



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

DEPARTAMENTO DE DIREITO

DOUTORAMENTO EM DIREITO

A EXPECTATIVA DE DIREITO COMO BEM JURÍDICO

(Tese de doutoramento em Direito)

António Medeiros dos Santos – N° 20061068

Orientador: Professor Doutor António Pedro Ferreira
Universidade Autónoma de Lisboa

Lisboa, Julho de 2015

A EXPECTATIVA DE DIREITO COMO BEM JURÍDICO

Tese apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa como requisito para obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Doutor António Pedro Ferreira.

PORTUGAL

2015

ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS

A EXPECTATIVA DE DIREITO COMO BEM JURÍDICO

Tese apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa como requisito para obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas.

AUTOR: ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR ANTÓNIO PEDRO FERREIRA

Julho/2015

DEDICATÓRIA

Esta obra é dedicada àqueles que, desprotegidos pelo acaso da sorte, muito mais do que os afortunados, dependem da compreensão e das decisões dos governantes e, de forma inacreditavelmente inconcebível, destes não recebem o devido e justo tratamento.

AGRADECIMENTOS

Neste especial momento, de pronto, agradeço a Deus por ainda manter-me com capacidade de indignação diante de procedimentos antissociais oriundos, na quase totalidade, das atividades dos erigidos, pelas normas sociais, representantes do povo. Infelizmente, em razão da frequência e aceitação de tais atos como banais, os desvios são recepcionados como normais.

À Nazi (Nazilda Medeiros), minha esposa, neste contexto, agradeço pelo incentivo que me impulsionou para, durante altas horas da noite, continuar nas árduas tarefas de pesquisa dos mais variados temas ligados à defesa da tese em comento.

Aos filhos e neto por não me deixarem perceber quanto os atormento com minha incansável mania de, sem querer aceitar as imperfeições e características alheias, pensar que todos deveriam agir, conforme estipula minha pouca parcimônia ao lutar na defesa de princípios que entendo inquestionáveis.

Aos professores da Universidade Autónoma de Lisboa, em especial aos amigos e Professores Doutores António Pedro Ferreira e Fernando José Silva, o primeiro pela paciência, palavras de incentivo e demonstração de companheirismo que apresentou durante toda essa caminhada; o segundo, por ter sido, de forma dedicada, responsável pelos “primeiros passos” em mais esta etapa da minha vida.

Agradeço, com as merecidas atenções: à Professora Doutora Constança Urbano de Sousa, Diretora do Departamento de Direito, pela produtiva e objetiva postura para o deslinde das minhas atividades académicas; ao Professor Doutor José Subtil, Presidente do Conselho Científico, pela sua prestimosa interferência neste processo e ao Professor Doutor José Amado Mendes, Coordenador do Gabinete de Apoio à Mestrados e Doutoramentos, que ao apontar, de modo construtivo, incorreções nas preliminares etapas desta obra, propiciou uma bem dirigida reformulação do trabalho académico para a construção de um instrumento teórico mais adequado às cabíveis exigências da Universidade Autónoma de Lisboa como sói acontecer na edificação de uma peça de cunho científico.

À Secretária do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, Senhora Cecília Dias, por suas enérgicas, mas produtivas e fraternas cobranças dos aspectos formais.

Aos digitadores, conselheiros da metodologia e demais colaboradores, sem os quais, com seus trabalhos em anonimato, esta tese não se materializaria.

EPÍGRAFE

“Que os governantes não devem ser onnipotentes é corolário de que são homens como os que obedecem. A maioria dos publicistas se inclina por que sejam eles limitados na ordem de mando. Não sofre dúvida que nenhum critério pode sustentar a admissibilidade de ordem refletora apenas da vontade ou do arbítrio de quem dirige. Contudo, como diz Maurice Duverger, há duas doutrinas opostas: “a doutrina liberal, que afirma a necessidade de limitar a ação dos governantes, deixando aos indivíduos uma zona de liberdade individual, no interior da qual o Estado não deve penetrar; e a doutrina totalitária, que proclama que os governantes podem intervir sem limitação em todos os domínios da atividade humana”. A última doutrina não merece consideração. Esbarra com a dignidade igual de todos os homens.”.

RIBEIRO, Manoel (1983)

RESUMO

Os efeitos da globalização, somados à grande e rápida evolução tecnológica dos meios de comunicações, entre outros fatores, têm obrigado o Estado, no sentido lato da expressão, a responder às demandas em tempo cada vez mais reduzido, implicando em intensa produção legislativa o que é também, em grande escala, uma atividade modificadora das condições atinentes à esfera jurídica das pessoas. Sendo assim, sente o cidadão, não raras vezes, suas prerrogativas reduzidas, não só em razão da desconsideração a direitos adquiridos, como, sobremaneira, e quase na totalidade, a situações previstas por ocasião de existência da denominada “*expectativa de direito*” sob a alegação da doutrina e da jurisprudência de que tal “instituto”, além de não ter registro no ordenamento jurídico, nada representa neste contexto. Destarte, neste estudo, defendemos ser, tal estágio para aquisição de um direito subjetivo, um “*bem jurídico*” e, como tal, deve ter seus elementos protegidos em face de um novo regramento que, de modo prejudicial, venha a lhe atingir. Para isto, levantamos aspectos de ordem social e filosófica para mostrar a incongruência entre as preleções contidas nestes campos e o citado entendimento jurisprudencial e doutrinário. Observamos também o maquiavelismo que se apresenta quando o cidadão registra o desrespeito ao preestabelecido pelo próprio comando estatal em detrimento dos seus mais basilares direitos, mesmo diante de normatizações para as quais, de fato, não teve o menor poder de ingerência, e sim, apenas, o dever de obediência, o que podemos verificar nas análises feitas a partir dos resultados da pesquisa de campo, que neste caso foi realizada através de questionários sobre o tema. Com base na própria doutrina e ordenamento jurídico existentes, respaldamos o entendimento que defendemos nesta investigação científica, qual seja, não deve o novo mandamento legal modificar os termos e condições de pactos previamente entabulados mesmo ainda que não se configure o direito adquirido. Para isto discorreremos sobre todo o percurso que é trilhado até que estejamos diante da situação conhecida como de “*expectativa de direito*” a qual só se apresenta após a realização de uma sequência de *atos jurídicos perfeitos*. Em seguida, demonstramos a agressão provocada, pela desconsideração do instituto em análise, a determinados princípios jurídicos e, por fim, propomos o modo e status pelos quais deve ocorrer a inserção da “*expectativa de direito*” no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Fatos parcelares. Ato jurídico perfeito. *Expectativa de direito*. Bem jurídico. Bem antecedente.

ABSTRACT

The effects of globalization added to the large and rapid technological evolution of communications, among other factors, have forced the State, in the broadest sense of the term, to respond its demands within shorter periods of time, also taking into consideration the intense legislative production that is in large scale as well, a modifying activity of the circumstances pertaining to the legal rights of people. Thus, citizens often feel that their privileges are reduced, not only because of the disregard of their vested rights, but also overwhelmingly and in almost every case because of envisaged situations due to the so-called "expectation of rights", under the claim of doctrines and jurisprudences of such "institute" that lacks legal records and doesn't represent anything in this context. Therefore, this study aims at defending the stage of the acquisition of a subjective right, which means a "legal asset" that should have protection elements, in face of new rules that may cause it any harm. For this, we looked for social and philosophical issues to show the incongruity between the content in these areas and the understanding of the jurisprudence and doctrinal content. We have also observed that the Machiavellianism is present when citizens disrespect what is predetermined by the state over their most basic rights, even in the face of norms for which, indeed, it had not the slightest power to intervene, but only the duty of obedience, which could be verified in the analysis made according to the findings from the field research conducted through questionnaires on the subject. Based on the doctrine itself and on the existing law, we have endorsed the view that we advocate in this scientific research, in which the new legal commandment should not change the legal terms and treaties previously being agreed, even if they do not set a vested right. For this we have argued about the whole course to be trodden until we are faced with the situation known as the "expectation of law", which can only be presented after the achievement of a series of perfect legal acts. Next, we have demonstrated the aggression caused by the disregard of the institute being analysed in relation to certain legal principles and, finally, we have proposed a manner and a status through which the insertion of the "expectation of law" should be inserted in the legal system.

Keywords: Fragmentary Facts. Perfect Legal Act. Expectation of Law. Legal Asset. Good Standing

RESUMEN

Los efectos de la globalización, sumados a grande y rápida evolución tecnológica de los medios de comunicación, entre otros factores, ha obligado el Estado, en el sentido lato de la expresión, a responder las demandas en tiempo cada vez más reducido, implicando en intensa producción legislativa lo que es también, en gran escala, una actividad modificadora de las condiciones atinentes a la esfera jurídica de las personas. Siendo así, el ciudadano siente, no raras veces, sus prerrogativas reducidas, no solamente en razón de la desconsideración a los derechos adquiridos, como también y casi en la totalidad, a situaciones previstas por ocasión de la existencia de la denominada “expectativa del derecho” sobre alegación de la doctrina y de la jurisprudencia de que tal “instituto” además de no haber registro en el ordenamiento jurídico nada representa en este contexto. De esta manera, en este estudio, defendemos ser, tal paso para adquisición de un derecho subjetivo, un “bien jurídico” y, como tal, debe tener sus elementos protegidos en vista de un nuevo reglamento que, de modo prejudicial, venga a alcanzarlo. Para esto, levantamos aspectos de orden social y filosófico para mostrar la incongruencia entre las lecciones contenidas en estos campos y el citado entendimiento jurisprudencial y doctrinario. Observamos también el maquiavelismo que se presenta cuando el ciudadano registra el falta de respeto a preestablecido por el propio comando estatal en detrimento de sus más basilares derechos, mismo delante de normalizaciones para las cuales, de fato, no tuvo el menor poder de injerencia, y si, apenas, el deber de obediencia, lo que podemos verificar en las análisis hechas a partir de los resultados de la pesquisa de campo, que en presente fue realizada a través de cuestionarios sobre el tema. Con base en la propia doctrina e ordenamiento jurídico existentes, respaldamos el entendimiento que defendemos en esta investigación científica, cual sea, no debe el nuevo mandamiento legal modificar los términos e condiciones de pactos previamente combinado mismo aunque no se configure lo derecho adquirido. Para esto relatamos sobre todo el per curso que es seguido hasta que nos quedamos delante de la situación conocida como de “expectativa de derecho” la cual solamente se presenta después de la realización de una secuencia de actos jurídicos perfectos. En seguida, demostramos la agresión provocada, por la desconsideración del instituto en análisis, a determinados principios jurídicos y, por fin, nos proponemos informar el modo y status por los cuales debe se producen la inserción de la “expectativa de derecho” en el ordenamiento jurídico.

Palabras-llave: Factos parcelares. Acto jurídico perfecto. Expectativa de derecho. Bien jurídico. Bien antecedente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
2 ESTRUTURA DO TRABALHO.....	22
2.1 INEDITISMO DO TEMA	22
2.2 DESENVOLVIMENTO DA TESE.....	24
2.3 OBSERVAÇÕES COMPLEMENTARES.....	29
2.3.1 Aspectos gerais.....	29
2.3.2 O Direito Civil no âmbito do Direito Constitucional	31
3 ASPECTOS METODOLÓGICOS	34
3.1 JUSTIFICATIVA, NATUREZA E MÉTODO DA PESQUISA	35
3.2 TEMA	42
3.3 FORMULAÇÃO DOS PROBLEMAS	43
3.4 HIPÓTESES	44
3.5 OBJETIVOS	47
4 A EXPECTATIVA DE DIREITO E O DIREITO ADQUIRIDO	48
4.1 A VONTADE COMO ELEMENTO NA EXPECTATIVA DE DIREITO	52
4.2 A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE DIREITO E O ATO JURÍDICO PERFEITO	65
5 A EXPECTATIVA DE DIREITO E O BEM JURÍDICO.....	77
5.1 ASPECTOS PRELIMINARES	77
5.2 CONCEITO DE BEM	78
5.3 BEM E COISA	79
5.3.1 O bem e a relação jurídica.....	84
5.4 BEM JURÍDICO – CONSIDERAÇÕES GERAIS	86
5.5 CLASSIFICAÇÃO DOS BENS.....	88
5.6 A EXPECTATIVA DE DIREITO COMO ESPÉCIE DE BEM JURÍDICO.....	100
5.6.1 Proteção Jurídica para a Expectativa de direito	103

6 EFEITOS DA FALTA DE PROTEÇÃO À EXPECTATIVA DE DIREITO	108
6.1 PROPOSTA DE ESTUDO E DE PROTEÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO	116
7 O DESEQUILÍBRIO SOCIAL E A INSEGURANÇA JURÍDICA	129
7.1 O PODER, O DIREITO E O INDIVÍDUO	140
7.2 O DIREITO COMO INSTRUMENTO DO PODER	144
7.2.1 O poder dominante.....	179
7.3 A JUSTIÇA COMO INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VINGANÇA.....	182
7.4 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS.....	186
8 FORMAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS.....	193
8.1 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS	199
9 ATO JURÍDICO.....	203
9.1 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS “LATO SENSU”	205
10 NEGÓCIO JURÍDICO	211
10.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO	214
10.1.1 Classificação.....	215
10.2 REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO	221
10.2.1 A boa-fé na interpretação do negócio jurídico	223
10.2.2 A boa-fé e a reserva mental na interpretação do negócio jurídico	225
10.2.3 Outras regras de interpretação do negócio jurídico	231
10.3 ELEMENTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO	233
10.3.1 Elementos naturais	233
10.3.2 Elementos essenciais.....	235
10.3.2.1 Plano de existência.....	236
10.3.2.2 Plano de validade	237
10.3.3 Elementos acidentais	241
10.3.3.1 Plano de eficácia	242

10.3.3.1.1 A condição	242
10.3.3.1.2 O termo	245
10.3.3.1.3 O modo	247
10.3.4 Observações complementares	248
10.4 REPRESENTAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	249
10.4.1 Auto negócio.....	254
10.5 DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	255
10.5.1 Vícios de consentimento.....	255
10.5.1.1 Erro ou ignorância	255
10.5.1.2 Dolo	258
10.5.1.3 Coação	260
10.5.1.4 Estado de perigo.....	264
10.5.1.5 Lesão	265
10.6 VÍCIOS SOCIAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	267
10.6.1 Fraude contra credores.....	267
10.6.2 Simulação	269
10.7 INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	270
10.7.1 Nulidade do negócio jurídico.....	271
10.7.2 Anulabilidade do negócio jurídico	272
11 ATOS JURÍDICOS LÍCITOS E ATOS JURÍDICOS ILÍCITOS.....	273
12 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.....	280
12.1 SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA	280
13 A EXPECTATIVA DE DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	282
14 A EXPECTATIVA DE DIREITO E PRINCÍPIOS AFINS	328
14.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	332
14.1.1 A boa-fé na jurisprudência brasileira	342

14.1.2 Princípio da proteção da confiança na jurisprudência brasileira	349
14.1.3 Princípio da segurança jurídica na jurisprudência brasileira	373
14.2 SEGURANÇA JURÍDICA NO MUNDO MODERNO.....	377
14.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	383
14.3.1 Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais	387
14.3.2 Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na União Europeia	392
14.3.3 Dignidade da pessoa humana na jurisprudência brasileira	396
14.4 POSSIBILIDADES DE DESCONSIDERAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO.	407
15 A EXPECTATIVA DE DIREITO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	413
15.1 A EXPECTATIVA DE DIREITO NO TEXTO CONSTITUCIONAL	421
16 A EXPECTATIVA DE DIREITO SOB A ANÁLISE SOCIAL	429
17 DIREITO JUSTO	434
17.1 DIREITO JUSTO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	438
18 CONCLUSÃO.....	443
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	448
ANEXOS	463

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABPI	Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
abr.	abril
Ac.	Acórdão
ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
adv.	advogado
agdo.	agravado
ago.	agosto
AgRg	Agravo Regimental
agte.	agravante
APDI	Associação Portuguesa de Direito Intelectual
art.	artigo
BFDC	Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CE	Ceará
CF	Constituição Federal
cit.	citado
CNH	Carteira Nacional de Habilitação
Código Civil	Código Civil
CONTRAN	Conselho Nacional de Trânsito
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa

CRP	Constituição da República portuguesa
CTN	Código Tributário Nacional
DF	Distrito Federal
Dje	Diário da Justiça Eletrônico
DL	Decreto-Lei
Doc.	Documento
DOU	Diário Oficial da União
ed.	edição
EREsp	Embargos de Divergência no Recurso Especial
ESD	Enciclopédia Saraiva do Direito
etc.	et cetera
fev.	fevereiro
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
fl.	folha
HC	Habeas Corpus
inc.	inciso
Incra	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
jan.	janeiro
jul.	julho
jun.	junho
LC	Lei Complementar
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LTr	Legislação Trabalhista
mar.	março
MC	Medida Cautelar

MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
MP	Ministério Público; Medida Provisória
MPU	Ministério Público da União
MS	Mandado de Segurança
n.	número
nodo.	notificado
note.	notificante
nov.	novembro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
obs.	observação
of.	ofício
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
opte.	opoente
out.	outubro
p.	página
p. ex.	por exemplo
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PGR	Procuradoria Geral da República
proc.	processo; procuração
prof.	professor
RE	Recurso Extraordinário (STF)
recdo.	recorrido
recte.	recorrente
REEsp	Recurso Extraordinário e Especial
Rel.	Relator

reqdo.	requerido
reqte.	requerente
Res.	Resolução
REsp	Recurso Especial ((STJ)
RJ	Rio de Janeiro
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RN	Rio Grande do Norte
RO	Recurso Ordinário
RR.	Réus
RS	Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
S	Súmula
s.m.j.	salvo melhor juízo
set.	setembro
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
TCU	Tribunal de Contas da União
TJ	Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

TST	Tribunal Superior do Trabalho
UAL	Universidade Autónoma de Lisboa
UC	Universidade de Coimbra
v.	Volume
v.g.	verbi gratia
Writ	Mandamus (Mandado, ordem escrita)

INTRODUÇÃO

A presente tese foi motivada pela necessidade de se fazer um estudo sobre a situação-problema vivenciada no cotidiano hodierno dos mais diversos Estados Soberanos, qual seja, a falta de *segurança jurídica*¹ vivida pelos administrados em razão da desconsideração de atos legitimamente perpetrados e que, em face de um novo regramento estatal, são desconsiderados como elementos substanciais para formação de direitos subjetivos futuros, sejam estes decorrentes de atos entabulados entre particulares ou entre particulares e o Estado, gerando, destarte, grande índice de insatisfação tanto de ordem individual como também atinentes a aspectos de abrangência coletiva.

Motivo de enfático significado para a construção deste trabalho encontra-se nas recentes medidas que modificam, em prejuízo da grande massa trabalhadora da iniciativa privada ou detentora de função pública, as regras pertinentes à aposentadoria das mesmas. Cabe, entretanto ressaltar que os estudos realizados abrangem várias outras situações, resultantes da formação dos mais diversos tipos de atos jurídicos, que registram semelhantes agressões aos mais legítimos direitos dos cidadãos.

Foram realizados trabalhos de campo no Estado da Bahia-Brasil, além de pesquisas nas doutrinas e nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal.

O tema em comento que foi intitulado “*A expectativa de direito como bem jurídico*” é, em sequência, também motivado pelos estudos que tiveram origem na elaboração de matéria, elemento de etapa preliminar para o acesso ao Doutorado em Ciências Jurídicas desenvolvido no programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Autônoma de

¹ Segurança jurídica. A *segurança do direito*, é um valor jurídico que exige a positividade do Direito, enquanto a *segurança jurídica* é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o Direito Constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a *segurança jurídica* pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a *segurança jurídica* consiste na garantia de estabilidade e certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte – Brasil: Fórum, 2005, p. 17.

Lisboa, intitulada “Ato jurídico perfeito²: Um estudo comparativo entre doutrinas e ordenamentos brasileiro e português quanto a sua eficácia face à Emenda Constitucional”.

O objetivo, no momento, era a realização de pesquisa com o fito de desenvolver instrumentos para a segurança dos *atos jurídicos perfeitos*, no entendimento de que tais *atos parcelares*³, elementos constitutivos da situação configurada como de *legítima expectativa de direito*⁴, se configuram atos que justificam a devida proteção do ordenamento jurídico⁵ devendo ser observado desde já que entendimento contrário, a nosso ver, consubstancia indevido fertilizante para o crescimento de situações provocadoras de agressão ao *princípio da segurança jurídica* e, em decorrência, agressão ao *princípio da proteção à dignidade humana*, o que pretendemos demonstrar, de modo mais enfático, no decorrer deste estudo de cunho científico.

No referido trabalho mostrou-se, em síntese, que a expressão “*ato jurídico perfeito*” apresenta sede constitucional no direito brasileiro, haja vista o que preceitua o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil⁶. Contudo, seu conceito está, de forma sucinta, expresso no § 1º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito

² Ato jurídico perfeito. É aquele já realizado, acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, pois já satisfaz todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se portanto completo ou aperfeiçoado. Sua importância para o direito é a proteção dada à pessoa da imutabilidade da situação jurídica que de boa-fé foi realizada dentro dos parâmetros legais quando sobrevém nova lei. Para seu estudo deve-se trabalhar com o que se chama de direito intertemporal, Direito adquirido em sentido amplo, com o princípio da segurança jurídica e, no Brasil, com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, além da fonte constitucional. Apesar da previsão na Lei de introdução, a questão é de teoria geral do direito, aplicando-se a todos os ramos do direito, sobretudo em *Direito Material (Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Comercial ou Empresarial, Direito Previdenciário, Direito do Trabalho*, entre outros).

