antecipação do encerramento do processo, que, normalmente, só ocorre após o trânsito em julgado da sentença de procedência ou improcedência do pedido.

Com essa antecipação, no procedimento sumário, o processo é extinto logo no seu início, pois nesse rito, o momento do ato processual da conciliação é o da audiência de conciliação, que é designada após o despacho da petição inicial, sendo o réu citado para comparecer à audiência. Já no rito ordinário, sua extinção ocorre no “meio do processo”, visto que o ato processual em tela acontece quando da realização da audiência preliminar, que é designada após a réplica.

4.2. Economia de tempo e de gastos

Nota-se que, em ambos os ritos, caso seja frutífera a conciliação, não se passará para a próxima fase processual, consistente na produção de provas, que costuma ser a mais demorada e dispendiosa do processo.

Nesse sentido é a opinião de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes (2004, p. 99), quando tece comentários à inserção do § 3º no art. 331 do Código de Processo Civil: “[...] Em caso de êxito na tentativa de conciliação, será evitada a fase instrutória, geralmente mais demorada e onerosa para as partes”.

Destarte, obtida a conciliação das partes, estas são contempladas com a vantagem da abreviação do tempo de duração do processo e, ainda, com redução de gastos com o mesmo.

4.3. Instrumento sociojurídico de transformação

A evolução sistemática da tutela jurídica só foi possível graças ao processo. Evoluiu-se da vingança privada (autotutela) à autocomposição, de maneira que a pacificação social, considerada nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2005) “o escopo da

jurisdição”, seja forçada pela imposição de uma vontade comum, isto é, pela concessão mútua por meio da conciliação.

Busca-se, na conciliação, verdadeiro ponto de equilíbrio, conforme aponta a teoria dos jogos de John Nash, ganhador do prêmio Nobel, onde todos saem ganhando. Enfim, por mais que alguma parte tenha de ceder, o objetivo maior será alcançado, qual seja, a solução do conflito de forma justa, onde prevalecerá a inteligência dos demandantes no sentido de viver em paz.

Gradativamente, o principal efeito da conciliação é a pacificação das relações pessoais e sociais, visando combater na atualidade a forma como o ego das pessoas supervaloriza-se, a ponto de pautar suas atitudes de forma vingativa, seja influenciado pela mídia, questões econômicas e outros meios. Tal fato se contrapõe à filosofia cristã, em que o brasileiro deve pautar suas atitudes de forma pacífica, por meio do perdão, onde o diálogo se sobrepõe aos conflitos. Enfim, a conciliação vem resgatar valores sociais fundamentais de boa convivência.

A perseguição dessa pacificação exige rapidez condizente com as transformações de um mundo cada vez mais dinâmico, em que direito disputado por meio de um juízo de procedimento ordinário mostra-se, na maioria das vezes, ineficaz quanto à fragilidade desse direito, ocasionando descrédito do Poder Judiciário. Assim, em vez de assistir a uma morosa discussão, a conciliação vem a ser o maior aliado na recuperação de sua imagem desgastada, haja vista a celeridade com que efetivamente se encontra uma solução aos problemas de quem busca a prestação jurisdicional, renovando a imagem de um Judiciário abarrotado e limitado.

Por tudo, cabe ao processo ser o meio ordenado e lógico para dirimir conflitos. Ao falar em suprimir conflitos, há obviamente de se apontar como alternativa no processo a conciliação, onde todos saem ganhando. Conclui-se ser a conciliação verdadeiro instrumento de transformação social e cultural, corroborando para um costume

que se arraiga na sociedade, qual seja, o de levar os litigantes de qualquer modo ao entendimento, encontrando um ponto comum e agradável para todos.

5. A resistência das partes e dos advogados à conciliação

Apresentadas as vantagens geradas pela utilização da conciliação, inicia-se nesse momento a análise de outro aspecto desse instituto, sendo a relutância apresentada pelas partes e pelos operadores do direito, mormente dos advogados, quanto à aceitação do referido instituto.

No que concerne às partes, é de se esperar uma natural resistência ao uso do referido meio, porque, quando estas chegam em juízo, nota-se, em geral, uma certa animosidade entre as mesmas, muitas vezes preexistente ao ajuizamento da demanda, que constitui, inclusive, o motivo dessa lide.