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_jur%C3%ADdico_perfeito>. Acesso em: 24 out. 2013.

³ Fatos parcelares. Expressão constante do conceito de expectativa jurídica, conforme a professora Ana Prata. Expectativa jurídica. Nos chamados factos complexos de formação sucessiva (facto resultante da conjugação de vários factos parcelares, cuja produção não é simultânea), a lei protege a situação que se verifica quando já se produziram alguns dos factos de que resultam efeitos jurídicos, mas não se produziram ainda todos. Diz-se que tem uma expectativa jurídica a pessoa em benefício da qual o efeito definitivo se produzirá previsivelmente. PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 531.

⁴ Legítima expectativa de direito. Expressão que norteará grande parte do tema em estudo, motivando, destarte, seu aparecimento em numerosas oportunidades. Entretanto, a análise do referido enunciado registrar-se-á de forma mais detalhada no decorrer do capítulo 4 – Expectativa de direito e direito adquirido – sobremaneira, no subitem 4.2 – A legítima expectativa de direito e o ato jurídico perfeito – onde a expressão será decomposta.

⁵ Ordenamento jurídico. Conjunto de preceitos (normas e regras) que formam uma unidade e cujo conteúdo, tendo como núcleo a Constituição, é integrado em grau descendente de hierarquia, pelas leis, decretos, portarias, regulamentos, decisões administrativas e negócios jurídicos individuais, e, em quadro à parte, a doutrina jurídica, vinculante (decisões judiciais) e não vinculantes (opinião dos juristas). SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 611.

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil.

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:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Brasileiro-LINDB⁷, denominação atual da conhecida Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro-LICC, mudança expressa nas disposições da Lei n. 12.376⁸, de 30 de dezembro de 2010.

De acordo com a referida Lei, depreende-se que este ato jurídico deve estar em conformidade com o Direito Positivo⁹ vigente no momento da sua construção, para que o mesmo seja considerado perfeito.

No direito português, a segurança dos atos jurídicos em nível constitucional é abordada através da garantia da irretroatividade da nova lei quanto à restrição de direitos, liberdades e garantias, de modo a não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, conforme dicção do n. 3 do artigo 18º da Constituição da República portuguesa¹⁰.

Na elaboração do projeto de pesquisa, o tema assumiu a denominação: “Ação Normativa do Estado: ato normativo como instrumento de agressão à *segurança jurídica*.”

⁷ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

⁸ Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

Art. 1º Esta Lei altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, ampliando o seu campo de aplicação.

Art. 2º A ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com a seguinte redação: “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 30 de dezembro de 2010.

⁹ Direito Positivo. A expressão Direito Positivo constitui uma dialética com Direito Natural – duas ópticas metodológicas diversas do Direito.

No direito romano temos as formas originárias: *jus positum et jus naturale*.

Direito Positivo é o *jus positum in societate*, i. e., aquele colocado, elaborado, pelo homem, na sociedade, a construção humana imperativa, enquanto o Direito Natural é aquele que já se encontra na natureza.

O Direito Positivo, porque é criado pelo homem, pode sofrer mutações no Estado, desde que haja tácito consentimento do povo, ou por outra forma coercitiva posterior criada pelo homem.

Os romanos estabeleciam uma hierarquia, subordinando o Direito Positivo ao Direito Natural.

Temos o conceito de Direito Positivo, acima explicado. Mas, coisa diferente do conceito é a consideração do objeto como valor. Neste particular, o conceito de Direito Positivo gera concepções que surgem o crivo de “positivismo jurídico”.

As várias formas de positivismo jurídico (porque não há uma forma única de positivismo) procuram explicar a supremacia metodológica desse Direito sobre o Direito Natural (também uma pluralidade de concepções).

Dentre os vários argumentos da tese positivista estão os da coercibilidade, que só pode ser exercida pelo Estado.

Daí que os valores jurídicos, como ordem, segurança, paz, estariam assegurados pelo Direito Positivo, enquanto os valores, como justiça, verdade, na sua forma mais profunda, estariam resguardados pelo Direito Natural.

MACEDO, Silvio de. *Direito Positivo*. In Enciclopédia Saraiva do Direito. R. Limongi França (coord.). São Paulo - Brasil: Saraiva, 1977, v. 27, p. 504-505.

¹⁰ Constituição da República portuguesa.

Art. 18º (Força Jurídica).

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Nesse ponto, a atenção voltava-se com ênfase total para as relações institucionais oriundas de atos jurídicos entabulados entre o particular e o Estado, este, na condição de soberano. Contudo, sob tal enfoque, foi desenvolvido um trabalho que deslumbrava enfática amplitude de pesquisa, pois apontava para a necessidade de análise sem delimitação definida nos campos do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e, sobremaneira, do Direito Civil.

Destarte, por ocasião da apresentação do referido projeto de tese ao júri formado por Professores Doutores da Universidade Autónoma de Lisboa - UAL, o pertinente tema foi aprovado com a indicação de delimitação da sua abrangência, o que nos levou a desenvolver esforços para que o assunto pudesse ser identificado, em grande parte, como pertinente, em princípio, à matéria do Direito Civil, haja vista que, mesmo não possuindo o status que identifica a supremacia da Carta Magna, que impõe sua observação em todos os demais campos do ordenamento jurídico, o citado ramo do direito reúne, no seu contexto disciplinar, entre outros, os basilares conceitos do que se configura *fato, ato e negócio jurídico*; o estudo das exigências para legitimidade dos diversos atos, quando expõe sobre as condições, os termos e modos pelos quais os mesmos se expressam, e assim por diante.

O dissecar de tais assuntos apresenta-se como tarefa imprescindível para a fundamentação das premissas constantes desta obra.

Na continuidade dos trabalhos, decidimos pela denominação “Ato jurídico perfeito: sua eficácia e *segurança jurídica*”, o que, praticamente, nos fazia retornar, em princípio, à situação referente ao tema, conforme definido no início do nosso trabalho.

Em face de tal situação e decorrente de uma análise mais dirigida para a evidência que pretendemos dar à matéria, o trabalho foi intitulado como “*Direito adquirido*”¹¹ à *imutabilidade na expectativa de direito*”.

A partir daí, as ideias que defendemos na tese de doutoramento em pauta passam então a ser, em sentido amplo, o estudo da *segurança jurídica* do jurisdicionado face às determinações de uma nova lei, quando se trate de ato legal ou face às alterações contratuais,

¹¹ Direito adquirido. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro – LIC (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) determina que direito adquirido é aquele que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afeta os direitos adquiridos por seus empregados. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Primeira Impressão, 2007, p. 304.

quando resultantes das *relações jurídicas*¹² entre particulares, ainda que pautadas em novo regramento legal.

Contudo, mesmo assim, percebemos que o título do tema em comento propiciava o desvio de atenção em relação ao núcleo daquilo que deveria ter maior ênfase, ou seja, a garantia de *segurança jurídica* para a condição de *legítima expectativa de direito*, pois, o instituto do “direito adquirido” apresentava-se com grande relevância na denominação apontada, sem, todavia, ser o estudo deste o propósito fundamental do nosso trabalho.

Assim, após outras pertinentes análises, o tema desse estudo passou a ser denominado como atualmente se apresenta, isto é, “*A expectativa de direito como bem jurídico*”.

Entretanto, não pretendemos tirar de foco o fato de que em cada uma das várias circunstâncias dirigidas para a obtenção, conforme respaldo do *direito objetivo*¹³, de um futuro *direito subjetivo*¹⁴, o mesmo não deve ser confundido com os elementos existentes durante a condição de *expectativa de direito*, mas para tais elementos defendemos o tratamento de “direito adquirido” no tocante à garantia de imutabilidade dos pertinentes *atos jurídicos perfeitos* realizados durante o itinerário para o alcance do almejado bem futuro.

¹² Relação jurídica ou relação de direito. 1) Relação objetiva ou subjetiva da vida social, que o Direito normativo regula e protege. 2) Vínculo jurídico que liga o sujeito do direito ao seu objeto. 3) Nexa entre o sujeito ativo e o sujeito passivo de um direito, do que resulta para o primeiro o poder e para o segundo o dever jurídico. HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Primeira Impressão, 2007, p. 771-772.

¹³ Direito objetivo. Para Ruggiero o “direito objetivo pode definir-se como o complexo das regras impostas aos indivíduos nas suas relações externas, com caráter de universalidade, emanadas dos órgãos competentes segundo a constituição e tornadas obrigatórias mediante a coação.” RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, São Paulo - Brasil: Saraiva, 1971, v. 1, p. 27.

O direito objetivo, através das normas, determina a conduta que os membros da sociedade devem observar nas relações sociais. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Editora Lumen Juris, 2006, p. 108-109.

¹⁴ Direito subjetivo. O direito subjetivo é uma faculdade conferida pelo direito objetivo. Ao direito como regra de conduta se contrapõe o direito subjetivo – que são faculdades jurídicas – que consiste em prerrogativa reconhecida pelo direito objetivo em relação à pessoa. Este tema é o mais controvertido no universo do Direito. O direito subjetivo é algo próprio da pessoa, donde o étimo *subjectum*, que quer dizer: o que é submetido, o sujeito. A ordem jurídica garante o direito subjetivo (*facultas agendi*). PAES, Paulo Roberto Tavares. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo - Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 25.

2 ESTRUTURA DO TRABALHO

Neste capítulo, o de número 2 – Estrutura do trabalho – além da exposição dos pontos que identificam a presente peça científica como inédita, abordamos sobre o conteúdo de cada um dos demais capítulos, informamos sobre aspectos formais relevantes para a confecção da mesma e mostramos, de início, a ligação e importância do Direito Civil no âmbito do Direito Constitucional.

2.1 INEDITISMO DO TEMA

Embora a abordagem do tema *expectativa de direito* apresente, de um modo geral, reduzido conteúdo na doutrina¹⁵ e jurisprudência¹⁶, não podemos desconsiderar sua existência na literatura jurídica.

Entretanto, como serão demonstrados adiante, os ensinamentos majoritários se inclinam no sentido de que, enquanto não concluídas todas as etapas para a aquisição de um pretendido bem futuro, a situação intermediária que consubstancia o estágio denominado *expectativa de direito*, não representa, em realidade, uma situação de Direito e por consequência não se traduz em um *bem jurídico*, não cabendo, desta forma, qualquer guarida do ordenamento.

¹⁵ Doutrina. Designa-se assim o conjunto dos escritos publicados a cerca de problemas jurídicos, designadamente comentários ou anotações lei, lições universitárias, monografias, tratados, artigos de revista, pareceres e outros. Quando se coloca o problema de saber se a doutrina é fonte de Direito na actualidade só pode estar em causa saber se ela é uma fonte mediata e, mesmo quanto a esta questão, para já não referir o carácter controverso das chamadas fontes mediatas, a resposta não pode ser liminarmente positiva, embora haja casos em que as posições defendidas por certos autores em relação a dadas matérias venham a inspirar as soluções legais. Tempos houve, no entanto, em que a doutrina definia o Direito aplicável: assim aconteceu em certos períodos do Direito romano, em que à doutrina de alguns jurisconsultos foi atribuída *auctoritas*, isto é, foi conferida aos seus pareceres força vinculante para além dos casos concretos que tinham constituído seu motivo ou pretexto. Também na época medieval tal aconteceu, encontrando-se vestígio disso nas nossas Ordenações, que reconheciam às opiniões dos doutrinadores força vinculativa, pelo menos na ausência de preceito legal aplicável; neste último caso, não se tratava, em rigor, de a doutrina ser autónoma fonte de Direito, pois a força normativa provinha-lhe das Ordenações, isto é, da lei. PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 473.

¹⁶ Jurisprudência. Série de acórdãos dos tribunais sobre a interpretação do mesmo preceito jurídico e sua aplicação em face de fatos análogos. Em sentido abstrato, é a própria Ciência do direito. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 488.

As decisões jurisprudenciais quando, nas raras vezes, demonstram reconhecimento da necessidade de inalterabilidade dos termos e condições, previamente entabulados para garantir um determinado direito, mesmo que diante de novo regramento legal, baseiam-se na análise de vários princípios jurídicos para, de forma casuística, alicerçar o pertinente entendimento. Nestes casos não se registram a fundamentação com base em um instituto que, tendo vida própria, possa ser utilizado como elemento bastante para determinar o direito à imutabilidade de *atos jurídicos perfeitos* que foram erigidos com o fito de aquisição de um determinado e futuro outro direito.

Sendo assim, o ineditismo do tema “ *A expectativa de direito como bem jurídico*” reside, entre outros aspectos, no fato de que defendemos a situação de expectativa de direito, conforme será detalhado no subitem 5.4 – A expectativa de direito como espécie de bem jurídico – na condição de um *bem jurídico* a ser classificado como: *bem imaterial, patrimonial, obrigacional* e de acordo com uma também inédita classificação, como *bem antecedente*.

No subitem 4.2 – A legítima expectativa de direito e o ato jurídico perfeito – mostramos que ao desconsiderarmos a necessidade de os termos e condições, que compõem a *legítima expectativa de direito*, não sofrerem modificações, estamos a permitir, de modo reflexo, o desrespeito ao *ato jurídico perfeito*, instituto que, literalmente, encontra sede no ordenamento constitucional brasileiro e de modo similar é expresso no ordenamento de Portugal, entre outras disposições, através do mandamento contido no n. 3 do artigo 18º da pertinente Carta Magna.

No capítulo 15 – A expectativa de direito como direito fundamental – desenvolvemos argumentações em torno dos direitos sociais e direitos fundamentais no sentido de, após delineadas as mais aparentes distinções, justificarmos a introdução da situação de *legítima expectativa de direito* neste contexto.

Ainda, apresentamos como originalidade do tema a defesa de inclusão desta nova espécie de bem no texto constitucional com o fito de que o reconhecimento do mesmo, não fique à mercê da análise casuística e da subjetividade dos julgadores.

Esses pontos, juntamente com outros conexos, voltarão a ser abordados no decorrer do capítulo 14 – A expectativa de direito e princípios afins – quando no subitem 14.1 – Princípio da boa-fé, da proteção da confiança e da segurança jurídica – analisaremos traços diferenciadores entre o presente trabalho e outras peças de cunho científico, as quais de

variados modos demonstram preocupação com respeito à legítima expectativa de direito, sem contudo trilharem pelos mesmos caminhos, sobremaneira, no que tange a colocação do tema como objeto central e a sua defesa como instituto de vida jurídica própria.

2.2 DESENVOLVIMENTO DA TESE

Maiores reflexões serão feitas, no que se refere à escolha desse tema, a partir das definições de *expectativa de direito* e de *bem jurídico* no sentido de possibilitar, de modo preambular, o entendimento da pesquisa que nos propomos, isto é, investigar e defender “*A expectativa de direito como bem jurídico*”.

Neste subitem (2.2 – Desenvolvimento da tese) o título de alguns tópicos reaparecerão sob identificação ou complementação distintas. Nessa perspectiva, informamos que o trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma:

No capítulo 1 – Introdução – foi realizado breve histórico que vai do surgimento da ideia da tese até a definição do título do tema como atualmente se apresenta, demonstrando, gradativamente, as razões pelas quais esse estudo sofreu modificações na sua titulação.

No capítulo 3 – Aspectos metodológicos – destinado à explanação das técnicas e processos utilizados na investigação científica, foi apresentada cada uma das pertinentes fases ligadas à elaboração da pesquisa convergentes ao objeto de estudo.

Foram elencados os motivos que justificaram e os que justificam o presente trabalho.

Em seguida, ou seja, no que diz respeito ao tratamento do tema, foram definidos, em linhas gerais, os procedimentos para sua delimitação e operacional execução.

Quanto ao problema da pesquisa, foram elaborados os devidos questionamentos a serem respondidos, de forma afirmativa ou não, no transcurso dos trabalhos propostos.

Ainda na etapa pertinente à metodologia, foram verificadas as hipóteses inerentes ao tema, as quais são retomadas para efeito da consistência e tratamento dos dados relativos às possíveis respostas à questão de pesquisa, considerando o levantamento e análise de determinados aspectos fáticos.

No capítulo 4 – A Expectativa de direito e o direito adquirido – buscamos mostrar que não estamos a defender interpenetrações de sentidos entre as duas expressões, isto é, não pretendemos defender a aquisição do bem futuro almejado durante a situação de expectativa de aquisição do mesmo.

Enfatizamos a vontade como elemento marcante para o entabulamento de diversos *atos jurídicos perfeitos* e, inclusive, observamos aspectos constantes de decisões judiciais ligadas às pertinentes questões.

Separamos a primeira parte do tema para tecermos comentários, etimológicos e técnico jurídicos, sobre a expressão *expectativa de direito*, justamente para identificarmos características, deste instituto, que se encontram presentes durante a situação da *legítima expectativa de direito*.

Classificamos sob o prisma constante do parágrafo anterior, a situação jurídica em análise e, por fim, neste tópico, desenvolvemos específicas fundamentações para a determinação da *expectativa de direito* como lídimo elemento para proteção do Direito Positivo.

Ainda, no decorrer do Capítulo 4 – A Expectativa de direito e o direito adquirido – através das informações contidas no item 4.2 – A legítima expectativa de direito e o ato jurídico perfeito – elaboramos análises para o que entendemos como um dos pontos cruciais pertinentes ao nosso tema.

Assim, primeiro mostramos a exigência de que a *expectativa de direito* para merecer a proteção do ordenamento positivado tem que se configurar *legítima*, e em torno deste vocábulo desenvolvemos maiores comentários.

Em seguida, correlacionamos a *legítima expectativa de direito* com o *ato jurídico perfeito* e concluímos pelo fato de que a mutação dos *termos e condições* existentes, em um entabulamento de avença que dá origem a uma situação qualificada como de *legítima expectativa de direito*, de modo reflexo, agride o instituto denominado no ordenamento brasileiro como *ato jurídico perfeito* o qual, como já afirmado, tem sede no pertinente texto constitucional.

No capítulo 5 – A expectativa de direito e o bem jurídico – buscamos as basilares classificações e conceitos pautados, sob nossa ótica, na doutrina majoritária, a respeito do *bem jurídico* com a finalidade de encaminhar as análises quanto a expressão *expectativa de direito*

em direção à identificação e conceito de uma nova classificação dentre as espécies do referido instituto.

No capítulo 6 – Efeitos da falta de proteção à expectativa de direito – tivemos como proposta mostrar os efeitos sociais no âmbito individual e coletivo, em razão da desconsideração da *expectativa de direito como bem jurídico* e, por consequência, sem proteção do ordenamento.

No capítulo 7 – O desequilíbrio social e a insegurança jurídica – a intenção foi demonstrar a dependência e condição de desvantagem que caracteriza o indivíduo diante das expressões de poder, sejam essas resultantes da delegação regulamentada ou da adquirida através da supremacia econômica.

Observamos as relações entre o *poder*, o *direito* e o *indivíduo*. Mostramos situações nas quais ficam evidenciadas determinações regulamentares que contrariam, em prejuízo dos administrados, normas preestabelecidas pelo próprio Estado. Nesta oportunidade utilizamos exemplos lusitanos e brasileiros. Neste último caso, nos valem, de forma detalhada, das Emendas Constitucionais que provocaram significativas mudanças no sistema previdenciário dos servidores públicos do Brasil.

Também, ainda no capítulo 7 – O desequilíbrio social e a insegurança jurídica – tecemos comentários sobre o que definimos como *poder dominante*, o papel da *Justiça* como instrumento do poder e os efeitos jurídicos em razão do fenômeno denominado *globalização*.

No capítulo 8 – Formação dos fatos jurídicos – fizemos um relato doutrinário, no campo técnico-jurídico, com o propósito de mostrar o itinerário que deve ser observado e atendido para que se configure o denominado *ato jurídico perfeito* o qual, isoladamente ou em conjunto, propicia a situação denominada de *expectativa de direito*, ou seja, mostramos que só há de se falar em *legítima expectativa de direito* se resultante de uma sucessão de atos praticados, conforme os ditames do ordenamento jurídico.

No capítulo 9 – Ato jurídico – conceituamos e classificamos, sinteticamente, esta espécie de fato jurídico que decorre da ação humana sem, como no caso dos demais institutos já consagrados no ordenamento, abordarmos, sobre o mesmo, profundos detalhes técnicos jurídicos, utilizando-o apenas para sempre mostrar as exigências que se registram, com base nos instrumentos já existentes no Direito, para que uma determinada ação humana se configure *ato jurídico perfeito* e por consequência cabível *fato parcelar* para, entre outras situações, poder consubstanciar como legítima a ação que servirá para compor a condição de

expectativa de direito.

No capítulo 10 – Negócio jurídico – conceituamos e classificamos o que entendemos, no contexto doutrinário para nossa pretensão no momento, como principal espécie dos atos jurídicos em sentido amplo, em virtude das preleções pertinentes aos seus elementos serem utilizadas para os demais atos lícitos.

Valendo-nos do instituto *negócio jurídico*, na análise da sua interpretação, dos seus elementos e, entre outros, das situações que lhe viciam, enfatizamos, mais uma vez, o caminho a ser percorrido e as exigências a serem atendidas a fim de que o ato resultante possa ser considerado *ato jurídico perfeito*, o qual juntamente com outros atos, na mesma situação, possibilita a condição denominada de *legítima expectativa de direito*.

No capítulo 11 – Atos jurídicos lícitos e atos jurídicos ilícitos – além das basilares definições pertinentes aos assuntos, chamamos atenção para a questionável situação no que diz respeito ao tratamento legal vantajoso que é destinado aos praticantes de atos irregulares em face de um novo regramento jurídico em comparação ao estado de angustiante expectativa que se registra, nesta mesma condição, para os praticantes de atos regulares.

No capítulo 12 – Prescrição e decadência – abordamos tais institutos para, juntamente com outros demais aspectos, demonstrarmos que os mesmos devem ser observados a fim de possibilitar a efetivação, no futuro, do previsto durante e em razão da situação de *legítima expectativa de direito*.

No capítulo 13 – A expectativa de direito na jurisprudência brasileira – selecionamos decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e as analisamos sob o contexto do tratamento dispensado às situações de expectativas de direito e emitimos considerações, quanto ao nosso entendimento, no tocante a adequação ou não dos veredictos face às premissas que defendemos no presente trabalho.

No capítulo 14 – A expectativa de direito e princípios afins – mostramos a agressão a determinados princípios jurídicos em razão da desconsideração dos termos ou condições constantes em uma situação de *legítima expectativa de direito*, como também transcrevemos decisões jurisprudenciais onde se registram fundamentações em torno dos princípios jurídicos que abordamos.

No capítulo 15 – A expectativa de direito como direito fundamental – como informado no subitem 2.1 – Ineditismo do tema – erigimos argumentações de cunho doutrinário em torno dos direitos sociais e fundamentais no sentido de que a situação de *legítima expectativa*

de direito seja enquadrada nesta condição e, por conseguinte, possa constar do texto constitucional.

Ainda, no subitem 15.1 – A expectativa de direito no texto constitucional – após as explanações sobre a necessidade de garantia para inalterabilidade dos termos e condições resultantes do entabulamento de *atos jurídicos perfeitos* para o surgimento da condição de *legítima expectativa de direito*, diante da grande abrangência, sob diversos aspectos da vida humana, da situação que ora analisamos, sugerimos sua inclusão nos textos constitucionais do Brasil e Portugal, observando-se, consequentemente, as formas requeridas para o atendimento de tais pleitos.

No capítulo 16 – A expectativa de direito sob a análise social – examinamos os resultados obtidos com a pesquisa de campo realizada junto a pessoas ligadas à área jurídica, como estudantes, procuradores e magistrados, onde questionamos a respeito do sentimento dos entrevistados em decorrência de situações vividas, ligadas a uma condição de *expectativa de direito*.

No capítulo 17 – Direito justo – em razão do que extraímos das respostas dos entrevistados, vislumbramos a necessidade de maior aproximação no tocante à referida expressão e buscamos, com base no acesso que pretendemos perpetrar, no teor de ementas¹⁷ e acórdãos¹⁸ referentes a julgamentos de lides dirigidas ao Superior Tribunal de Justiça do Brasil, a observação, a título apenas exemplificativo, de como a citada locução é entendida e aplicada para as situações em concreto que são levadas à apreciação dos tribunais.

De pronto, vale antecipar que não nos aprofundaremos nas questões relativas ao mérito dos veredictos, haja vista que embora entendamos da pertinência da pesquisa quanto a utilização dos conceitos inerentes ao que denominamos Direito Justo, neste trabalho, não se apresenta como factível maiores detalhamentos sobre as diversas implicações e consequentes fundamentações referentes à utilização do conjunto vocabular em epígrafe junto aos mais diversos ramos da ciência jurídica, onde tal assunto mereça apreciação. Destarte, pretendemos

¹⁷ Ementa. Do latim *ementa*, significa ideia, pensamento. Na linguagem técnico-jurídica é empregada para indicar o sumário ou resumo de uma sentença ou de um acórdão, no qual são focalizados seus pontos fundamentais. Nos arrazoados e petições, costuma-se citar apenas as ementas, indicando-se o repertório de jurisprudência que contém o inteiro teor do acórdão. Comissão de Redação. *Ementa* Enciclopédia Saraiva do Direito. R. Limongi França (coord.). São Paulo - Brasil: Saraiva, 1977, v. 31, p. 129.

¹⁸ Acórdão. Peça escrita que contém o julgamento proferido por tribunal, nos feitos de sua competência originária ou recursal. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 25-26.

apenas apresentar o mesmo e despertar o leitor para mais um instrumento argumentativo que inquestionavelmente serve para consubstanciar os propósitos ora defendidos nesta tese.

Também, neste momento, adiantamos que, embora não pretendamos maiores aprofundamentos teóricos no que se refere a todos os institutos de conceitos já firmados na doutrina jurídica e que serão utilizados para respaldar as premissas defendidas nesta tese, sempre que considerarmos plausível, por intermédio de notas de rodapé, faremos breves explicações a respeito de, entre outras, designações que no contexto jurídico, econômico, filosófico, etc. possam facilitar o entendimento das informações nas quais as mesmas estão contidas.

Deste modo, a presente peça, em determinados pontos, também assume a conotação de instrumento geral de cunho acadêmico.

Por fim, no capítulo referente à conclusão, capítulo 18, desenvolvemos os pertinentes e característicos tópicos que compõem esta etapa de um trabalho de pesquisa e acrescentamos a sugestão quanto à posição que deve ocupar o “instituto” *expectativa de direito*, sob a égide da nova classificação, no conjunto de normas jurídicas, no firme propósito de que, no término da obra, tenhamos mostrado que a *legítima expectativa de direito*, quando da sua desconsideração, não deve apenas ficar na dependência de futura análise casuística, mas que também chegue nesta situação com o respaldo da sua configuração formal na condição de *bem* a ser protegido pelo Direito positivado.

Desta forma, pretendemos que configurado tal estado, seja o bastante para a garantia da manutenção das condições e termos entabulados para aquisição de um futuro direito subjetivo pretendido.

2.3 OBSERVAÇÕES COMPLEMENTARES

2.3.1 Aspectos gerais

No decorrer das exposições de temas orbitais, para que o destinatário desta obra não corra o risco de desconectar-se do seu principal objetivo, que é justificar a necessidade de

atribuirmos à *legítima expectativa de direito* a condição de *bem jurídico*, para assim auferirmos a garantia de imutabilidade dos termos e condições presentes na referida situação, sempre que possível, repetiremos as reflexões sobre a nuclear pretensão, mesmo até que tal procedimento possa parecer, ao leitor menos atento, uma despicienda e enfadonha tarefa.

Em continuidade, considerando o fato de, entre outras circunstâncias, nos valermos de decisões judiciais para análises e ponderações, com o fito de consubstanciar nossas assertivas a respeito do tema em comento, faremos breves observações quanto à construção material deste trabalho:

- a) As decisões dos tribunais, brasileiros ou lusitanos, serão transcritas em *itálico* e como corpo do texto. Para cada uma delas, sucintamente, quando pertinente, fundamentaremos a nossa aceitação ou não, no tocante aos veredictos, os quais serão reproduzidos nos trechos e da forma que entendermos mais didática, inclusive, no que diz respeito à paragrafação. Contudo, em tese, a transcrição das decisões far-se-á conforme as normas de grafia vigentes à época das suas elaborações.
- b) As transcrições dos julgados registrarão, quando disponíveis: ementas, relatórios e decisões para, se do interesse do leitor, maior interação com a específica questão.
- c) Na exposição das referidas decisões judiciais, através de notas de rodapé, indicaremos o conteúdo das disposições legais e regulamentares (se ainda vigentes e ou disponíveis na rede mundial de comunicações), como também os conceitos de pertinentes temas quando considerarmos necessário, sem contudo nos propor a detalhamentos de cunho processual, exclusive nas situações que tal inserção apresente-se como indispensável para a conclusão das nossas pretensões para a presente tese.
- d) Sem intenção de contrariar normas técnicas referentes à elaboração de trabalho científico, as disposições legais, regulamentares e súmulas¹⁹, como também, determinados conceitos, quando constantes de páginas distintas, serão, por vezes, repetidos através das notas de rodapé para proporcionar maior conforto e facilitação

¹⁹ Súmula. Extrato de escrito de qualquer natureza; nesta acepção, sumário. Resumo de decisões tomadas numa reunião (ata) ou de decisão judicial colegiada.
Súmula da jurisprudência. Condensação de série de acórdãos, no mínimo três, do mesmo tribunal, adotando igual interpretação de preceito jurídico em tese, sem efeito obrigatório, mas apenas persuasivo, publicado com numeração em repertórios oficiais do órgão.

de entendimento do leitor que pretender buscar informações mais detalhadas sobre os assuntos em exposição.

- e) Embora citados números de folhas de processos, de recursos referenciais, de mandados de segurança, de portarias e de editais, os mesmos não serão transcritos nesta peça de pesquisa científica, exclusive, nos casos referentes aos recursos, mandados de segurança, portarias e editais quando seus teores, na integralidade ou parte dos mesmos, constarem da didática exposição.
- f) Ainda, cabe observar a preocupação registrada com o fito de se evitar a direta exposição das partes envolvidas nos julgamentos arrolados como exemplos, ou seja, serão indicados apenas os órgãos estatais e, quando for o caso, à identificação dos pertinentes operadores do Direito.

Nos capítulos seguintes, isto é, após o histórico contido na parte introdutória e os pontos ligados à forma material deste trabalho, abordaremos, sob os mais variados aspectos e áreas do Direito, pertinentes assuntos para, como sempre pretendido, evidenciarmos a importância do tema em estudo.

2.3.2 O Direito Civil no âmbito do Direito Constitucional

Ainda, tendo em vista a necessidade de esclarecimentos quanto às linhas reguladoras, sob os vários aspectos, que norteiam nossas premissas, informamos que, como observado na introdução desta peça, de modo enfático, serão abordados pertinentes assuntos ligados ao Direito Civil.

No Capítulo 8 – Formação dos fatos jurídicos – voltaremos a tecer relevantes comentários no sentido de demonstrar a ligação do referido ramo do Direito com os assuntos motivo de análises nesta tarefa de cunho científico, quando serão apresentados outros pertinentes conceitos.

Entretanto, desde já, cabe-nos observar a conexão do ordenamento constitucional com os institutos do Direito Civil o que, nesta seara, perpetraremos com fulcro nas lições do professor José Joaquim Gomes Canotilho, quando na sua obra publicada sob o título,

“Estudos sobre direitos fundamentais”, no parágrafo primeiro do capítulo “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”²⁰, assim expõe:

É crescente o número de trabalhos dedicados às relações entre o Direito Constitucional e o Direito Civil.

Por vezes, os estudos denotam logo a matriz constitucionalista ou civilista dos seus autores. Com efeito, uns falam com arrogância de <<civilização do Direito Constitucional>> e outros respondem com igual sobrançeria com a <<constitucionalização do Direito Civil>>.

Num tom mais sereno, abordam-se aqui questões onde convergem importantes problemas dogmáticos do Direito Constitucional e do Direito Civil. Haja em vista o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada (*Drittwirkung*), o problema da <<privatização>> de funções e procedimentos públicos, o problema da renúncia a direitos fundamentais, o problema da responsabilidade patrimonial dos entes públicos.

Poderemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de protecção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflcht*) na ordem jurídico-privada dos contratos. (CANOTILHO, 2004, p. 192).

Continuando, o professor Canotilho, deixando patente a inter-relação de tais assuntos, direitos fundamentais e direito privado, ainda informa da pretensão de, no seu citado trabalho, apenas abordar algumas das dimensões da dogmática constitucional dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.

Sobre os aspectos retro comentados não é demais nos valer do conteúdo da matéria “Eficácia horizontal dos direitos fundamentais”²¹ que desta forma discorre:

Como os direitos fundamentais a princípio são direitos subjetivos perante o Estado e, como tradicionalmente é concebido, teriam efeitos *diretos* apenas na relação particular-Estado, enquanto que nas relações entre particulares teriam efeitos apenas *indiretos*.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (em alemão: *Drittwirkung*) propõe a incidência destes nas relações entre particulares também de maneira direta. Portanto, a palavra eficácia é empregada no sentido de “âmbito”, “extensão”, “alcance”.

²⁰ Direito Privado. Grande ramo bicefálico do Direito, advindo de Ulpiano, em que se englobam todos os preceitos atinentes às relações dos indivíduos entre si, ou dos órgãos do Estado quando orientado para atividade privada.

Observação. A moderna Ciência Jurídica toma com restrições a separação *Direito Público-Direito Privado*, pela ampla penetração daquele no campo do outro, em razão do cada vez maior alargamento dos *direitos indisponíveis* do Estado. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 301.

²¹ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_fundamentais>. Acesso em: 25 jun. 2014.

O tema está longe de ser incontroverso em diversos países do mundo, como a Alemanha, França, e EUA, mas, no Brasil, o STF já chegou a reconhecer o efeito direto dos direitos fundamentais nas relações privadas. (WIKIPEDIA).

O professor José de Oliveira Ascensão, no seu compêndio “Direito Civil – Teoria Geral, volume I”, no tópico “O Direito Civil Constitucional”, ensina:

A Constituição consagra os princípios considerados nucleares numa ordem jurídica. Qualquer grande ramo do Direito tem assim um fundamento constitucional. Isso acontece necessariamente com o Direito Civil. Os grandes princípios respeitantes ao homem comum ganham assento constitucional. A determinação dos princípios caracterizadores do Direito Civil envolve desde logo uma análise de preceitos constitucionais. Esta situação, própria de todos os países próximos do nosso, sofre hoje um empolamento que a distorce na década de 70. São múltiplas as causas desse empolamento. Surgiu logo com a preocupação de impor ao regime democrático nascente as conquistas revolucionárias. (ASCENSÃO, 2000, p. 29).

Finalizando este capítulo, registramos que, diante das explanações expostas nos parágrafos deste subitem, fica preliminarmente consubstanciado que a defesa do tema “A expectativa de direito como bem jurídico”, além de reclamar estudos, entre outros ramos da ciência jurídica, com certa abrangência no ramo do Direito Civil, autoriza também a pretensão de inclusão da *legítima expectativa de direito*, por intermédio de Emenda ou Revisão Constitucional, no conjunto das Normas Constitucionais, onde estiverem as referências pertinentes aos direitos e garantias fundamentais.

3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Em se tratando, no contexto em pauta, da análise da expressão “aspectos metodológicos” devemos defini-la como sendo o processo de exposição das características pertinentes à estruturação de um trabalho de pesquisa.

Desta forma, objetivamos o disciplinamento e registro das ideias para, neste caso, a elaboração de tese científica o que, conseqüentemente, propiciará o afastamento dos métodos de improvisação lastreados apenas no empirismo²². Contudo, chamamos atenção para o fato de que, neste ponto, o termo empirismo foi utilizado no seu contexto mais coloquial, haja em vista que tal vocábulo no campo da Ciência Jurídica merece maiores estudos.

²² Empirismo. Conjunto de conhecimentos colhidos apenas na prática; rotina; charlatanismo; doutrina filosófica, segundo a qual todo o conhecimento humano deriva, directa ou indirectamente, da experiência. COSTA, J. Almeida; MELO, A. Sampaio e. *Dicionário da Língua Portuguesa*, 7. ed. Portugal: Porto Editora, Lda, 1994, p. 665-666.

Empirismo e Direito. Com base nos ensinamentos do professor Miguel Reale temos que “Designamos com o termo empirismo todas aquelas correntes de pensamento que sustentam ser a origem única ou fundamental do conhecimento dada pela experiência, que alguns simplificam como sendo, em última análise, a experiência sensorial.”.

Quanto a relação entre o empirismo e o Direito, o doutrinador assim expressa: “No plano da jurisprudência encontramos também essa orientação, que é uma das constantes do pensamento jurídico. Desde de quando surgiu a Ciência do Direito, provocando renovadas aporias, surgiram empiristas. Já em Roma se sustentava que o Direito brota do fato e é ditado pelo evoluer dos acontecimentos: *ex facto oritur jus*.

Brotará, efetivamente, dos fatos, apoiando-se direta e causalmente sobre estes todo o sistema das normas jurídicas? Poderíamos responder a esta pergunta formulando outras não menos graves: De que maneira o Direito se origina do fato? Será esta a razão suficiente de sua gênese?

Os empiristas sustentam que o Direito é um fato que se liga a outros fatos por meio de nexos de causalidade. Do fato, seja ele econômico, geográfico, demográfico ou racial, passar-se-ia a regra jurídica, por intermédio de um laço necessário de causalidade. Esta é a tese do empirismo jurídico: até mesmo os princípios mais gerais do Direito seriam afinal redutíveis a fontes empíricas.

É este aliás, um dos problemas nucleares da filosofia do Direito, qual seja o da determinação dos nexos que existem entre o fato e a regra jurídica, envolvendo respostas a estas questões: Há um laço de causa e efeito entre o fato e a lei jurídica? O fato será “causa”, ou será apenas “condição” do Direito?

A corrente do empirismo jurídico existe, portanto, desde os romanos até nossos dias. Entre os empiristas, colocam-se alguns intérpretes superficiais do materialismo histórico de Karl Marx, quando, esquecidos dos pressupostos da dialética marxista, a recebem em termos de sociologismo positivista, subordinando fenomenicamente o Direito ao “fato econômico”; Duguit, que reduz o Direito ao “fato da solidariedade”; Max Rümelin e o *Interessenjurisprudenz*, que destinam a jurisprudência à indagação dos conflitos de interesses; todos os adeptos do sociologismo jurídico, que pretendem transformar a Ciência da Direito em capítulo da sociologia, como na obra da Ehrlich ou de Horvath.

São expressões atuais do empirismo os chamados “realismos jurídicos”, o norte-americano de Karl N. Llewellyn e Jerome Frank, e o escandinavo de Hägerström, Lundstedt, Olivecrona Alf Ross, assim como os “positivistas lógicos” e os “analistas da linguagem”, como Norberto Bobbio e Herbert Hart.” REALE, Miguel. *Empirismo*. in: Enciclopédia Saraiva do Direito/Coordenação do Professor Rubens Limongi França. São Paulo - Brasil: Saraiva, 1977, v. 31, p. 164, 166-167.

Assim, neste ponto, buscamos a motivação para assertiva que ora defendemos, descrevendo a sua justificativa, natureza, método da pesquisa, tema proposto, formulação dos problemas, hipóteses e objetivos deste trabalho científico, da forma como descrita nos tópicos seguintes.

3.1 JUSTIFICATIVA, NATUREZA E MÉTODO DA PESQUISA

Para mostrarmos a motivação que se afigura na perpetração deste trabalho, basta uma simples viagem no cenário mundial onde teremos a oportunidade de, entre outras não menos inquietantes situações, observar a crise financeira na Europa, a injusta distribuição de renda nos vários países dos diversos continentes e, até mesmo, as notícias, em várias partes do mundo, das quebras, em grande escala, dos direitos trabalhistas e previdenciários.

Fatores como os citados, os quais existem, acentuadamente, em razão do desrespeito às normas de regulamentação social, materializam-se, inclusive, entre outros nefastos procedimentos, através da desconsideração de legítimos direitos, sob os mais variados ângulos, dos hipossuficientes.

A realidade expressa no trecho antecedente pode ser considerada como propiciadora, além dos problemas de ordem individual, de uma desastrosa angústia coletiva, configurando-se, a nosso ver, motivo bastante para demonstrar ser cabível a preocupação no tocante aos estudos dos aspectos que são abordados nesta tese.

A inobservância dos *atos jurídicos perfeitos* integrantes de uma situação de *legítima expectativa de direito* coloca o indivíduo sob a égide de extremo sentimento de derrota.

Cabe, inclusive, neste caso, registrar que grande parte da população, durante considerável espaço de tempo da sua vida, convive com as esperanças contidas no estado de *expectativa de direito*.

Assim, torna-se premente a necessidade de uma profunda análise do tema que ora abordamos.

Várias são as demonstrações do que afirmamos: o estudante vive na expectativa da aprovação no concurso vestibular para ingresso na instituição de ensino superior; o jovem

profissional deseja ardentemente o seu primeiro emprego; o aprovado em concurso público anseia pela sua nomeação; o que já desenvolve qualquer atividade profissional convive com a expectativa da sua aposentadoria nos moldes preteritamente estipulados; o aderente em um contrato qualquer aguarda que o compromisso do contratante que estipulou as cláusulas ocorra nos termos preestabelecidos; o consumidor de produtos ou serviços convive com expectativa de que o serviço ou bem material adquirido reúna as qualidades anunciadas; a população espera que as promessas do futuro dirigente governamental sejam adequadamente cumpridas e assim por diante.

As injustas frustrações, nos exemplos citados, atingem o ser humano sob diversos prismas, pois, em decorrência das mesmas, o privado das almejadas satisfações pode registrar reações de várias origens, que vão desde o desvio comportamental até o seu abalo físico e mental, sendo então cabível acrescentar que, mesmo antes de abordarmos os fatos com fulcro nas análises jurídicas, não é despiciendo o estudo de tais questões com o auxílio dos ensinamentos contidos em outras ciências como a filosofia²³, a sociologia²⁴ e até a ciência biológica²⁵.

²³ Filosofia. Conhecimento objetivo, metódico e crítico dos princípios. Filosofia do Direito. Parte da Ciência Jurídica consagrada ao estudo e crítica do Direito Positivo nos seus princípios, causas e transformações. HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. 2. ed. São Paulo – Brasil: Primeira Impressão, 2007, p. 426.

²⁴ Sociologia. Formada do latim *socius* (sócio) e do grego *lobus* (tratado), designa a ciência que tem por objeto estudar as condições de existência e o desenvolvimento das sociedades humanas.