Geralmente, as partes adentram a sala de audiências com espírito armado, prontas para se digladiarem. Entretanto, no decorrer da audiência, aquela hostilidade é normalmente substituída por um ânimo em obter a solução para aquele litígio, e começam as tentativas de elaboração de acordo.

Constata-se, todavia, no que concerne aos patronos das partes, a existência de uma relutância maior em conciliar do que a verificada em relação às próprias partes.

Deve-se tal fato a uma cultura do litígio que se encontra no espírito do advogado, fruto de uma visão tradicional do direito processual civil, na qual é enfatizada a obtenção da prestação jurisdicional por meio da prolação de uma sentença de procedência ou improcedência do pedido.

Dessa maneira, o advogado usa todos os seus argumentos no sentido de tentar convencer o juiz de que a tese por ele defendida

encontra-se amparada pelo Direito, razão pela qual o seu cliente deveria ser o vencedor da contenda.

No entanto, considerada a tendência moderna do direito no sentido de oferecer às partes instrumentos processuais capazes de propiciar a obtenção de uma prestação jurisdicional mais ágil, em que prevaleça a vontade manifestada pelas partes quando da composição amigável do litígio, será interessante que os advogados se mostrassem mais receptivos à ideia da conciliação, quando da análise do caso, como sendo instrumento processual mais benéfico para o seu cliente.

É importante ressaltar que, embora o rechaço à utilização do instrumento de conciliação seja o comportamento mais comumente demonstrado pela classe advocatícia. Há advogados que, ao perceberem que a conciliação consiste na solução mais favorável aos interesses de seu cliente, demonstram receptividade ao instituto, à medida que apresentam propostas de acordo que possibilitam o entendimento entre as partes, dirigindo a conciliação, evidenciando às partes que devem usar a razão, deixando de lado fatores emocionais como raiva, vingança e demais sentimentos incompatíveis para concessões recíprocas. Assim, a justiça se perfaz não como ato unilateral oferecido pela prestação jurisdicional, mas justiça operada por meio de um acordo coletivo, afinal este é o papel do advogado, ser o persecutor da justiça.

6. Definitividade ou transitoriedade do fim do litígio

Antes de prosseguirmos na explanação sobre o assunto, vale fazer uma observação no sentido de que a doutrina entende haver uma diferença terminológica entre transição e conciliação. Assim, na primeira haveria concessões mútuas das partes envolvidas, enquanto

na conciliação, embora também se vislumbre uma solução amigável entre os contendores, esta ocorre sem resultar concessão.

Nesse sentido, transcreve-se a lição do mesmo autor acerca do assunto:

Na verdade, a transação significa o conteúdo substancial mais comum da conciliação, porquanto consiste em acordo através do qual fazem os litigantes concessões mútuas. Na oportunidade da conciliação, pode ter lugar, todavia, em vez da transação, o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao direito ou a desistência da ação. É bem verdade que a desistência da ação não pacifica, definitivamente, o conflito. Ao menos serve para minimizar as tensões entre os litigantes e extinguir o processo, sem julgamento do mérito, havendo possibilidade de jamais ser renovado (FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p. 178.)

Corroborando tal entendimento, faz-se imperiosa a transcrição da opinião de Alexandre Freitas Câmara sobre a matéria:

Presentes as partes (ou seus procuradores habilitados), deve-se buscar a conciliação. Esta não deve ser confundida com a transação, a qual é, em verdade, apenas um dos possíveis resultados da conciliação. Obtida esta, pode-se ter verdadeira transação (quando houver, de parte a parte, concessões mútuas), bem assim renúncia à pretensão (por parte do demandante) ou reconhecimento da procedência do pedido (por parte do demandado), sendo certo que todos estes resultados levarão à extinção do processo com resolução do mérito. Pode ainda ocorrer de a conciliação ser alcançada e produzir, como resultado, a desistência da ação, mantendo-se intacta a pretensão do autor, uma vez que não se tocará na res in iudicium deducta. Nessa hipótese, a conciliação acarretará a extinção do processo sem resolução do mérito (CÂMARA, 2002, p. 137).

Extrai-se da distinção doutrinária, em tela, que a expressão conciliação tem um sentido mais amplo, que se consubstancia na obtenção de um entendimento entre as partes, que pode ser materializado por meio de concessões recíprocas, o que caracteriza a transação, ou por meio da renúncia à pretensão (efetuada pela vítima),

ou por intermédio do reconhecimento do pedido (realizado pelo réu) ou, ainda, através da desistência da ação (por parte da vítima).