A sociologia, em cujo âmbito se integram a política, o Direito e a Economia, é igualmente chamada de ciência social, merecendo na classificação enciclopédica de Augusto Comte a designação de Física Social.

Complexa é a matéria que se condensa no plano filosófico da Sociologia, desde que, jungindo-se a leis imutáveis, sua órbita de investigação é demasiadamente extensa.

A Sociologia, sob o ponto de vista geral, entende-se a ciência da sociedade e dos fenômenos sociais. Assim, investiga como se originam, funcionam e se transformam as sociedades e os grupos humanos, quais os fatores que as constituem, as condições de sua existência, as formas que adotam ou as causas puramente atuantes dos fenômenos sociais, sua estrutura e mútuas relações, procurando, afinal, instituir suas próprias leis.

Traçando o diagrama, em que se encerram os assuntos sob o domínio desta tão relevante ciência, Roberty assim o especifica:

I. Na Sociologia estática: as famílias e embriologia social; classes, nações e raças.

II. Na Sociologia dinâmica: embriologia social e leis da formação social. Economia Social e leis de associação elementares, Direito e instituições sociais e leis de associações complexas, história etnográfica geral e leis gerais das civilizações.

A Sociologia estática, ou a estática social, compõe a teoria da ordem espontânea nas sociedades humanas. E a dinâmica social compreende a teoria do progresso natural da humanidade.

Como lei regedora dos fenômenos de ordem social, é conhecida a lei dos três estados, instituída por Augusto Comte: o teológico, metafísico e positivo.

Modernamente, no campo da Sociologia distinguem-se quatro grupos de teorias que procuram assentar os princípios desta ciência, por vezes, mesmo, que se entrecruzam e se mesclam de vários modos nas concepções e nos sistemas esposados pelos sociólogos.

Essas teorias ou doutrinas dizem-se naturalista, científico-espiritual, formal e material.

A Sociologia científico-espiritual considera principalmente a sociedade como espírito objetivo e objetivado e a estuda com os métodos das Ciências do Espírito.

O relato do parágrafo anterior nos leva a afirmar que é de vital importância o desenvolvimento de atividades para a manutenção, em equilíbrio, dos componentes de um ecossistema²⁶, motivo pelo qual se torna bastante exigível a preocupação com os meios necessários à conservação destes. E não há que se olvidar que entre tais componentes afigura-se como de maior interesse, neste particular, o ser humano²⁷.

A Sociologia formal, dita igualmente de pura, atende particularmente ou exclusivamente as formas de relação dos indivíduos, dos grupos sociais e dos indivíduos com grupo social, sendo, afinal, segundo princípio instituído por seu fundador J. Simmel, a ciência que estuda as formas de socialização. É a geometria da vida social.

A Sociologia material, ao contrário, investiga de preferência o conteúdo da vida social, a sociedade em seus elementos concretos, a realidade social como tal realidade.

A Sociologia naturalista professa o individualismo e emprega os métodos das Ciências Naturais. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro-Brasil: Forense, 2003, p.1.321.

Sociologia jurídica. Ciência que estuda o Direito menos nos aspectos filosófico e pragmático do que como fenômeno social, buscando, com a ajuda de métodos de pesquisa objetivos, harmonizá-lo com a vida naquilo em que ele se descompassa. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 814.

²⁵ Biologia. Ciência que estuda os seres vivos, os fenômenos vitais e as suas leis. COSTA, J. Almeida; MELO, A. Sampaio e. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 7. ed. Portugal: Porto Editora, Lda., 1994, p. 270.

²⁶ Ecossistema. Conjunto dos relacionamentos mútuos entre determinado meio ambiente e a flora, a fauna e os microrganismos que nele habitam, e que incluem os fatores de equilíbrio geológico, atmosférico, meteorológico e biológico. Dicionário eletrônico Aurélio. Paraná, Positivo, 2010, CD – ROM.

²⁷ Ser humano. É fundamental situar o ser humano em relação à natureza e à sua estrutura ecossistêmica. Embora os tratados de ecologia partam do princípio de que o homem “faz parte do ecossistema dentro do qual se insere” (S. Frontier & D. P. Viale, *Ecosystemes*, cit.), essa afirmação parece corresponder apenas a uma parte da realidade. Fazer parte de um sistema é, certamente, constituir uma de suas peças, é estar, portanto, perfeitamente integrado em sua estrutura e no seu funcionamento. Não pode, pois, constituir um elemento de desequilíbrio do sistema. Isso pode ocorrer, em relação ao ser humano, enquanto ser “não-industrial”, isto é, no estágio selvagem, em que os membros de uma comunidade vivem exclusivamente das fontes de alimentos que o meio lhes proporciona “espontaneamente”, sem alterar a sua estrutura, a sua biodiversidade, e participando dos processos de reciclagem natural. A partir, porém, do momento em que esse ser inicia um processo de alteração do equilíbrio natural para favorecer o seu próprio desenvolvimento, ele se torna um elemento desorganizador, um parasita do sistema. O ser humano está para os ecossistemas naturais como um parasita está para o organismo sobre o qual ele exerce sua ação parasitária.

Existem parasitas que convivem com o sistema parasitado, mantendo certo grau de harmonia, podendo ser dito deles que participam de alguma forma (como simples comensais) do sistema sem destruir ou mesmo prejudicar sensivelmente a sua estabilidade, como é o caso, principalmente, dos ectoparasitas. Embora eles não contribuam para o equilíbrio do organismo hospedeiro (são “hóspedes indesejáveis”) – utilizam-no como fonte de “recursos naturais” sem esgotá-los -, podem ser “tolerados”, por não influírem nas características do sistema natural. Existem outros tipos, porém, que utilizam o organismo hospedeiro apenas como veículo de sua própria reprodução, desagregando-o completamente em favor de seus interesses próprios e abandonando, finalmente sua “carcaça” vazia e sem vida, no momento em que conseguiram o seu intento de multiplicar a própria espécie. Naturalmente, a analogia que estamos procurando estabelecer refere-se a um ser como parasita de um sistema representado pelo organismo de um indivíduo parasitado e não, pelo ecossistema como um todo. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=w3U29IK93fIC&pg=PA135&lpg=PA135&dq=%22parte+de+um+sistema+e+certamente,+constituir+uma+de+suas+peças,+e+estar,+portanto,+perfeitamente+integrado+em+sua+estrutura+e+no+seu+funcionamento.+Não+pode,+pois,+constituir+um+elemento+de+desequilíbrio+do+sistema.+Isso+pode+ocorrer,+em+relação+ao+ser+humano,+enquanto+ser+não-industrial,+isto+é,+no+estágio+selvagem,+em+que+os+membros+de+uma+comunidade+vivem+exclusivamente+das+fontes+de+alimentos+que+o+meio+lhes+proporciona+espontaneamente,+sem+alterar+a+sua+estrutura,+a+sua+biodiversidade,+e+participando+dos+processos+de+reciclagem+natural.+A+partir,+porém,+do+momento+em+que+esse+ser+inicia+um+processo+de+alteração+do+equilíbrio+natural+para+favorecer+o+seu+próprio+desenvolvimento,+ele+se+torna+um+elemento+desorganizador,+um+parasita+do+sistema.+O+ser+humano+está+para+os+ecossistemas+naturais+como+um+parasita+está+para+o+organismo+sobre+o+qual+ele+exerce+sua+ação+parasitária.>>. Acesso em: 28 out. 2013.

Em torno da sua existência, isto é, em torno da existência do ser humano, levando-se em consideração, sobremaneira, a qualidade dessa existência, é que deve residir grande parte das atenções, tanto no tocante aos aspectos materiais quanto aos aspectos sociais, e, neste contexto, o Direito tem relevância fundamental.

Na busca do equilíbrio social almejamos o que seja probo, o que seja justo e, entre uma infinidade de outras situações, são erigidas normas que disciplinam as relações jurídicas entre as pessoas, as quais devem regular os direitos e as obrigações dos indivíduos vivendo de modo comunitário.

Para, entre outras oportunidades, mostrarmos a importância do Direito na vida em sociedade valemo-nos das palavras de Pires, quando em sua obra, onde defende a *segurança jurídica* para o instituto do Direito Adquirido face à ordem pública, preleciona:

O Direito, movido, desde suas formulações embrionárias, pelo instinto de conservação do homem, apoia-se em princípios fundamentais, entre os quais pontifica o da *segurança jurídica*, que se traduz, a partir da formação do Estado moderno, num sistema de garantias, em cujo rol são encontradas as do *direito adquirido*, do *ato jurídico perfeito* e da *coisa julgada*²⁸, que tendem a sustentar a estabilidade jurídica, pela oposição de limites à retroprojeção da lei ou pelo mecanismo de sobrevivência da lei antiga.

Esses elementos de estabilidade, desenvolvidos sucessivamente na consciência individual, na consciência coletiva e na consciência jurídica, reconhecidos de maneira universal, põem-se, tradicionalmente, como pilares de uma disciplina concernente ao conflito das leis no tempo, presente no cotidiano da aplicação do direito.

Inúmeros estudos científicos, especialmente no campo privatístico, orientados pela compreensão do Direito como garantia de estabilidade das relações, buscam a consolidação dos alicerces fundamentais daquela disciplina. (PIRES, 2005, p. 1).

Cabe enfatizar que os ensinamentos da citada autora, no relato em comento, são dirigidos à proteção dos Direitos Adquiridos, sendo assim considerados, segundo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, os direitos que o seu titular, ou alguém que por ele possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem, conforme expressão do parágrafo 2º do artigo 6º²⁹ do citado diploma legal.

²⁸ Coisa julgada. A coisa julgada é uma exigência de ordem social, política, prática, por ser imperioso dar solução à situação de incerteza, devendo prevalecer uma delas, a fim de que haja certeza nas relações jurídicas. HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. 2. ed. São Paulo – Brasil: Primeira Impressão, 2007, p. 191.

²⁹ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.
Art. 6º....

A presente obra pretende estender tais entendimentos para o instituto da *legítima expectativa de direito*.

Embora a transcrição do relato do que foi prelecionado por Pires a respeito do tema Direito Adquirido, seja justamente em torno das pesquisas científicas que buscam a garantia de estabilidade para as pertinentes relações jurídicas, conclui a mesma, neste ponto, informando que:

Tais investigações, contudo, ao se ocuparem do direito adquirido, revelam uma bifurcação no tratamento dos conflitos que o envolvem, distinguindo a relação do direito em face de lei nova conforme esteja seu objeto inserido em campo privado ou em domínio da ordem pública, separação que se assenta no dogma da autonomia do privado e do público e no da prevalência apriorística do interesse público sobre o particular. (PIRES, 2005, p. 1).

Como visto, é tarefa difícil enfrentar e entender as mais diversas formas de expressões doutrinárias pertinentes ao *direito adquirido*, que é um instituto consagrado no ordenamento jurídico, não sendo demais então se afirmar que a tarefa para defender estabilidade para os termos e condições em uma situação de *expectativa de direito* é ainda mais laboriosa, haja vista que ao ser comparado o instituto do Direito Adquirido com a situação da *expectativa de direito*, registramos que esta, de acordo com a doutrina majoritária, não passa de mera expectativa e, por conseguinte, não se configurando *bem jurídico*, não merece proteção legal, conforme defendem os detentores de tal premissa.

Para demonstrar a existência do que estamos a combater, como já transcrito anteriormente, reproduzimos a seguinte afirmativa de Silva (2003, p. 585) em relação à *expectativa de direito*: “Esta não se revela um *bem jurídico*, que deva ser protegido e defendido, enquanto que o direito, mesmo condicional, já possui um valor econômico social, constituindo elemento que se aprecia patrimonialmente. E de defesa assegurada”.

Desta forma, registra-se que a questão referente à *expectativa de direito* é bem mais crítica se relacionada aos demais institutos que preveem *segurança jurídica* às relações de mesma natureza, como é o caso do *direito adquirido* e do *ato jurídico perfeito*.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

A pesquisa, no que diz respeito à metodologia, é de natureza *descritiva-exploratória*, que visa proporcionar familiaridade com a problemática, de forma a explicitar o problema a partir da questão, construir hipóteses ou questões norteadoras e descrever as características de uma determinada população ou fenômeno, e ainda fazer uma opção pelo método adequado em relação ao objeto de estudo.

Para o atendimento de tais premissas foram realizados estudos teóricos em torno do tema, foram elaborados e aplicados questionários, analisadas as pertinentes respostas e, ainda, utilizadas decisões dos tribunais para a explicitação de pontos pertinentes aos assuntos abordados neste trabalho.

Quanto ao método adotado, utilizamos a *observação de caso*, enquanto investigação empírica. Nessa situação, o estudo diz respeito ao exame de uma unidade social em referência à *expectativa do direito como bem jurídico*, o que corresponde a uma unidade situacional emergente, e o citado exame torna-se uma estratégia de pesquisa neste trabalho.

Martins, (2008), prescreve, quanto ao estudo de caso, tratar-se de uma investigação empírica que pesquisa fenômenos dentro do contexto real (pesquisa naturalística), onde o pesquisador não tem controle sobre eventos e variáveis, buscando assim apreender a totalidade de uma situação e, criativamente, descrever, compreender e interpretar a complexidade de um caso concreto.

Mediante um mergulho profundo e exaustivo em um objeto delimitado – *problema da pesquisa* – registra-se, com base no que escreve Gil (1991), que o estudo de caso possibilita a penetração na realidade social, o que não é conseguido plenamente apenas pela avaliação quantitativa.

Considerando-se existir uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito, vale observar que tal relação não pode ser traduzida simplesmente através de números.

Além de permitir uma apreensão profunda, de acordo com Gil (2002, p. 54), o estudo de caso considera suas múltiplas dimensões, proporcionando um amplo conhecimento do objeto de estudo exigindo do pesquisador o contato direto com o objeto investigado.

O tipo de abordagem, nesta pesquisa, é *qualitativo*, haja vista sua coerência com a natureza da exposição do objeto de estudo, pois a finalidade do mesmo é gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos, em tese, na área do Direito Civil.

Quanto aos procedimentos técnicos, realizamos *pesquisa bibliográfica extensiva, documental e eletrônica*, além das pertinentes observações de ordem teórica, as quais, ao mesmo tempo em que permitem a coleta de dados de situações, envolvem a percepção sensorial do observador, distinguindo-se, enquanto prática científica, da análise de rotina diária.

Além do uso da técnica da análise de conteúdo para o estudo da comunicação de maneira objetiva, também foi realizada aplicação de questionários junto a operadores da área da ciência jurídica (promotores, juízes, desembargadores, professores e estudantes) abrangendo a cidade de Salvador-Bahia e área metropolitana como Lauro de Freitas-Bahia-Brasil. Tais opções adequam-se a tipologia de pesquisa teórica baseada em análises.

A partir da pesquisa bibliográfica e documental, pode-se afirmar que:

A pesquisa documental assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica. A única diferença entre ambas está na natureza das fontes. Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa. (GIL, 2002, p. 45).

Destacam-se nessa modalidade as gravações, os regulamentos, as atas, os memorandos, os relatórios, os boletins e os jornais, apresentando, tal utilização, uma série de vantagens como a estabilidade, que torna o documento a mais importante fonte de dados, redução de custos, visto que a análise depende exclusivamente do tempo e da capacidade do pesquisador, não exigindo contato com o sujeito de pesquisa.

No caso desse estudo foi enfatizada a *pesquisa documental* não como a principal forma aplicada, mas como técnica complementar da *pesquisa bibliográfica* e da *pesquisa de campo*.

Na verdade fizemos uma compilação de técnicas reunindo dispositivos para persistir na busca do objeto de estudo.

3.2 TEMA

O tema do presente trabalho – “*A expectativa de direito como bem jurídico*” – apresenta grande interesse coletivo, haja vista, como já afirmado, que a atividade legislativa do Estado, de forma cada vez mais intensa, termina por influenciar em grande escala as relações jurídicas entre particulares e entre estes e o Estado.

O assunto é pouco explorado tanto na doutrina brasileira quanto no denominado direito comparado.

O tema, para sua confirmação ou em última análise para sua negação, dependerá, em grande parte, de pesquisa doutrinária, nos mais diversos ramos do direito, apresentando-se, pelo menos, de modo aparente, como sendo de grande abrangência, pois para o deslinde da assertiva nele contida, torna-se indispensável realizar investigação no campo do *Direito Público*³⁰: Constitucional, Administrativo, Tributário, Previdenciário, etc., e no campo do *Direito Privado*³¹: Civil, Empresarial, entre outros.

Assim, serão tecidos comentários relativos a vários princípios jurídicos como, entre outros: o da *dignidade humana*, da *irretroatividade da norma jurídica*, da *proteção da confiança jurídica* e da *segurança jurídica*.

Contudo, enfatizaremos as análises em torno dos elementos de existência, validade e eficácia dos *atos jurídicos perfeitos* para, na busca do respeito à estabilidade dos mesmos, defendermos o direito à imutabilidade dos elementos neles contidos, considerando que procuramos consubstanciar o entendimento de que a *legítima expectativa de direito* somente

³⁰ Direito Público. De modo muito amplo, podemos dizer que o Direito Público se subdivide em Direito Público Interno e Direito Público Internacional. O primeiro tem por objeto o Estado, suas funções e organização, bem como a ordem e segurança interna, os serviços públicos e os recursos indispensáveis a sua execução. Tutela assim o interesse público e o interesse do Estado.

Já o Direito Público Internacional ou Direito Público Externo disciplina as relações e situações jurídicas em que são partes Estados soberanos, com o objetivo de criar comunidade internacional e manter a paz. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro-Brasil: Forense, 1988, p. 183.

³¹ Direito Privado. Grande ramo bicefálico do Direito, advindo de Ulpiano, em que se englobam todos os preceitos atinentes às relações dos indivíduos entre si, ou dos órgãos do Estado quando orientado para atividade privada.

Observação. A moderna Ciência Jurídica toma com restrições a separação *Direito Público-Direito Privado*, pela ampla penetração daquele no campo do outro, em razão do cada vez maior alargamento dos *direitos indisponíveis* do Estado. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 301.

surge em razão da sucessão de *atos jurídicos perfeitos* e, por conseguinte, configurando-se como *bem jurídico*, do ordenamento demandará a devida proteção.

3.3 FORMULAÇÃO DOS PROBLEMAS

Neste ponto, onde são requeridas as definições das questões propostas para que lhes sejam pesquisadas as soluções, trazemos a lume os ensinamentos de Ferreira (1998, p. 133), quando preceitua: “O problema se constitui na pergunta fundamental que norteará todo trabalho a ser desenvolvido na pesquisa, cuja conclusão final deverá apresentar uma resposta à pergunta colocada de princípio.”

No desenvolver da nossa tese pretendemos laborar no sentido de que sejam respondidos questionamentos que se situam no âmbito do estudo e da investigação crítica e racional dos princípios fundamentais inerentes ao convívio humano, e, por conseguinte, no âmbito do estudo comportamental do ser humano neste convívio até as análises de ordem técnico-jurídicas, valendo neste ponto observar o que diz Martinez quando, no que tange à “técnica ou dominação jurídica”, afirma:

A técnica jurídica procura a subsunção, isto é, a abstração do caso (ou feito) real, concreto para que possa ser confrontado, tratado e absorvido pela norma jurídica abstrata. Este procedimento seria visto como conjunto de operações ordenadas a um sistema e basicamente seriam: análise jurídica; concentração lógica; construção jurídica.

O Conceito é basicamente moderno: o objetivo da técnica jurídica seria a construção jurídica. Assim, a forma estaria anteposta à matéria, a disciplinarização viria antes do próprio direito - a forma da regra viria antes do seu conteúdo. (MARTINEZ, 2006, p. 1).

Neste contexto, também não é despidiendo nos utilizar das palavras de Pires quando informa:

A pergunta científica básica pressupõe o enfrentamento de questionamentos que emergem em diferentes planos de investigação, quais sejam, o filosófico, o sociológico e o jurídico, sendo que as formulações desenvolvidas nos dois primeiros subsidiam as do último. (PIRES, 2005, p. 5).

Deste modo, em atenção ao objeto da pesquisa, perpetram-se as questões descritas a seguir:

- Como demonstrar sob o aspecto técnico - jurídico a pertinência da consideração da “*expectativa de direito*” como *bem jurídico*?
 - Como demonstrar o prejuízo individual e coletivo e, em consequência, a agressão ao Estado Democrático de Direito³² e a segurança social em razão da desconsideração da “*expectativa de direito*” como *bem jurídico*?
 - Como e onde inserir, de forma expressa, no ordenamento o instituto da “*expectativa de direito*” que até então, deste modo, não está previsto?
 - Como articular a imutabilidade dos termos e condições dos *atos jurídicos perfeitos* que façam parte de uma sucessão de atos ensejadores da “*expectativa de direito*” como uma das características essenciais do Direito, que é a de se constituir em um sistema dinâmico de regras?
- Por fim, como tratar a “*expectativa de direito*” diante das *situações excepcionais*?

3.4 HIPÓTESES

As hipóteses em um trabalho de tese devem ser formuladas como uma proposição que apresente a possibilidade de ser sujeita a análise através da coleta e estudo de determinados aspectos da realidade, conforme se depreende dos ensinamentos de Ferreira (1998, p. 133):

³² O termo “Estado Democrático de Direito”, conquanto venha sendo largamente utilizado em nossos dias, é pouco compreendido e de difícil conceituação em face das múltiplas facetas que ele encerra. No Estado contemporâneo, em virtude da maximização do papel do poder público, que se encontra presente em praticamente todas as áreas das relações humanas, a expressão “Estado Democrático de Direito” ganha uma extensão quase que ilimitada, mas, consequente e paradoxalmente, perde muito em compreensão. O fato de esse termo ter sido incluído em nosso atual texto constitucional, no seu primeiro artigo, adjetivando a República Federativa do Brasil, torna obrigatória a sua interpretação, com todas as consequências que dela podem e devem advir.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se pelo Direito e por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, adotou, igualmente em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Disponível em:

<http://www.unifio.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2008/diss_adriana1.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2013.

“O problema se constitui na pergunta fundamental que norteará todo o trabalho a ser desenvolvido na pesquisa, cuja conclusão final deverá apresentar uma resposta à pergunta colocada de princípio.”

Considerando o trabalho de pesquisa em pauta, podemos conjecturar que sendo a situação caracterizadora do estado de *expectativa de direito* positivada e disciplinada sob a égide da conceituação de *bem jurídico*, obteremos como resultado a inalterabilidade dos termos e condições dos pertinentes atos jurídicos perpetrados, sobremaneira, quando nos encontramos diante de uma situação em que se registra o arbítrio de uma das partes do ato entabulado.

A consideração da *expectativa de direito como bem jurídico*, também, de modo específico, implicará na proteção à manutenção, sem mutação, dos elementos de *existência, validade e eficácia dos atos jurídicos perfeitos*.

A determinação da *expectativa de direito como bem jurídico* e em consequência o registro da proteção jurídica no que tange a inalterabilidade dos elementos de existência, validade e eficácia dos atos nela contidos, não implicará na imutabilidade do Direito, pelo contrário, dará ao mesmo maior confiança e aplicação prática.

É oportuno como sempre observar que em nenhum momento deste trabalho registra-se a hipótese de defesa do “engessamento” do Direito o que, consequentemente, seria uma demonstração de contrassenso.

Todavia, defendemos que em um autêntico Estado Democrático de Direito as normas procedimentais são dirigidas para o ser humano, quando em convívio comunitário, e devem ser elaboradas para servir aos principais elementos deste conjunto e não vice-versa, isto é, embora o complexo normativo de um grupo social seja elaborado para reger procedimentos dos seus integrantes, tais regramentos são resultantes da atividade intelectual dos próprios destinatários das normas, os quais, por questão de viabilidade, atribuem esta tarefa de construção regulamentar para determinados grupos ou pessoas, seus representantes. Desta forma, tal atribuição, como é óbvio, não pode ser exercida de modo a agredir legítimos interesses da comunidade representada.

Sendo assim, não há de se entender como sensata a ideia de que estes mesmos elaboradores construam um sistema de controle coletivo que permita a agressão aos legítimos anseios daqueles que lhes concederam o direito de representá-los, a não ser que os construtores legislativos, de forma a desequilibrar o conjunto social, advogando em causa

própria ou de determinados terceiros, entendam como aceitável o desenvolvimento de mecanismos para injustamente propiciar maior possibilidade de arrecadação, dos recursos coletivos, dirigida a parcelas da comunidade que, de forma antidemocrática, é seleccionada.

Criar angústia generalizada, em razão da apreensão coletiva pautada pela incerteza do respeito às determinações contidas nas diversas relações jurídicas, as quais inclusive são regradas pelas normas vigentes ditadas pelos representantes populares, não encontra consonância com a salutar atividade de modificação do Direito com o fito de atender as justas e necessárias transformações sociais.

Os procedimentos questionados nos parágrafos anteriores ferem basilares princípios inseridos na maioria dos textos Constitucionais dos Estados modernos, a exemplo das preleções contidas nos artigos 1.º, 2.º e 3.º números 1, 2 e 3 da Constituição da República portuguesa³³ e parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.³⁴

Em se respeitando a imutabilidade dos termos e condições dos *atos jurídicos perfeitos*, componentes de uma série de atos ensejadores de uma situação de *expectativa de direito*, estar-se-á, em tese, a evitar danos sociais de ordem individual e coletiva, além de se respaldar as diversas relações jurídicas com a necessária segurança que, neste contexto, deve nortear os atos praticados entre as mais diversas pessoas.

Tais premissas deverão ser confirmadas ou, se de modo contrário for, de fato negadas no desenvolvimento da presente tese científica.

³³ Constituição da República portuguesa.

Art. 1º (República Portuguesa)

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Art. 2º (Estado de direito democrático)

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

3º (Soberania e legalidade)

1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.

2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.

3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

³⁴ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

3.5 OBJETIVOS

O nosso estudo destina-se a consubstanciar, de modo sociológico e técnico-jurídico, a convicção de que a situação pautada na *expectativa de direito* deve, além de ser registrada como mais um dispositivo no direito positivo, também receber deste a devida proteção na condição de *bem jurídico*.

Na conclusão deste trabalho, esperamos também materializar instrumento que possa servir de elemento na defesa de direitos e garantias individuais ou coletivas face às modificações resultantes da elaboração legislativa ou contratual que atinjam termos e condições constantes de *atos jurídicos perfeitos* realizados no entabulamento das mais diversas relações jurídicas entre particulares ou entre estes e o Estado.

Tais objetivos, também vislumbram o fortalecimento dos institutos e premissas que compõem o conceito do que seja o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, o Estado fomentador do bem-estar social.

Diante dos objetivos expostos torna-se imprescindível a abordagem de matérias contidas em outros ramos do conhecimento humano cabendo, inclusive, o assenhorear de questões de ordem social que no momento se registram em alguns setores do mundo moderno.

4 A EXPECTATIVA DE DIREITO E O DIREITO ADQUIRIDO

No desenvolver das atividades de campo com vistas à reunião de dados para a presente tese, como já esperado, ficou consubstanciado que, não raras vezes, a requerida garantia de que os termos e condições durante a *expectativa de direito* não se modifiquem para prejudicar uma das partes da avença se confunde com a defesa de direito adquirido para uma situação em que o mesmo ainda não se verifica.

Sendo assim, adiante buscamos decompor a expressão “*A expectativa de direito como bem jurídico*” para elucidarmos possíveis dúvidas e também justificar o porquê e a pertinência dos vocábulos constantes do tema.

Em termos etimológicos, no que tange especificamente a análise gramatical e de significação das palavras, podemos definir o vocábulo *expectativa* como sendo a expressão de uma esperança que se alicerça numa sequência de atos ou fatos que possibilitam atingir, na maioria das vezes, alguma coisa almejada, sendo esta situação juridicamente prevista ou não.

A situação é juridicamente prevista quando nos referimos a algo ou alguma coisa relativa ou pertencente ao Direito. Neste caso, cabe também determinar a expressão Direito como sendo a que representa o conjunto de normas legais previstas em um determinado ordenamento jurídico, isto é, estamos a nos referir ao denominado Direito Positivo que é o conjunto de normas institucionalizado pelo Estado, vigente num determinado espaço de tempo e território, sendo o mesmo imposto coercitivamente.

Neste momento, cabe ressaltar que embora sejamos adeptos da teoria dualista³⁵, quanto à comparação entre Direito e Estado, como sempre, defendemos que a *legítima*

³⁵ A este respeito Domingos Pereira de Sousa (noções Fundamentais de Direito. Coimbra Editora, 2013, p. 9-10) informa: Para os autores monistas (Hegel, Hobbes e Jean Bodin, Ihering, Jellinek e Hans Kelsen) só o Estado dispõe de “força coativa”, pelo que o Estado é a única fonte do Direito, só existe o Direito emanado do Estado. Para os dualistas o Estado não é a única fonte do Direito nem com este se confunde. Do Estado provém apenas uma categoria especial do Direito: o direito positivo. Contudo, existem também os princípios de direito natural, as normas ditadas pelo costume e as regras que se firmam na consciência coletiva (direito não escrito) e que tendem a adquirir força imperativa e que, nos casos omissos, o Estado deve acolher para lhes dar juridicidade. Com total independência do poder estadual existe ainda o direito canônico e o direito das associações menores que o Estado reconhece.

Para os autores da corrente dualista (Gierke, Gurvitch, Duguit, Hauriou, e Santi Romano), o Direito é uma criação social, não estatal. O Direito traduz, no seu desenvolvimento, as mutações que se operam na vida de cada povo, sob a influência das causas éticas, psíquicas, biológicas, científicas e económicas. O Direito é, por isso, um

expectativa de direito só se apresenta quando os seus atos constituidores estão de acordo com o estabelecido pelo Direito Positivo vigente à época dos seus entabulamentos.

Considerando as duas condições, isto é, situação juridicamente prevista e a não juridicamente prevista, sem neste momento distingui-las, podemos, anunciar as seguintes situações:

- a expectativa do nascimento com vida do ser concebido;
- a expectativa de sucesso nas eleições para um cargo na assembleia legislativa;
- a expectativa do recebimento da recompensa prometida;
- a expectativa de um dia ensolarado para a realização de um evento futebolístico;
- após aprovação em concurso, a devida nomeação para a função ou cargo público, entre outras semelhantes situações.

Ocorre também, por vezes, a expectativa de uma situação que não desejamos como, por exemplo, a expectativa da morte do ente querido em razão do seu grave estado de saúde ou a expectativa do encerramento de um contrato de relação empregatícia em virtude da precária situação financeira do empregador.

As pessoas sofrem ou se extasiam por ter expectativas. Não apenas em razão dos negócios que entabulam, mas, não raras vezes, em decorrência dos vários acontecimentos que lhes rodeiam.

Assim, experimentam boas ou más expectativas em razão de novas medidas governamentais, em razão das previsões meteorológicas, dos resultados dos jogos lotéricos e, até mesmo, em razão dos resultados pertinentes aos mais variados concursos vestibulares pelos quais concorrem diretamente ou através de parentes ou amigos.

Quando nos referimos, especificamente, em sentido jurídico, ao conjunto vocabular denominado *expectativa de direito*, estamos a falar da situação resultante da agremiação de atos legais tendentes a, juntamente com outro ato legal futuro e previsível ou com outros atos

produto social em contínua transformação. A função do Estado é de positivar o Direito isto é, traduzir em normas escritas os princípios que se firmam na consciência social.

Esta teoria acabaria por ser aperfeiçoada por Giorgio Del Vecchio, autor que sustenta que o Estado e o Direito são realidades distintas, porém, necessariamente interdependentes. Este autor italiano reconheceu a existência do Direito não estatal, sustentando que vários centros de determinação jurídica surgem e desenvolvem-se fora do Estado, mas que sobre todos eles acaba sempre por afirmar-se uma preponderância do Estado, como um “verdadeiro positivismo”, em razão de sua conformidade com a vontade social predominante.

nas mesmas condições, fazer surgir um determinado, e quase sempre almejado, direito subjetivo.

Como ato legal, definimos aquele que juridicamente é considerado lícito, ou seja, é o ato praticado de acordo com os ditames da lei configurando-se como toda a ação que ocorre em concordância com as normas jurídicas e não atenta, injustamente, contra os interesses alheios ou contra a segurança coletiva.

Afirmamos que tal situação apresenta-se, em tese, pelo fato de que, por vezes, o ato jurídico lícito pode ir de encontro ao interesse de terceiros. Entretanto, quando assim ocorre é porque o ato respalda-se na razão de ter sido praticado por se tornar absolutamente necessário para a remoção de um estabelecido ato ou situação danosa como sói acontecer nos casos previstos no art. 23 do Código Penal brasileiro³⁶ e no art. 31º do Código Penal português³⁷.

Cabe acrescentar que para ser considerado lícito, o ato praticado não deve estar pautado pela ocorrência da imperícia³⁸, da imprudência³⁹, da negligência⁴⁰ ou de excessos, mesmo quando da prática de atos originalmente considerados lícitos, que venham a possibilitar injustos danos a terceiros, é o que se depreende dos conteúdos expressos nos

³⁶ Código Penal brasileiro.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

³⁷ Código Penal português.

Art. 31º. (Exclusão de ilicitude).

1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.

2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado:

a) Em legítima defesa;

b) No exercício de um direito;

c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou

d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

³⁸ Imperícia. Desconhecimento das regras técnicas de arte, ofício, ministério ou profissão. Inabilidade para, com acerto, realizar alguma coisa. O crime se diz culposos quando o agente deu causa ao resultado por imperícia. HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Primeira Impressão, 2007, p. 508-509.

³⁹ Imprudência. Derivado do latim *imprudencia* (falta de atenção, imprevidência, descuido), tem sua significação integrada de imprevisão.

Mas, na terminologia jurídica, possui sua acepção própria, que o distingue de outros vocábulos, compreendidos na classes das imprevisões, tal como negligência.

Assim, resulta da imprevisão do agente ou da pessoa, em relação às consequências de seu ato ou ação, quando devia e podia prevê-las. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro-Brasil: Forense, 2003, p.716.

⁴⁰ Negligência. Descuido, desídia, desleixo; falta de cuidado capaz de determinar responsabilidade por culpa. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 579.

artigos 186 e 187 do Código Civil brasileiro⁴¹ e no nº 1 do art. 33º do Código Penal português⁴².

Entre os demais elementos que devem compor um ato jurídico lícito devemos, neste ponto, observar que se registra, também, a exigência de objetivo lícito.

Assim, se o propósito, o alvo ou a finalidade do ato praticado se configurar como algo contrário as regras de proceder acatadas como regulares pelo ordenamento vigente, o mesmo não encontrará guarida no sistema jurídico e, segundo Levenhagen, tal aspecto é assim abordado:

..., entende-se que os fins do ato, para que sejam considerados válidos, devem ser conforme o direito, e este, como é óbvio, não dá apoio a objetivos imorais e antijurídicos. O direito não garante combinações, transações contrárias aos seus preceitos fundamentais, daí por que o ato praticado nessas condições não encontra apoio na eficácia, na legitimidade. (LEVENHAGEN, 1995, p. 100).

Destarte, é de fundamental importância registrar o fato de que só através da sucessão de atos lícitos, os quais consubstanciam a situação de *legítima expectativa de direito*, é que podemos falar na aquisição de direito subjetivo o qual é designado pelos clássicos como “*facultas agendi*”⁴³, expressão de conteúdo bastante amplo.

Como garantir a aquisição do direito subjetivo de alguém poder exigir de outrem algo do seu interesse, e que foi objeto de lei ou de avença entre partes, é a principal meta para a defesa da expectativa de direito como *bem jurídico*, insistimos em outros detalhes pertinentes a esta faculdade de agir.

Assim, neste momento, ainda informamos que várias são as teorias que explicam o que seja direito subjetivo, como por exemplo, a denominada Teoria da Vontade que informa ser o direito subjetivo o poder de atuação da vontade exercido por seu titular. Deste modo, a

⁴¹ Código Civil brasileiro.

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

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

⁴² Código Penal português.

Artigo 33º. (Excesso de legítima defesa)

1 - Se houver excesso dos meios empregados em legítima defesa, o facto é ilícito mas a pena pode ser especialmente atenuada.

⁴³ *Facultas agendi*. Faculdade que tem o indivíduo de fazer o que a lei não proíbe, e de obter a prestação jurisprudencial, no intuito de que essa faculdade seja respeitada por outrem. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 383.

pessoa por meio do direito outorgado pela norma jurídica, pode exigir dos demais um determinado comportamento ou abstenção de ato.

Entre outras teorias, que apresentam pontos comuns, temos a Teoria do Interesse segundo a qual, o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido pela *segurança jurídica* que o Estado confere às pessoas.

Se discorrermos sobre outras teorias como a da *facultas agendi*, da pretensão, etc., registraremos que as mesmas apresentam como elementos de semelhança a condição de o titular do direito poder agir com fulcro em uma determinação jurídica.

Devemos atentar para o fato de que além dos elementos e definições comuns que se apresentam para os diversos atos lícitos, estes poderão registrar exigências específicas a depender do ramo do direito em que o mesmo ocorra e seja analisado.

Em uma relação pertinente a algum ramo do Direito Público cabe, em tese, atinar para a determinação da licitude do ato e para a supremacia do interesse coletivo, como é de se esperar, por exemplo, nos atos oriundos das decisões inerentes ao Direito Administrativo.

4.1 A VONTADE COMO ELEMENTO NA EXPECTATIVA DE DIREITO

Embora, em tópicos futuros, venhamos a comentar sobre os elementos ligados à elaboração e validade dos atos jurídicos, entendemos oportuno, em se tratando de uma relação pautada nos ditames do Direito Civil, demonstrarmos, desde já, que além do aspecto inerente à legalidade do ato, também, o que em geral há de se observar é o atendimento à vontade das partes que entabulam um contrato, instituto resultante, conforme Raimundo e Sánchez (2010, p. 89), do “Acuerdo de voluntades juridicamente vinculante entre dos o más personas con intereses distintos, dirigido a crear, transferir, modificar o extinguir derechos patrimoniales.”.

Retornando à questão da supremacia da vontade das partes na avença contratual, que é uma determinação geral do ordenamento civil, temos que as mesmas desde que expressem seus interesses pautados nos limites da lei, da função social do contrato e dos princípios de

probidade e boa-fé, têm total liberdade para entabularem os mais diversos tipos de acordos, como se depreende dos preceitos contidos nos artigos 421 e 422 do Código Civil brasileiro⁴⁴.

Apenas, a título de exemplificação, no tocante à supremacia da vontade das partes nos atos da vida civil, também registramos no ordenamento português disposições como as contidas nos artigos 232.º, 240.º números 1 e 2 e 244.º n. 1 do pertinente Código Civil⁴⁵, os quais, respectivamente, versam sobre o âmbito do acordo de vontades, simulação e a reserva mental no entabulamento dos *negócios jurídicos*.

Ainda, em acréscimo as abordagens contidas nos parágrafos imediatamente anteriores, acrescentamos que as partes podem até entabularem contratos atípicos, os quais, em relação aos contratos típicos, conforme Raimundo e Sánchez, supracitados, são assim comparados “...los contratos pueden ser típicos o nominados, los que están específicamente regulados en la ley, y atípicos o innominados los que carecen de reglamentación y han sido creados por libre iniciativa de las partes.” E, neste contexto, vale registrar o preceito contido no artigo 425 do Código Civil brasileiro⁴⁶.

Continuando a análise da legalidade do ato, quanto à observação de aspectos específicos nos mais diversos ramos do direito, cabe informar que no conjunto de normas pertinentes ao disciplinamento das relações de consumo, onde a expressão da vontade tem papel preponderante no entabulamento do ato jurídico, para o exame dos previstos efeitos, há de se realizar a pesquisa, no caso de dúvida na interpretação de norma que verse sobre a garantia de determinada mercadoria vendida ou serviço prestado, sob a ótica da proteção ao hipossuficiente que, nesta situação, é o adquirente do produto ou serviço independentemente do seu grau cultural ou poder econômico.

⁴⁴ Código Civil brasileiro.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁵ Código Civil português.

Art. 232.º (Âmbito do acordo de vontades)

O contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo.

Art. 240.º (Simulação)

1 - Se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado.

2 - O negócio simulado é nulo.

Art. 244.º (Reserva mental)

1 - Há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratário.

⁴⁶ Código Civil brasileiro.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Em pontos futuros demonstraremos a abordagem do tema *expectativa de direito* na jurisprudência brasileira, entretanto, neste tópico, de forma elucidativa para o mesmo, trazemos duas ementas de situações contempladas em lides judiciais versando sobre o referido assunto no campo do Direito Consumerista, este que no Brasil tem como específico diploma o denominado Código de Defesa do Consumidor⁴⁷.

Podemos nas referidas ementas observar que uma das partes dos contratos, de modo direto ou reflexo, em razão de determinações legais, se propõe a entregar mercadoria ou prestar serviços em determinadas condições, as quais, no momento do entabulamento do negócio, influenciam na vontade da parte contrária, não podendo no futuro as regras serem modificadas em desacordo com as expectativas legitimamente construídas por uma das partes da avença.

Voltando a análise das decisões judiciais que se referem à *expectativa de direito* nas relações de consumo, temos que a primeira ementa gira em torno de uma relação de compra e venda onde o comprador de um determinado bem sofreu cobrança indevida de uma parcela inicial a qual segundo campanha publicitária do vendedor não seria exigida.

Vejamos a ementa da decisão:

*Apelação Cível - N. 70045593803*⁴⁸

Nona Câmara Cível - Comarca de Novo Hamburgo

*“Apelação Cível. Responsabilidade civil. **Danos morais**⁴⁹. Propaganda enganosa. Cobrança indevida de valores. Frustração da **legítima expectativa**⁵⁰ do consumidor. Boa-*

⁴⁷ Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor.

A opção por uma “codificação” das normas de consumo, no caso brasileiro, foi feita pela Assembleia Nacional Constituinte. A elaboração do Código, portanto, ao contrário da experiência francesa, decorrente de uma simples decisão ministerial, encontra sua fonte inspiradora diretamente no corpo da Constituição Federal.

De fato, a Constituição, ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece no inciso XXXII do artigo 5º, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O legislador maior, entretanto, entendeu que tal não bastava. Assim, mais adiante, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determina que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

Não resta a menor dúvida de que o texto constitucional, expressamente, reconheceu que o consumidor não pode ser protegido – pelo menos adequadamente – com base apenas em um modelo privado ou em leis esparsas, muitas vezes contraditórias ou lacunosas. O constituinte, claramente, adotou a concepção da codificação, nos passos da melhor doutrina estrangeira, admitindo a necessidade da promulgação de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo. GRINOVER, Ada Pellegrini...et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2004, p. 8-9.