O resultado prático dessa distinção reside na consequência que ela traz ao desfecho do processo, pois, se ocorrer reconhecimento do pedido, transação ou renúncia à pretensão, o processo será extinto com julgamento de mérito, na forma do art. 269, II, III e V, do CPC, fazendo coisa julgada material (art. 471 do mesmo diploma legal), o que representa o encerramento de forma definitiva do litígio que havia ensejado aquela demanda.

Desse modo, quando houver uma dessas formas de extinção do feito em que as partes se enfrentam, está implícito o assentimento destas quanto à definitividade do término do litígio, o que materializa o principal escopo da conciliação, que é o apaziguamento social.

Todavia, se ocorrer a mera desistência da demanda (por parte da vítima), verifica-se que há extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VIII, do Código de Processo Civil. A consequência prática de tudo isso reside no fato de que não haverá formação de coisa julgada material, o que, em outras palavras, significa dizer que o autor, a qualquer tempo, poderá ingressar em juízo com outra ação, tendo por objeto a mesma pretensão que motivou a demanda que deu origem ao feito ora extinto por meio da utilização do instrumento da conciliação.

Observa-se, nesse caso, que a conciliação tem um alcance menor do que nos outros casos, visto que abrange unicamente aquela demanda, cujo feito foi extinto sem apreciação do mérito. Tem-se, portanto, que o objetivo do instrumento da conciliação é o apaziguamento social, possuindo caráter de transitoriedade, o que não impede o surgimento de novos litígios envolvendo a mesma pretensão do autor.

7. Considerações finais

O conflito de interesses é inerente ao homem, podendo ser solucionado por diversas formas de tutela, sendo que a autotutela é proeminente como forma de solução, todavia a menos tolerada pela sociedade atual, restando como forma civilizada de solução a autocomposição.

Mesmo existindo diversas formas civilizadas de composição, alguns tipos de litígios, pelo seu pequeno valor econômico, ou por seu mínimo grau de complexidade, não eram levados ao conhecimento do Poder Judiciário, em virtude dos altos custos do processo mais os honorários advocatícios, além de sua morosidade, acarretando a insatisfação do indivíduo.

O Legislativo, sensibilizado com o quadro caótico do Judiciário, criou em 1995 a lei 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, trazendo verdadeira revolução processual, ao editar o rito por meio de princípios próprios, sem abandonar a formalidade mínima necessária ao devido processo legal.

O maior ponto dessa revolução no Juizado Especial é a conciliação, instituto de natureza diversa do impulso do processo, que de forma autônoma da petição inicial, formula pretensões para todas as partes, colocando a formulação voltada ao juiz de lado, mas que este ou terceiro (conciliador), antes equidistantes, agora formulem acordo, efetivamente influenciando no animus das partes, mas produzindo os mesmos efeitos legais de uma sentença, pela extinção do processo com ou sem julgamento do mérito.

Os benefícios alcançados nesta sistemática conciliatória são vários, mas há de se destacar a celeridade com que é colocado fim a um conflito, diminuindo em grande escala o número de processos a serem julgados e sentenciados, descongestionando as pautas do Judiciário, do Ministério Público, bem como as mesas dos cartórios cíveis e criminais. Atende-se a preceito constitucional, erradicando a imagem vinculada ao Judiciário de morosidade, e finalmente os

reflexos no íntimo das pessoas, almejando a harmonia de interesses como melhor alternativa ao conflito e consequente transformação social.

Finalmente, conclui-se a necessidade de que todos aqueles que lidam com o instituto em questão conscientizem-se da importância da conciliação, contribuindo para o aprimoramento desse importante instrumento, do modo que se estenda por outras disciplinas processuais, desde que possível, e alcance a almejada paz social.

Referências

BRASIL. **Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9099.htm>> Acesso em 22 de setembro de 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v.1.

CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no Código de Processo Civil:** (processo de conhecimento e recursos). Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Comentários à reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** Rio de Janeiro:Forense, 2002.

Esta revista foi composta na tipologia Times New Roman 12/16 para o texto e CG Ômega 20/22 para os títulos, foi impressa no papel AP 75g/m² para o miolo e Cartão Triplex 250g/m² para a capa.

REALIZAÇÃO



CENTRO DE
ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO
FUNCIONAL

ISSN 1984-168X