⁴⁸ Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20909710/apelacao-civel-ac-70045593803-rs-tjrs/inteiro-teor-20909711>> . Acesso em: 15 out. 2013.

*fé objetiva*⁵¹. **Danos morais** configurados. Quantum. Critérios. Honorários. Manutenção. (grifos da transcrição)

*Caso dos autos em que a demandada, descumprindo oferta publicitária de isenção da primeira parcela para aquisição de bem, cobrou indevidamente referido valor, desestabilizando o planejamento financeiro da parte autora, obrigando-a a dispor de valor que não deveria ser objeto de cobrança, malogrando sua **justa expectativa** e violando o princípio da boa-fé objetiva. **Danos morais** devidos (in re ipsa)⁵², que independem de comprovação efetiva, bastando a prova do fato.* (grifos da transcrição)

Valor da condenação (R\$ 4.000,00) fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica⁵³ da condenação.

Honorários mantidos no valor fixado pela sentença, porquanto em conformidade com disposto no art. 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC⁵⁴.”

⁴⁹ Danos morais. Prejuízo de natureza não patrimonial, causado por pessoa natural ou jurídica, em detrimento da liberdade, honra, família ou profissão de alguém, e cuja reparação é constitucionalmente assegurada. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, incisos V e X e art. 136 do Código Civil brasileiro.

⁵⁰ A expressão *legítima expectativa*, dentro do contexto da *legítima expectativa de direito*, juntamente com o conjunto vocabular *ato jurídico perfeito*, será devidamente analisada no tópico 4.2, onde serão abordadas as pertinentes correlações.

⁵¹ Boa-fé objetiva. O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega.

Preceitua o art. 422 do Código Civil brasileiro, fazendo referência ao princípio basilar da *boa-fé objetiva*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Trata-se de norma genérica que emprega termos vagos, cujo conteúdo é dirigido ao juiz, para que este tenha um sentido norteador no trabalho de interpretação. Na exegese da *boa-fé-objetiva* o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Pode, assim, ser considerada uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

A *boa-fé-subjetiva* também deve ser considerada dependendo da sensibilidade do juiz na análise do caso concreto e da compreensão que o manifestante da vontade tem do negócio. É de se prever, contudo, que haverá uma predominância da *boa-fé-objetiva* na hermenêutica em face do descortínio social que o novo diploma assume explicitamente. Assim, por exemplo, não se nega que o credor poderá cobrar a dívida, mas não poderá exceder-se abusivamente nesta conduta, porque estará praticando ato ilícito (art. 187 Código Civil brasileiro). Também o art. 113 do referido Código, reporta-se à boa-fé de índole objetiva: “Os *negócios jurídicos* devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*: breves comentários. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2002, p. 40-41.

⁵² *In re ipsa*. Dano presumido independentemente de comprovação por meio de provas.

⁵³ Natureza jurídica. Diz-se da afinidade que um instituto jurídico guarda para com uma grande categoria jurídica por diversos pontos estruturais, de modo a nela poder ter ingresso classificatório. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 577.

⁵⁴ Código de Processo Civil brasileiro.

Acórdão

“Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo da parte autora e julgar prejudicado o apelo da demandada.”

Na decisão judicial retro transcrita cabe, a título de observação pertinente ao aspecto terminológico na específica utilização, informar que embora os vocábulos *propaganda* e *publicidade* sejam, por vezes, utilizados como expressões sinônimas, na realidade diferenças existem entre os referidos termos, em se tratando de questões de ordem jurídica.

Neste contexto, a *propaganda* diz respeito à divulgação de ideias, difusão de princípios, de teorias de natureza moral, religiosa etc. sem o intuito de caráter econômico, já a *publicidade* tem a ver com a venda de produtos ou serviços na busca do lucro. Deste modo, na ementa retro transcrita entendemos, *data venia*, que no lugar da expressão “*propaganda enganosa*” deveria constar “*publicidade enganosa*”⁵⁵.

O já citado Código de Defesa do Consumidor, na seção III, Da publicidade, nos seus artigos 36, 37 e 38, a respeito do instituto, assim preceitua:

Código de Defesa do Consumidor
SEÇÃO III
Da Publicidade

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

⁵⁵ Publicidade enganosa. Divulgação, pela imprensa ou por qualquer outro meio, inclusive no próprio produto, de afirmação inverídica, leviana, ou subliminar, que induza o consumidor ou o usuário a adquirir a mercadoria ou a contratar o serviço anunciado, com possível prejuízo seu. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 710.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Quando o agente da Administração Pública promove um ato como, por exemplo, a publicação de um edital para concurso público em determinada área, sob específicas regras, e após algum tempo, por intermédio de uma nova lei, as modifica em detrimento das regulares expectativas dos candidatos inscritos, guardando as devidas proporções e, também, em decorrência de uma comparação que pode, de início, parecer absurda, podemos afirmar que os indesejáveis efeitos de tal situação, para os prejudicados, são semelhantes, embora com maior profundidade, aos provocados pela, neste caso, propaganda enganosa, não sendo publicidade em razão da ausência, pelo menos de modo direto, da intenção do lucro financeiro.

Neste subitem – A vontade como elemento na expectativa de direito – procuramos enfatizar tal aspecto como marcante para o entabulamento de diversos *atos jurídicos perfeitos* e analisamos pontos constantes de decisões judiciais que versaram sobre o referido tema.

Em acréscimo, observamos que, como visto na última decisão transcrita, no momento em que o empresário perpetrou oferta publicitária de isenção da primeira parcela para aquisição da sua mercadoria, a tal proposta se vinculou. Sendo assim, foi considerada indevida a cobrança do referido valor.

O *decisum*, inclusive, informa que tendo sido desestabilizado o planejamento financeiro da parte autora, o que lhe obrigou a dispor de valor que não deveria ser objeto de cobrança, teve malograda sua justa expectativa, sendo registrada violação ao princípio da boa-fé objetiva, justificando, inclusive o pagamento, por parte da ré, de determinada quantia a título de compensação pelos danos morais sofridos pelo consumidor.

É interessante observar que, se de um lado, de modo inquestionavelmente plausível, é exigido, do particular que não foi fiel ao compromisso assumido, a devida responsabilização perante a outra parte contratante, do outro lado, quando estamos diante do detentor do poder formalmente delegado, registramos o entendimento, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil em Agravo Regimental⁵⁶ no Agravo de Instrumento⁵⁷ n. 186.557/DF⁵⁸, de “... que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno – vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado – constitui fator capaz de impedir que se complete, legitimamente, o próprio processo de aquisição do direito, inviabilizando, desse modo, ante a existência de mera “*spes juris*” (expectativa de direito), a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido.”

E, desta modo, os termos e condições previamente entabulados, modificam-se em detrimento da *legítima expectativa de direito* da parte hipossuficiente na relação, isto é, os termos e condições não assumem o caráter de imutáveis erigindo-se, desta forma, um verdadeiro instrumento de proteção à irresponsabilidade ou, no mínimo, proteção a um planejamento da parte dominadora que foi mal elaborado.

Ainda, ressalte-se, tais decisões terminam por confundir o respeito à *legítima expectativa de direito* com a presunção de que estamos a requerer, nesta condição, a aquisição do *direito objetivo* que depende da realização de todos os demais *atos parcelares*.

A ementa transcrita a seguir, n.147142742008826.SP.9147142-74.2008.8.26.0000⁵⁹, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Brasil, refere-se à obrigação de fazer por parte de um hospital onde se registrava a negação para realização de um determinado procedimento cirúrgico.

Eis a ementa:

⁵⁶ Agravo Regimental. Recurso, sem efeito suspensivo, oposto à decisão de Presidente de Tribunal, de Presidente de Turma ou de Relator, que causar prejuízo ao direito da parte. Dito também agravinho. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 25-26.

⁵⁷ Agravo de Instrumento. É a forma para que a parte possa obter, desde logo, o reexame da decisão interlocutória a ele contrária, desde que presente risco de lesão grave e de difícil reparação. BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. Coleção sinopses jurídicas; v. 11, p. 243.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 186.557/DF. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28spes+juris...](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28spes+juris...>)> Acesso em: 13 mai. 2014.

⁵⁹ Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20909710/apelacao-civel-ac-70045593803-rs-tjrs/inteiro-teor-20909711>> . Acesso em: 15 out. 2013.

*“Plano de saúde – ação de obrigação de fazer por hospital credenciado pela operadora de saúde. Custeio da internação e tratamento negado – frustração da **legítima expectativa** do consumidor - irrelevância da natureza jurídica da requerida associação que se constitui como sociedade filantrópica e de beneficência, mas realiza operações referentes a plano de saúde – aplicação do Código de Defesa do Consumidor – cláusula restritiva de manifesta abusividade, remoção do paciente para outro estabelecimento que pode importar em risco à sua saúde, obrigação de cobertura no hospital referenciado e do modo contratado - sentença mantida recurso desprovido.”* (grifos da transcrição)

Deste modo, podemos afirmar que a *expectativa de direito* representa uma situação jurídica na qual uma pessoa, nos mais variados tipos de relações jurídicas do cotidiano, para ver seu direito subjetivo concretizado age e ou aguarda no sentido de promover a tempestiva realização de um ou mais atos ou fatos futuros e previsíveis estando todos eles preestabelecidos e delimitados pelo pertinente ordenamento jurídico, pois só deste modo é que poderemos falar na aquisição do chamado *direito adquirido*, este que é representado pela sequência de fatos jurídicos passados e totalizados, podendo, entretanto, embora adquirido, se configurar, a depender da situação, como direito ainda não realizado.

É produtivo observar que, sempre nesta obra, quando forem feitas abordagens sobre o instituto do *direito adquirido*, as mesmas apresentam a finalidade de contextualização considerando a conectividade existente entre as situações de *expectativa de direito* e *direito adquirido*. Entretanto, não devemos confundir os dois institutos nem nos afastar do compromisso de, sem querer garantir aquisição do direito subjetivo pretendido durante a situação de *expectativa de direito*, defender a imutabilidade dos termos e condições previamente estabelecidos para aquisição do referido direito futuro.

Com vistas ao exposto no parágrafo anterior, acrescentamos que segundo a Professora Maria Helena Diniz:

O direito adquirido é aquele cujo exercício está inteiramente ligado ao arbítrio de seu titular ou de alguém que o represente, efetivado sob a égide da lei vigente no local e ao tempo do ato idôneo a produzi-lo, sendo uma consequência, ainda que pendente, daquele ato, tendo utilidade concreta ao seu titular, uma vez que se verificaram os requisitos legais para sua configuração. (DINIZ, 2004, p. 191).

Ainda, conforme se pode depreender do que é expresso na Enciclopédia Saraiva de Direito, obra coordenada por R. Limongi França, o professor José Cretella Júnior explica o *direito adquirido* como sendo: “Situação jurídica que alguém incorpora ao seu patrimônio econômico ou moral, de tal modo que nem lei, nem fato posterior possa alterá-la”. (JÚNIOR, 1977, p. 133).

Continuando, neste contexto, podemos nos valer do artigo intitulado “O direito adquirido nas relações de *Direito Privado* e nas relações de *Direito Público*” de lavra do Ministro do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, professor José Augusto Delgado, quando calcado nos ensinamentos de Carlos Maximiliano (Comentários à Constituição Brasileira, 1918, p. 227, nota 200) e valendo-se do conceito pregado pela doutrina italiana considera *direito adquirido* como sendo:

Consequência de fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei existente no tempo em que este se realizou, tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio da pessoa, ainda que esta não o tenha feito prevalecer por falta de oportunidade. (citando Pacificimazzoni, Istituzioni di Diritto Civile Italiano, 1880, v. 1, p. 73). (DELGADO, 1988, p. 15-37).

Fazendo, neste ponto, breve comparação com a *expectativa de direito*, expressamos que o *direito adquirido* é a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de um ou de vários fatos idôneos conjugados e que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.

Assim, como na situação de expectativa, o agente ainda não usufruiu do pretendido direito, só que, neste caso, os elementos constitutivos para o almejado direito subjetivo não se encontram, na sua totalidade, verificados.

É preciso considerar, de início, que a expectativa, nos moldes que ora defendemos, também lastreia-se na existência de uma lei em que se funde determinando o ato ou a sequência de atos para a consecução do objeto almejado. Sem isto pode haver, é claro, uma simples aspiração, um desejo, enfim, um fato de cunho estritamente psicológico, mas não a *expectativa de direito* considerada *legítima* nos termos do ordenamento vigente em determinada época e espaço geográfico.

A expectativa que se pode considerar um estágio anterior ao direito em vias de ser ou que pode ser adquirido é, desta forma, também, prevista em consequência da lei.

Deste modo, é de se concluir que pode ser apontada como diferença entre *expectativa de direito* e *direito adquirido*, a existência, para este, de fato ou fatos aquisitivos específicos e já configurados na sua totalidade, enquanto que na situação de *expectativa de direito*, quando legítima, o que se registra é a completude dos *atos parcelares* que se configuram *atos jurídicos perfeitos*, ou seja, vale repetir, para o *direito adquirido* se exige a realização, de forma completa, de todos os atos parcelares. Para a configuração da *legítima expectativa de direito* é exigido que todos os atos até então praticados estejam completos e em conformidade com a lei para, deste modo, poderem ser qualificados como *atos jurídicos perfeitos*, assuntos do próximo tópico.

Nesse diapasão, partimos da compreensão expressa no Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (SIDOU, 2003, p. 377), de que *expectativa de direito* é: “Faculdade jurídica abstrata ou em via de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”.

O Dicionário Jurídico de autoria de Ana Prata referindo-se ao que denomina *expectativa jurídica*, assim preleciona:

Nos chamados factos complexos de formação sucessiva (facto resultante da conjugação de vários factos parcelares cuja produção não é simultânea), a lei protege a situação que se verifica quando se produziram alguns dos factos de que resultam efeitos jurídicos, mas não se produziram ainda todos.
Diz-se que tem uma expectativa jurídica a pessoa em benefício da qual o efeito definitivo se produzirá previsivelmente. (PRATA, 2006, p. 531).

E, de acordo com De Plácido e Silva, temos que:

Expectativa. De *expectar*, do latim *expectare* (esperar), o mesmo que *expectação*, do latim *expectatio* (esperança), entende-se a *probabilidade* ou *possibilidade* de vir uma pessoa a adquirir ou ter, em futuro, um direito, pertencente a outrem, ou que somente passará a ser do expectante, quando realizadas certas condições ou advindos certos eventos. É uma *esperança*. E, nesta razão, não tem *existência atual*. Em relação ao direito é a *mera possibilidade* de vantagem que poderá, ou não, vir, pelo que bem se distingue do direito atual, adquirido, que já é *existente*. E não uma esperança de futura aquisição, em que se funda a expectativa.
Desse modo, nem mesmo com o *direito futuro* se confunde, seja este *deferido* ou *não deferido*. (SILVA, 2003, p. 585).

De modo contrário ao que defendemos o ilustre doutrinador, em continuidade, afirma:

Na *expectativa* ainda não há direito, nem mesmo futuro; há simples possibilidade de *futura aquisição de direito*.

É o estado ou a situação de *quem espera* (esperança) adquirir alguma coisa. *Spes debitum iri*⁶⁰. (SILVA, 2003, p. 585).

Como visto, observamos que o professor De Plácido e Silva, nesta exposição, distingue o significado de *expectativa de direito* do que seja direito em sentido jurídico, como se naquela situação não devesse existir nenhuma espécie de proteção do ordenamento, o que, *data venia*, não é o nosso entendimento.

Infelizmente, a percepção do professor De Plácido e Silva não existe isoladamente. Como já observamos, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, por exemplo, da mesma forma se pronuncia. Vejamos trecho da decisão transcrita a seguir:

“Supremo Tribunal Federal do Brasil, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 186.557/DF.

(...) Direito adquirido e ciclo de formação: expectativa de direito não se confunde com direito adquirido.

*A questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que **a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno** – vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado – **constitui fator capaz de impedir que se complete, legitimamente, o próprio processo de aquisição do direito**, inviabilizando, desse modo, ante a existência de **mera "spes juris"**, a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido. Precedentes⁶¹.”* (grifos da transcrição)

Destarte, cabe sempre observar que também advogamos pelo fato de que o direito subjetivo, que no presente é almejado, tornar-se-á adquirido quando no futuro estiverem

⁶⁰ *Spes debitum iri*. Expectativa de direito; direito eventual. Significa que a concretização do direito de alguém só se concretizará após realizada a condição de que está ele (direito) dependente. LUIZ, Antônio Filardi. *Dicionário de expressões latinas*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Atlas, 2002. p. 293.

⁶¹ Precedente judicial. Julgamento do Poder Judiciário que serve de paradigma para apreciação de casos semelhantes. Exerce grande influência no Direito inglês e norte-americano, todavia de relevo menor no sistema brasileiro, apesar das súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior de Justiça constituírem orientação constantemente seguida. Observe-se, entretanto, que o precedente judicial, diante do princípio da reserva legal e do livre convencimento, não opera os efeitos permitidos na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde serve para fixar infrações penais. HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Primeira Impressão, 2007, p. 711.

configuradas todas as exigências legais. Durante o itinerário para a realização dos pertinentes atos parcelares é apenas um direito por vir a existir.

Entretanto, na *expectativa de direito* vislumbramos a existência, no mínimo, do direito à *segurança jurídica* não sendo assim cabível que as partes não possam contar com a garantia da imutabilidade dos termos e condições preestabelecidos para a consecução do futuro bem pretendido.

Continuando, o citado professor, ainda no tocante às definições ligadas à *expectativa de direito*, informa:

Nesta razão, difere da *faculdade*, que é a capacidade para exercitar um *direito próprio*.

No *direito futuro*, embora a aquisição dependa de condição ou evento, já o direito existe, isto é, mesmo que se mostre *direito condicional* não se pode dizer uma *expectativa*. Esta não se revela um *bem jurídico*, que deva ser protegido e defendido, enquanto que o direito, mesmo condicional, já possui um valor econômico social, constituindo elemento que se aprecia patrimonialmente. E de defesa assegurada. (SILVA, 2003, p. 585).

Neste último parágrafo da informação retro citada, onde o ilustre doutrinador afirma que a expectativa, no contexto que ora analisamos, não se revela um *bem jurídico*, portanto não sendo passível de proteção, rogamos *venia* para informar que justamente neste ponto reside grande parte da questão para a qual direcionamos nossos esforços, os quais serão no sentido de demonstrarmos e consubstanciarmos a validade de entendimento contrário, haja vista a defesa que elaboramos para evidenciar que a situação que materializa a *legítima expectativa de direito* deve ser considerada como *bem jurídico*, registrando-se, inclusive, sua previsão no ordenamento em posição que lhe permita inalterabilidade dos termos e condições a ela inerentes, em face de um novo regramento.

Quando o professor De Plácido e Silva afirma “No direito futuro, embora a aquisição dependa de condição ou evento, já o direito existe...” o mesmo, no nosso entendimento, com ressalvas, aproxima o que ele denomina *direito futuro* do que estamos a defender, que é a garantia de respeito às condições e termos ensejadores do estágio que denominamos *legítima expectativa de direito* e, como advogamos, qualifica tal situação como de direito condicional. Entretanto, continuando, o doutrinador preceitua “...isto é, mesmo que se mostre direito condicional não se pode dizer uma expectativa.”

Diante da retro exposição observamos o que definimos como imbróglio conceitual,

pois em uma situação pautada pela esperança de um bem futuro, que para sua aquisição registra a dependência de uma entabulada condição ou evento, não vemos como não qualificá-la no estágio intermediário definido como de expectativa de direito.

A situação de expectativa no campo das relações jurídicas tanto não é desprovida de conteúdo de direito que o Código Civil de português, por exemplo, não raras vezes, em questões diversas, a tal situação se refere no sentido de atribuir às pertinentes partes devidas responsabilidade. Vejamos, o preceituado nos artigos 78.º, *caput*, 81.º, n. 2 e 1592.º, n. 1.

Código Civil português:

Artigo 78.º (Cartas-missivas não confidenciais)

O destinatário de carta não confidencial só pode usar dela em termos que não contrariem a **expectativa** do autor.

Artigo 81.º (Limitação voluntária dos direitos de personalidade)

1...

2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas *expectativas* da outra parte.

Artigo 1592.º (Restituições, nos casos de incapacidade e de retractação)

1. No caso de o casamento deixar de celebrar-se por incapacidade ou retractação de algum dos promitentes, cada um deles é obrigado a restituir os donativos que o outro ou terceiro lhe tenha feito em virtude da promessa e na *expectativa* do casamento, segundo os termos prescritos para a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico.

(grifos da transcrição)

Com o fito de cada vez mais enfatizar o quanto a situação de *expectativa* tem relevância nos diversos campos do Direito, à guisa de exemplo, registramos que *direitos de personalidade* representam interesses legítimos, juridicamente protegidos, de que dispõe toda a pessoa, de obter o respeito de todos os elementos, de forma individual ou em conjunto, que compõem a sua personalidade física e moral (corpo, imagem, nome, pensamento, honra, etc.). Tais direitos estão regulados no Código Civil português, nos artigos 70.º e seguintes⁶².

⁶² Código Civil de Portugal.

Artigo 70.º (Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Artigo 71.º (Ofensa a pessoas já falecidas)

1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular.

2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

Ainda que uma pessoa não disponha de quaisquer direitos patrimoniais, ela é necessariamente titular do conjunto de direitos absolutos que respeitam às várias manifestações, físicas e morais, da sua personalidade e a tal conjunto, como vimos, se dá a designação de *direitos da personalidade*.

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis, embora possam, dentro de certos parâmetros, de acordo com o já transcrito artigo 81.º do Código Civil português, ser objeto de limitações voluntárias por parte do seu titular.

Aquele que voluntariamente limite o seu exercício pode – caso a limitação seja válida, o que depende de não se registrar contrariedades aos princípios de ordem pública – sempre revogar tal disposição, entretanto, com pertinência ao que defendemos, fica na obrigação de indenizar os prejuízos causados em razão das *legítimas expectativas* da outra parte.

Neste tópico mostramos a supremacia da vontade no entabulamento dos atos jurídicos, aproveitamos para, no mesmo, demonstrar, também, a relevância, neste contexto, da *legítima expectativa de direito* e concluímos afirmando que o pretendido é, em tese, defender o “*direito adquirido*” com que o cidadão deve poder contar no tocante ao respeito à *boa-fé*, à *dignidade humana*, à *proteção da confiança* e, entre outros mandamentos do Direito, à garantia da *segurança jurídica* no que diz respeito à inalterabilidade dos atos que, de conformidade com a sua justa vontade e respaldado nos ditames legais, venha a praticar.

4.2 A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE DIREITO E O ATO JURÍDICO PERFEITO

Deve ser enfatizado que não estamos a falar de qualquer *expectativa de direito*, mas sim, daquela que no contexto jurídico seja considerada legítima.

3. Se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer providências a que o número anterior se refere.

Artigo 72.º (Direito ao nome)

1. Toda a pessoa tem direito a usar o seu nome, completo ou abreviado, e a opor-se a que outrem o use ilicitamente para sua identificação ou outros fins.

2. O titular do nome não pode, todavia, especialmente no exercício de uma actividade profissional, usá-lo de modo a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico; nestes casos, o tribunal decretará as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito.

Artigo 73.º (Legitimidade)

As acções relativas à defesa do nome podem ser exercidas não só pelo respectivo titular, como, depois da morte dele, pelas pessoas referidas no n.º 2 do artigo 71.º.

Embora a expressão *legítima expectativa de direito* tenha aparecido em parágrafos anteriores e consequentemente apresentar-se-á em outros tópicos deste trabalho, entendemos cabível, neste ponto, chamarmos atenção para determinados aspectos ligados a mesma.

Para afastarmos qualquer juízo concernente à possibilidade de estarmos a defender a obtenção de garantia para situações que por si só não fazem jus à proteção do ordenamento jurídico, observamos, em caráter exemplificativo, alguns requisitos que devem estar presentes para que a *expectativa de direito* possa se configurar como legítima.

Deste modo, a situação em análise deve ser resultante de atos regulares da Administração Pública ou, ainda, do igualmente obrigatório atendimento às pertinentes disposições legais quando se tratar do entabulamento de convenções entre particulares.

Cabe observação, tanto nos atos oriundos da Administração Pública quanto nos atos da esfera cível, para os aspectos ligados à competência e legitimidade das partes, referentes à prática dos mesmos.

Também, a arguição de *legítima expectativa de direito* não deve encontrar guarida quando não se comprove injusto prejuízo para o administrado ou para uma das partes, no caso dos acordos particulares, o mesmo ocorrendo em ocasiões extraordinárias como nas situações de guerra ou diante de um novo e original regramento constitucional.

Entretanto, mesmo que determinadas circunstâncias possam ser erigidas à condição de instrumento de combate à garantia de inalterabilidade dos termos e condições de uma situação de legítima expectativa, veremos adiante que, pelo menos, no que diz respeito a regularidade das ações praticadas pela Administração Pública, nem sempre o inverso poderá ser alegado diante de situações onde estejam configurados fatores como a *boa-fé*, a *confiança* e até a consolidação da situação em decorrência do decurso de considerável espaço de tempo.

Outros requisitos podem ser exigidos para que possamos considerar ou não uma condição como de *legítima expectativa de direito*. Contudo, advogamos pela obrigatoriedade do emprego das noções de razoabilidade⁶³, proporcionalidade⁶⁴ e plausibilidade⁶⁵ para que,

⁶³ Razoabilidade. Inerente ao que seja razoável e, neste contexto, temos: “ O que é conforme à razão; conveniente; aceitável; justo; moderado; sensato; apropriado; oportuno; acima do medíocre; mediano; regular; suficiente. COSTA, J. Almeida; MELO, A. Sampaio e. *Dicionário da Língua Portuguesa*, 7. ed. Portugal: Porto Editora, Lda., 1994, p. 1.517.

⁶⁴ Proporcionalidade. Refere-se à adequação que deve existir entre a ação e o resultado ou entre os valores protegidos pelas normas jurídicas. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro-Brasil: Forense, 2003, p. 1.114.

apenas diante de determinadas situações, de justificada imprevisibilidade, possamos acatar como irrefutável a forçosa necessidade de, sem poder rechaçar, o indivíduo ter que absorver o prejuízo que, porventura, se apresente, em decorrência da não observação de termos e condições previstos e realizados, conforme estipulados em um determinado e pretérito *ato jurídico perfeito* que foi executado de acordo com o ordenamento vigente à época da sua construção, seja ele *ato jurídico em sentido estrito* ou *negócio jurídico*.

Os *atos jurídicos em sentido estrito* ou *atos jurídicos stricto sensu* e os *negócios jurídicos* são espécies da classificação dos *atos jurídicos em sentido amplo* ou *atos jurídicos lato sensu* assuntos abordados no capítulo 9 – Ato jurídico – de modo específico no seu subitem 9.1 – Classificação dos atos jurídicos *lato sensu*.

A expressão *ato jurídico perfeito*, por diversas vezes, encontra-se presente neste trabalho e no momento entendemos como plausível tecermos mais alguns comentários a respeito do referido conjunto vocabular considerando que, ao defendermos a inalterabilidade das condições e dos termos previstos em uma situação configurada como de *legítima expectativa de direito*, em tese, estamos a buscar a proteção do ordenamento para um instituto que já possui sede no texto constitucional brasileiro, haja vista a expressão contida no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, através do inciso XXXVI do art. 5º, quando o mesmo preceitua “a lei não prejudicará o direito adquirido, o **ato jurídico perfeito** e a coisa julgada;”. (grifos da transcrição)

De modo comparativo, devemos, também, buscar o texto da Constituição portuguesa quando, como já vimos, no seu art. 18º - Força Jurídica, informa que “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

Destarte, cabe perquirirmos a respeito do enquadramento da expressão *ato jurídico perfeito*, contida no texto do referido inciso da Constituição do Brasil, com os atos praticados durante o itinerário para a consecução do pretendido e futuro *direito subjetivo*.

Assim, registramos que para conceituarmos o que seja *ato jurídico perfeito* podemos nos valer da própria expressão, ou seja, decompondo-a temos que se configura: *ato* por ser

⁶⁵ Plausibilidade. Qualidade de plausível; digno de aprovação; aceitável. COSTA, J. Almeida; MELO, A. Sampaio e. *Dicionário da Língua Portuguesa*, 7. ed. Portugal: Porto Editora, Lda.,1994, p.1.410.

ação praticada em decorrência da vontade; *jurídico* porque o ato praticado, conforme esta demonstração de vontade, tem que apresentar relevância sob o ponto de vista do Direito e *perfeito* em razão do fato de que todas as ações e instrumentos utilizados para a formulação do ato encontram-se finalizados, completos sob a ótica do ordenamento positivado.

Como visto, o ordenamento constitucional brasileiro, de modo claro, alberga e faz distinção entre as expressões *direito adquirido* e *ato jurídico perfeito*, sem contudo conceituá-las o que fica a cargo da denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB.

Entretanto, no cotidiano, o que se percebe é o não domínio do *status* constitucional do *ato jurídico perfeito* e sua confusão com o *direito adquirido*, quando na realidade este é composto pela sucessão daquele, o mesmo acontecendo com a situação de *legítima expectativa de direito*, esta que é uma situação composta de termos, condições e por vezes encargos que são, inquestionavelmente, oriundos da perpetração de *atos jurídicos perfeitos*. Sendo assim, ao não considerarmos as parcelas que compõem uma *legítima expectativa de direito* estamos a desconsiderar os referidos *atos jurídicos perfeitos*, os quais têm proteção constitucional.

Finalizando, neste tópico, tais explanações, fazemos questão de repetir que os *atos parcelares* que compõem a condição de *legítima expectativa de direito* são *atos jurídicos perfeitos*, até porque, se assim tais atos não se apresentassem, não poderíamos falar de *expectativa legítima*.

Ainda, em atendimento às exigências de, dentro do enfoque que pretendemos, cada vez mais, familiarizar o leitor com os termos componentes das expressões do nosso tema, para maiores comentários em torno do vocábulo *legítimo*, utilizamos das palavras expressas na matéria: “A Ética⁶⁶, o Legítimo e o Legal” da lavra do professor Luiz Roldão de Freitas Gomes⁶⁷, quando o mesmo assim preceitua:

Legítimo, em singela concepção, derivado do latim *legitimus*; de lex, exprime, de modo geral, “tudo o que está conforme às leis ou que se apresenta cumprindo as

⁶⁶ Ética. A ética é teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. Ou seja, é ciência de uma forma específica de comportamento humano. VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. 8. ed. Editora Civilização Brasileira S.A. Rio de Janeiro - Brasil: 1985, p.12.

⁶⁷ “A ética, o legítimo e o legal”, 2010. Disponível em: <http://www.uff.br/direito/index.php?option=com_content&view=article&id=19%3Aa-etica-o-legitimo-e-o-legal&catid=2&Itemid=14>. Acesso em: 27 out. 2011.

determinações legais” (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Forense, vol. III, 1963). “Nesta razão, possui a mesma significação de legal. E, decorrentemente, de válido, puro, perfeito, regular.

Onde quer que se apresente, portanto, o adjetivo “legítimo” está determinando o ato, a causa, o direito, como apoiado na regra ou revestido das exigências legais, pelo que valerá como de direito, *erga omnes*”.

Prossegue o autor: “É o que procede legalmente, que é lícito, é permitido, é autorizado, o que, aliás, redundando sempre na exata expressão: é legal, porque, procede da lei, está permitido ou autorizado em lei, é amparado o apoiado em lei. Afinal, é o que deriva da lei ou o que é introduzido pela lei.

Relativamente ao significado de legal, explicita o mesmo autor (ob. Cit., vol. III): “Derivado do latim, *de legalis*, quer exprimir a situação da coisa ou do ato, que se mostra dentro da ordem jurídica ou na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei”. “É, pois, a ação exercida dentro da ordem jurídica ou na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei.”

“A legalidade do ato, assim, decorre em ter sido executado consoante as formalidades e exigências legais, ou segundo os requisitos legalmente instituídos.”

“Por vezes, legalidade quer exprimir as próprias solenidades ou formalidades legais. E assim se diz: é feito ou foi feito com todas as legalidades, isto é, com atenção a todos os desejos ou requisitos da lei. (GOMES, 2010).

Como cediço, em se tratando da busca pelo que seja legítimo, não podemos nos afastar de outras expressões, a exemplo de: legalidade, moralidade, ética, etc.

Sem querermos adentrar em profundas análises diferenciadoras dos vocábulos retro citados, defendemos a premissa de que a legitimidade deve tomar como base os princípios da ética e, por fim, para a determinação do que seja legal, tenhamos como insumo a legitimidade. E, neste ponto, não podemos deixar de externar o entendimento de Eduardo C. B. Bittar, quanto ao que seja ética, isto é:

A significação da ética. É como um saber que se verte e se direciona para o comportamento que se deve definir e divisar conceitualmente o que seja a ética. De fato, concebê-la distante da palpitação diuturna das experiências humanas, fora do calor das decisões morais, fora dos dilemas existenciais e comportamentais vividos e experimentados em torno do controle das paixões, das agitações psicoafetivas e sociais que movimentam pessoas, grupos, coletividades e sociedades, é o mesmo que afastá-la de sua matéria-prima de reflexão.

A ética encontra na mais robusta fonte de inquietações humanas o alento para sua existência. É na balança ética que se devem pesar as diferenças de comportamentos, para medir-lhes a utilidade, a finalidade, o direcionamento, as consequências, os mecanismos, os frutos... Se há que se especular em ética sobre alguma coisa, essa “alguma coisa” é a ação humana.

O fino equilíbrio sobre a modulação e a dosagem dos comportamentos no plano da ação importa à ética. (BITTAR, 2009, p. 3).

Acrescentamos, ainda, que a tudo que foi exposto se deve registrar o fato de que o ato, o procedimento, a decisão etc., deve também pautar-se pelas noções, como já expressamos, de razoabilidade, proporcionalidade e plausibilidade, desembocando assim no sentido daquilo

que é justo, que é socialmente correto. Assim, por exemplo, não é legítima a *expectativa de direito* de um candidato aprovado em concurso público que não apresente no momento adequado a comprovação do grau de escolaridade exigido no pertinente edital, pois, neste caso, não se configura que todas as ações do pretendente foram exercidas na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei.

Mais um exemplo de situação onde se alega *expectativa de direito* que, a nosso ver, não se configura como *legítima*, encontramos nas razões constantes do Mandado de Segurança⁶⁸ n. 26.250⁶⁹, impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal do Brasil o qual teve como Relator o Ministro Ayres Brito.

MS 26250/ DF – Distrito Federal

Mandado de Segurança

Relator (a): Min. Ayres Britto

Julgamento: 17/02/2010 Órgão Julgador: STF-Tribunal Pleno

Ementa:

*“Mandado de segurança. Acórdão do Tribunal de Contas da União, que determinou a não prorrogação de contrato administrativo⁷⁰. Inexistência de **direito líquido e certo**⁷¹.*

⁶⁸ Mandado de segurança. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; (Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. Inc. LXIX.).

Conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. Inc. LXVIII.).

Conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; (Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. Inc. LXXII.).

⁶⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609266>>. Acesso em: 11 out. 2011.

⁷⁰ Contrato administrativo. É todo acordo de vontade de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses coletivos, está submetido a um regime jurídico de *Direito Público* e informado por princípios publicísticos. CRETELLA, Júnior José. *Manual de Direito Administrativo: Curso moderno de graduação*. 5. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense, 1989, p. 141.

⁷¹ Direito líquido e certo. Locução empregada pela Constituição para qualificar o direito amparável por *mandado de segurança*, assim o direito que se apresenta ao julgador certo pela documentação oferecida, independentemente de prova em dilação. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 298.

Violação das garantias do **contraditório**⁷² e da **ampla defesa**⁷³ não configurada. (grifos da transcrição)

1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da Administração Pública.

2. Sendo a relação jurídica travada entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública, não há que se falar em desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3. Segurança denegada.”

Decisão: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto Relator, denegou a segurança.”

Neste caso, inclusive transcrevemos também o relatório e voto do Ministro Ayres Brito, pois o exemplo mostra uma alegada *expectativa de direito* que entendemos não estar amparada pelo ordenamento jurídico, senão vejamos:

“Relatório:

Trata-se de mandado de segurança, aparelhado com pedido de liminar, impetrado por Brasília Serviços de Informática Ltda., contra atos do Tribunal de Contas da União-TCU. Ato consubstanciado no acórdão n. 898/2006-TCU - 2ª Câmara, pelo qual se determinou ao Instituto Nacional de Tecnologia-INT a abstenção ‘de prorrogar o contrato celebrado no âmbito do processo INT n. 01240.0028007/05, relativo ao pregão eletrônico n. 038/2005’.

Alega a autora desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, dado que não participou do processo em trâmite no TCU.

⁷² Contraditório. O princípio do contraditório traduz-se na garantia de cada uma das partes no processo de efectiva participação em todos os seus actos, de forma a que possa ser ouvida, impugnar quer a admissão dos meios de prova, quer a força probatória dos mesmos, numa palavra, que possa ter oportunidade de influenciar a decisão judicial que vai ser tomada. PRATA, Ana (org.). Dicionário Jurídico. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 926.

⁷³ Ampla defesa. Princípio em que assenta o processo contraditório, seja cível, penal ou administrativo, segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado se não foi ouvido. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 52.

Afirma estar “sendo tolhida uma expectativa de direito a qual já havia sido garantida quando vencedora da licitação, sem ao menos ter sido ouvida para assim defender seu direito já adquirido, incorrendo em grandes prejuízos, uma vez que havia grande expectativa quanto à renovação do contrato” (sic).

Daí requerer a concessão da segurança para que, anulando-se todos os atos do processo n. 000.522/200-4, se determine ao Tribunal de Contas da União a intimação da impetrante nos autos do processo administrativo, bem como o fornecimento de cópia do referido processo.

Continuo neste reavivar das coisas para dizer que solicitei informações à autoridade apontada como coatora. Autoridade que defendeu não existir direito líquido e certo à prorrogação da vigência de contrato administrativo.

Pois bem, indeferi a liminar em decisão de fls. 90/91.

Dei, então, vista dos autos ao Procurador-Geral da República. Procurador que opinou pela denegação do writ.

É o relatório.”

Voto:

“Sem razão a impetrante. É que não há direito líquido e certo da autora à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público.

Conforme a Lei 8.666/93⁷⁴, no seu art. 57 caput mais inciso II⁷⁵, e a própria cláusula terceira do contrato, à impetrante se conferiu apenas uma expectativa de direito, fincando à discricionariedade da Administração Pública a decisão sobre a prorrogação do ajuste”.

⁷⁴ Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁷⁵ Lei n. 8.666/93

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

Assim, o Acórdão do Tribunal de Contas da União, ao determinar ao Instituto Nacional de Tecnologia que se abstinhasse de renovar o contrato firmado com a autora, não lesou qualquer direito subjetivo.

Eis a ementa do precedente do Plenário desta nossa Corte:

Ementa:

“Mandado de segurança. Tomada de contas especial no tribunal de contas da união. Determinação de renovação do procedimento de licitação. Prorrogação do prazo de vigência do contrato. Discricionariedade da administração pública. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

Ato do Tribunal de Contas da União que determinou à Administração Pública a realização de nova licitação.

Prorrogação do vigente contrato por prazo suficiente para que fosse realizada nova licitação.

A escolha do período a ser prorrogado, realizada de acordo com o disposto no contrato celebrado, insere-se no âmbito de discricionariedade da Administração.

Segurança denegada.”

“(MS 24.785, relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa).

Não há que se falar, portanto, em desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A relação jurídica mantida no âmbito do TCU se deu, nuclearmente mesmo, para não dizer exclusivamente, entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública. Isso porque nenhum contratado tem o direito à prorrogação do contrato administrativo.

Reproduzo o seguinte trecho do parecer do Procurador-Geral da República:

Contudo, a determinação do TCU não incide diretamente sobre o contrato em que é parte o impetrante. Não atinge qualquer aspecto de seus termos, cingindo-se tal manifestação ao papel de orientar a Administração Pública a que se mantenha na trilha da mais estrita legalidade, observando o princípio da licitação, dando primazia à igualdade entre os eventuais contratantes com o Poder Público.

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

É uma diretriz endereçada a um momento futuro, sem que adentre, de imediato, sob as relações travadas com o impetrante.

Antes o exposto, voto pela denegação da segurança.”

Voto que foi acompanhado por unanimidade pelos membros do egrégio Tribunal.

Como visto, a parte autora alegou que estava diante de uma situação, na qual acreditava ser de *expectativa de direito*, o que não discordamos, haja vista que nada impedia a autora de sustentar tal sentimento. Contudo, com base no contexto que nos encontramos, tal expectativa não se configura como legítima, pois a mesma não se lastreava em previstos *atos jurídicos perfeitos* os quais, concretizados, desembocariam em um determinado direito subjetivo, no caso, o direito de poder pleitear a renovação do referido contrato.

Deste modo, deve ser enfatizado que o ponto central para nossas fundamentações é a defesa no que concerne à inalterabilidade dos atos praticados dentro das exigências legais. Quando, de modo contrário, se configurar o desejo de apenas um dos intervenientes em determinada avença que, nestes casos, quase sempre é delineada pela parte dominante, seja a Administração Pública ou o particular elaborador dos diversos contratos de adesão⁷⁶, registramos situações em que ao administrado ou ao contratante aderente cabe apenas expressar a sua vontade quanto a adesão ou não ao que lhe é proposto, sem, contudo, ter qualquer ingerência na elaboração dos termos e condições constantes dos diversos fatos jurídicos, não sendo destarte plausível ou razoável o entendimento de que é correta a prática de, mesmo nestas condições, as regras poderem ser unilateralmente modificadas em desfavor do hipossuficiente ou aderente de uma determinada relação jurídica.

Neste ponto, também não nos parece demasiado fazer observações no tocante à expressão “direito expectado” que, se analisada sob a égide da etimologia, poderíamos definir como direito em expectativa e, desta forma, nos aproximar do enfoque que atribuímos, no presente trabalho, à *expectativa de direito*.

Entretanto, registramos que, majoritariamente, tanto a doutrina jurídica quanto a jurisprudência consideram tal situação como direito adquirido que ainda não foi materializado, em razão da discricionariedade do seu detentor, isto é, embora implementados

⁷⁶ Contrato de adesão. É aquele em que uma parte, o estipulante, impõe o conteúdo negocial, restando à outra parte, o aderente, duas opções: aceitar ou não o conteúdo desse negócio. TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 2. ed. São Paulo - Brasil: Método, 2007, p. 47.

todos os requisitos que consubstanciam a aquisição de um direito, conforme a legislação vigente em determinada época e espaço geográfico, por decisão do interessado o mesmo ainda não foi exercido.

Sob nossa ótica, tanto a situação de *direito expectado*, nos termos retro mencionados, quanto a de *legítima expectativa de direito*, de formas distintas, não devem ser atingidas em razão de um novo ordenamento. A primeira, quanto ao direito subjetivo propriamente dito e a segunda, no tocante aos seus termos e condições.

Transcrevendo trecho da matéria intitulada “Algumas considerações sobre o registro” de autoria de Sérgio Jacomino⁷⁷, no ponto em que cita Enneccerus-Nipperdey, sobre o direito expectado, tem-se:

En resumen, la expectativa del titular condicional es tratada como um derecho en todos los aspectos conocidos y, por esto mismo, hay que considerarla también como un derecho. La hemos de construir, pues, como una expectativa (pendiente), o sea, como un derecho a adquirir ipso iure, al cumplirse la condición, el crédito, la mismo carácter que el derecho pleno. Por consiguiente, el derecho de expectativa a la adquisición de la propiedad es un derecho real." (Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp e Wolff, T I, vol. II, 2ª parte, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956, p. 692-693).

Como podemos depreender da citação que transcrevemos, o autor defende que o direito sob condição à aquisição de propriedade configura-se um direito previsto na lei e assevera, inclusive, que o direito de expectativa à aquisição da propriedade é um direito real e, como tal, Ana Prata, assim define:

Direito real é um direito subjectivo que recai directamente sobre coisas ou realidades a elas juridicamente assimiladas, conferindo ao seu titular poderes sobre elas e o direito de exigir de todos os outros uma atitude de respeito pela utilização que delas faça, de acordo com os poderes que o direito lhe confere; trata-se, portanto, de um direito absoluto, isto é, oponível pelo seu titular a todas as pessoas (por exemplo, direito de propriedade, usufruto, hipoteca). (PRATA, 2006, p. 439).

Obviamente, *mutatis mutandis*, não há de se conceber que, em circunstâncias como as que foram trazidas à baila por intermédio da transcrição dos fatos constantes do Mandado de Segurança n. 24.785, a *expectativa* seja considerada um direito e, por conseguinte,

⁷⁷ Oficial Registrador no Quinto Registro de Imóveis de São Paulo. Matéria disponível em: <<http://www.trib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-detalle.php?obr=52>>. Acesso em: 25 out. 2013.

merecedora da proteção do ordenamento jurídico. Entretanto, em casos como por exemplo: a *expectativa da aposentadoria* ou a *expectativa da nomeação em cargo público*, tudo nos moldes previstos em lei vigente à época da perpetração dos atos preliminares, não compartilhamos com a ideia de que tais aspirações sejam consideradas “meras expectativas” sem qualquer proteção do direito, entendimento motivado pela não configuração das citadas situações como *bens jurídicos*.

Destarte, por oportuno, cabe observar que no decorrer deste trabalho a expressão “*A expectativa de direito como bem jurídico*” deve ser sempre entendida como “*a legítima expectativa de direito como bem jurídico*”, embora não implique, em razão do exposto, ser a mesma confundida com o direito adquirido ou mesmo com o direito expectado nos moldes expressos nestes parágrafos.

5 A EXPECTATIVA DE DIREITO E O BEM JURÍDICO

5.1 ASPECTOS PRELIMINARES

Considerando a análise e separação dos elementos componentes do tema em estudo, neste capítulo, serão tecidos basilares e pertinentes conceitos no que tange à expressão “*bem jurídico*”, haja vista que a premissa central deste trabalho, justamente, como já anteriormente afirmado, é demonstrar e defender o “estado de *expectativa de direito*” como um *bem* a ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Neste momento é oportuno esclarecer que a introdução de comentários a respeito de determinados institutos do direito, sobremaneira do ramo do Direito Civil, o que nesta obra se registra, não tem a finalidade de aprofundamentos acadêmicos em torno de tais elementos, pois os mesmos já apresentam conceitos consolidados e, assim, buscaremos demonstrar que, justamente como se expressam, isto é, sem inovações, tais institutos consubstanciam as nossas pretensões. Deste modo, em geral, nos valeremos apenas dos aspectos que se apresentam como necessários à concretização do que defendemos.

Destarte, as explanações de assuntos como *bens*, *fatos*, *atos*, *negócios jurídicos*, *prescrição*, *decadência* e, entre outros, os pertinentes *princípios do Direito*, têm a finalidade de, como sempre, chamar atenção, no decorrer deste trabalho, para o itinerário pelo qual deve percorrer o ato jurídico com o fito de quando, conforme o ordenamento brasileiro, considerado perfeito, individualmente ou em conjunto com outros atos na mesma condição, possa consubstanciar a situação definida como de *legítima expectativa de direito* em sentido jurídico ou, quando nos moldes do ordenamento português, os atos praticados possam ser considerados como elementos de formação para situações que devam ser enquadradas no conjuntos dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Cabe enfatizar, inclusive, que uma das premissas deste trabalho é, como afirmado no parágrafo anterior, mostrar que, com os institutos e demais elementos jurídicos existentes, conforme apresentados, se pode respaldar a pertinência da consecução dos meios para a

garantia de inalterabilidade dos termos e condições constantes em um estado de *legítima expectativa de direito*.

Sendo assim, neste caso, em razão do pretendido, repita-se, não há de se cogitar inovações em torno dos referidos institutos, o que, em se verificando, apresentaria um ineditismo que poderia se configurar objeto de nova tese e, conseqüentemente, não permitiria sustentáculo para as premissas que ora defendemos.

Continuando, em torno do ponto que identifica este subitem, vale observar que embora mais adiante se registre a sugestão de classificação específica para a *legítima expectativa de direito* na condição de *bem jurídico*, não é descabido prelecionar que tal situação intermediária, para consecução de um determinado direito subjetivo, pode, no tocante ao mesmo, versar sobre os mais variados tipos de bens, motivo pelo qual, além do já exposto, acrescentamos a informação de que o estudo deste item ajudará no deslinde de questões relacionadas ao tema em epígrafe. Mas, repita-se, não se deve, em hipótese alguma, registrar confusão entre o *futuro bem almejado* e a *garantia de inalterabilidade dos termos e condições que forem convencionados para sua obtenção*, sob pena da indevida, no caso, interpenetração dos conceitos e tratamentos que devem ser dirigidos ao *direito adquirido* e a *expectativa de direito*, considerando não ser este o objetivo da obra que ora construímos.

5.2 CONCEITO DE BEM

Para discorrermos sobre o itinerário citado no parágrafo anterior, iniciamos conceituando o que seja “bem”.

Em uma concepção ampla, podemos definir a palavra *bem* como sendo tudo aquilo que atende a uma solicitação de ordem física ou psicológica inerente ao ser humano. Também, é assim entendida toda e qualquer ocorrência que expresse o estado do que foi corretamente realizado e, ainda, entre outras situações, o estado considerado favorável em que alguém se encontra.

Com base no que foi dito, é um *bem* a sensação de carinho que sente o filho quando acariciado pelo pai; é um *bem* o imóvel que abriga a família; o vocábulo pode também expressar o estado do enfermo que se recuperou da doença da qual era acometido ou o conceito do ato praticado pelo músico que desenvolveu sua arte de forma correta e agradável.

Valendo-nos dos ensinamentos do professor Washington de Barros Monteiro, com relação ao vocábulo *bens* temos que:

A palavra *bens* pode ser tomada em vários sentidos, a começar pelo filosófico. A esse propósito, saliente-se, para logo, a discordância entre o significado jurídico e o filosófico do vocábulo em questão.

Filosoficamente, *bem* é tudo quanto pode proporcionar ao homem qualquer satisfação. Nesse sentido se diz que a saúde é um bem, que a amizade é um bem, que Deus é o sumo bem. Mas, se filosoficamente, saúde, amizade e Deus são bens, na linguagem jurídica não podem receber tal qualificação.

Juridicamente falando, bens são valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto de uma relação de direito. O vocábulo, que é amplo no seu significado, abrange coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais ou imponderáveis, fatos e abstenções humanas. (MONTEIRO, 1985, p. 135).

Ainda, entre outros inúmeros doutrinadores, conforme Monteiro, devemos observar as significações dos vocábulos *bem* e *coisa*, análise que faremos a seguir.

5.3 BEM E COISA

A distinção entre *bens* e *coisas* na doutrina jurídica não é tema pacífico, sendo formuladas as mais diversas teorias para dar suporte a ambos os conceitos. Nesta trilha, ora se afirma que as *coisas* representam categoria mais ampla, na qual estariam insertos os *bens*, e, noutras oportunidades, defende-se ter o vocábulo *bem* conceito mais abrangente, compreendendo, desta forma, o que seja definido como *coisa*.

Quem considera a *coisa* como sendo gênero, do qual o *bem* se apresenta como espécie, respalda-se no fato de que existem coisas que não têm valoração econômica e, por conseguinte, não seria possível considerá-las bens.

Em outra posição, registramos os que propõem o conceito de *bem* como gênero, no qual a *coisa* lhe seria espécie, entendendo estes que a noção conceitual de bem engloba também a possibilidade de constituição de direitos que não apresentam expressão econômica, enquanto *coisa* é ideia relativa às utilidades patrimoniais, sendo sempre corpóreas.

Neste tema, ainda vale registrar a existência de quem considere ambas as expressões como possuidoras do mesmo significado.

Mais uma vez, valemo-nos das palavras de Monteiro quando, citando Scuto⁷⁸, preleciona:

O conceito de coisa corresponde ao de bens, mas, nem sempre há perfeita sincronização entre as duas expressões. Às vezes, coisas são o gênero e bens, a espécie; outras, estes são o gênero e aquelas, a espécie; outras, finalmente, são os dois termos usados como sinônimos, havendo então entre eles coincidência de significação. (MONTEIRO, 1985, p. 135).

Entendemos por oportuno observar que o revogado Código Civil brasileiro de 1916 não distinguia tais palavras usando-as de modo indistinto.

O novo ordenamento civil do Brasil, na sua Parte Geral, Livro II, ao preceituar sobre as diversas classificações dos bens optou por substituir a expressão “coisas” pela expressão “bens”, embora continue no Livro III da Parte Especial a se referir ao ponto denominado “Direito das Coisas”, onde vamos encontrar normas reguladoras das relações jurídicas entre as pessoas e os bens corpóreos suscetíveis de apropriação.

O professor Fábio Ulhoa Coelho ao tecer comentários sobre as expressões “bem” e “coisa”, assim preleciona:

Bem é tudo o que pode ser pecuniariamente estimável, isto é, precificado, avaliado em dinheiro, traduzido em quantia monetária. Consideram-se bens, assim, a casa, automóvel, obra de arte, computador e todos os demais objetos destinados a atender às mais variadas necessidades humanas, e que, por essa razão, têm valor para homens e mulheres. São bens, igualmente, animais, energia elétrica, imagens fotográficas, dinheiro e outras coisas cuja valorização pode ser quantificada. Informações, tecnologia, segredos de empresa, cadastro e outros dados metodologicamente pesquisados ou organizados são bens de significativo valor econômico (Gallo, 2000: 158).

Ademais, também são juridicamente bens quaisquer direitos passíveis de estimação econômica, como os creditícios, obrigacionais, autorais, relativos à imagem-atributo de pessoa famosa e outros.

Por fim, incluem-se no conceito de bens as participações societárias (ações⁷⁹ de sociedade anônima ou quotas⁸⁰ de sociedade limitada) e os valores mobiliários⁸¹ (debêntures⁸², partes beneficiárias⁸³, bônus de subscrição⁸⁴ e *commercial papers*⁸⁵).

⁷⁸ Istituzione di Diritto Privato, Parte Generale, 1/291.

⁷⁹ Ação. Documento que indica ser seu possuidor ou proprietário de certa fração de determinada empresa. Existem vários tipos de ações, cada um dos quais definindo formas diversas de participação na propriedade e nos lucros da empresa. *Ações ao portador* não trazem expresso o nome de seu possuidor, sendo, portanto, daquele que as tiver em seu poder. *Ações nominativas* pertencem exclusivamente à pessoa nelas nomeada e só podem ser negociadas mediante registro em livro especial da empresa que as emitiu. *Ações endossáveis* são ações nominativas que podem ser negociadas mediante simples endosso de seu proprietário. *Ações ordinárias* conferem a seu possuidor o direito de eleger a diretoria da empresa; em contrapartida, seus possuidores somente têm direito à distribuição dos dividendos depois de paga a porcentagem prioritária a que têm direito os

Define-se coisa, em princípio, como tudo o que existe além dos sujeitos de direito. Os bens são as coisas valiosas para homens e mulheres e suscetíveis de precificação, de avaliação pecuniária (para outras definições de “coisa” e “bem”, mais ou menos diferentes da apresentada aqui, ver Lopes, 1962:354; Monteiro, 2001:144/1; Diniz, 2002: 275/276).

O ar atmosférico, por exemplo, é uma coisa, mas não um bem; pelo menos por enquanto, em que está abundantemente disponível a todos os homens e mulheres e ninguém o disputa. O solo lunar e o do planeta Marte são, atualmente, coisas; no futuro, quando esses corpos celestes forem colonizadas, certamente passarão a ter valor econômico e serão, então, bens. (COELHO, 2010, p. 279).

Como se percebe os conceitos de “coisa” e “bem” ora se distinguem, ora se confundem e se interpenetram e até, em outras situações, são considerados sinônimos.

O Código Civil português, na Subsecção IV da Secção II do capítulo III do Título I do seu Livro I, refere-se à Lei Reguladora das coisas onde no artigo 46.º, números 1 e 2, assim preceitua:

portadores de ações preferenciais. *Ações preferenciais* são aquelas cujos possuidores têm direito de receber uma percentagem fixa dos lucros, antes de distribuídos os dividendos da empresa. SANDRONI, Paulo (org.). *Dicionário de Economia*. 1. ed. São Paulo - Brasil: Editora Nova Cultural Ltda., 1989, p. 7.

⁸⁰ Cota. Derivado do latim *quotus*, de *quot* (quantos) é forma de grafia oficial de quota.

E, deste modo, exprime a parte, a quantidade, o contingente ou a porção de alguma coisa, que deve ser entregue para a formação ou composição de um todo.

Extensivamente, entende-se ainda a parte, que se deve receber na divisão, distribuição ou partilha de alguma coisa.

Em relação às sociedades comerciais, a cota, então, é principalmente o contingente ou porção de bens ou valores a ser entregue pelo sócio para composição do capital social. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro-Brasil: Forense, 2003, p. 393.

⁸¹ Valores mobiliários. São instrumentos de captação de recursos pelas sociedades anônimas emissoras e representam, para quem os subscreve ou adquire, um investimento. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 6. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2003, p. 137.

⁸² Debênture. Título mobiliário que garante ao comprador uma renda fixa, ao contrário das ações, cuja renda é variável. O portador de uma debênture é um credor da empresa que a emitiu, ao contrário do acionista, que é um dos proprietários da mesma. As debêntures têm como garantia todo o patrimônio da empresa. SANDRONI, Paulo (org.). *Dicionário de Economia*. 1. ed. São Paulo - Brasil: Editora Nova Cultural Ltda. , 1989, p. 77.

⁸³ Partes beneficiárias. São títulos negociáveis, sem valor nominal e estranhos ao capital social. Somente podem ser emitidas por companhias fechadas e estão disciplinadas na Lei de Sociedades Anônimas. GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Comercial: direito de empresa e sociedades empresárias*. 6. ed. São Paulo – Brasil: Saraiva, Coleção sinopses jurídicas; v. 21, 2013, p.143.

⁸⁴ Bônus de subscrição. É o valor mobiliário que atribui ao seu titular o direito de preferência para subscrever novas ações da companhia emissora, quando de futuro aumento do capital social. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 5. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2003, p. 151

⁸⁵ Commercial Papers. São espécies de notas promissórias e servem para a captação de recursos no mercado de capital, sendo restituídos aos investidores em curto prazo. Assim, enquanto as debêntures equivalem a empréstimos feitos pela sociedade anônima de médio e longo prazo, os commercial papers representam captações de recursos de curto prazo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Comercial: direito de empresa e sociedades empresárias*. 6. ed. São Paulo – Brasil: Saraiva, Coleção sinopses jurídicas; v. 21, 2013, p.145.

Código Civil português

Artigo 46.º (Direitos reais)

1. O regime da posse, propriedade e demais direitos reais, é definido pela lei do Estado em cujo território as **coisas** se encontrem situado.
2. Em tudo quanto respeita à constituição ou transferência de direitos reais sobre **coisas** em trânsito, são estas havidas como situadas no país do destino. (grifos da transcrição)

Já, o artigo 53.º, n. 1, do citado Código, informa:

Código Civil português

Artigo 53.º (Convenções antenupciais e regime de bens)

1. A substância e efeitos das convenções antenupciais e do regime de **bens**, legal ou convencional, são definidas pela lei nacional dos nubentes ao tempo da celebração do casamento. (grifo da transcrição)

Ainda, o Código Civil português no seu artigo 202.º - Livro I, Parte Geral, Subtítulo II, Das Coisas, - conceitua tal expressão como sendo tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas, dando, conseqüentemente, ao vocábulo maior abrangência que a atribuída pelo ordenamento brasileiro.

O professor José de Oliveira Ascensão, no seu livro “Direito Civil - Teoria Geral, volume I,” do qual, neste capítulo, utilizamos vários conceitos, a respeito do assunto “Coisa e Bem”, no tocante à comparação entre os referidos vocábulos, assim preleciona:

O Código Civil dedica um subtítulo da Parte Geral às coisas (arts. 202 a 216)⁸⁶, logo após ter considerado as pessoas. É esta posição de todos os Códigos posteriores ao Código Civil alemão. A influência dominante foi porém a do Código Civil italiano.

⁸⁶ Código Civil português.

Artigo 202.º (Noção)

1. Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.
2. Consideram-se, porém, fora do comércio todas as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação individual.

Artigo 203.º (Classificação das coisas)

As coisas são imóveis ou móveis, simples ou compostas, fungíveis ou não fungíveis, consumíveis ou não consumíveis, divisíveis ou indivisíveis, principais ou acessórias, presentes ou futuras.

Artigo 204.º (Coisas imóveis)

1. São coisas imóveis:
 - a) Os prédios rústicos e urbanos;
 - b) As águas;
 - c) As árvores, os arbustos e os frutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo;
 - d) Os direitos inerentes aos imóveis mencionados nas alíneas anteriores;
 - e) As partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos.

Dada a latitude com que define coisas, vê-se que preferiu a referência às coisas à referência aos bens.

Havia duas possíveis orientações:

- 1) Tomar *bem* como a noção mais genérica, sendo coisa uma modalidade de bem.

2. Entende-se por prédio rústico uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro.

3. É parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência.

Artigo 205.º (Coisas móveis)

1. São móveis todas as coisas não compreendidas no artigo anterior.

2. As coisas móveis sujeitas a registo público é aplicável o regime das coisas móveis em tudo o que não seja especialmente regulado.

Artigo 206.º (Coisas compostas)

1. É havida como coisa composta, ou universalidade de facto, a pluralidade de coisas móveis que, pertencendo à mesma pessoa, têm um destino unitário.

2. As coisas singulares que constituem a universalidade podem ser objecto de relações jurídicas próprias.

Artigo 207.º (Coisas fungíveis)

São fungíveis as coisas que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objecto de relações jurídicas.

Artigo 208.º (Coisas consumíveis)

São consumíveis as coisas cujo uso regular importa a sua destruição ou a sua alienação.

Artigo 209.º (Coisas divisíveis)

São divisíveis as coisas que podem ser fraccionadas sem alteração da sua substância, diminuição de valor ou prejuízo para o uso a que se destinam.

Artigo 210.º (Coisas acessórias)

1. São coisas acessórias, ou pertenças, as coisas móveis que, não constituindo partes integrantes, estão afectadas por forma duradoura ao serviço ou ornamentação de uma outra.

2. Os negócios jurídicos que têm por objecto a coisa principal não abrangem, salvo declaração em contrário, as coisas acessórias.

Artigo 211.º (Coisas futuras)

São coisas futuras as que não estão em poder do disponente, ou a que este não tem direito, ao tempo da declaração negocial.

Artigo 212.º (Frutos)

1. Diz-se fruto de uma coisa tudo o que ela produz periodicamente, sem prejuízo da sua substância.

2. Os frutos são naturais ou civis; dizem-se naturais os que provêm directamente da coisa, e civis as rendas ou interesses que a coisa produz em consequência de uma relação jurídica.

3. Consideram-se frutos das universalidades de animais as crias não destinadas à substituição das cabeças que por qualquer causa vierem a faltar, os despojos, e todos os proventos auferidos, ainda que a título eventual.

Artigo 213.º (Partilha dos frutos)

1. Os que têm direito aos frutos naturais até um momento determinado, ou a partir de certo momento, fazem seus todos os frutos percebidos durante a vigência do seu direito.

2. Quanto a frutos civis, a partilha faz-se proporcionalmente à duração do direito.

Artigo 214.º (Frutos colhidos prematuramente)

Quem colher prematuramente frutos naturais é obrigado a restituí-los, se vier a extinguir-se o seu direito antes da época normal das colheitas.

Artigo 215.º (Restituição de frutos)

1. Quem for obrigado por lei à restituição de frutos percebidos tem direito a ser indemnizado das despesas de cultura, sementes e matérias-primas e dos restantes encargos de produção e colheita, desde que não sejam superiores ao valor desses frutos.

2. Quando se trate de frutos pendentes, o que é obrigado à entrega da coisa não tem direito a qualquer indemnização, salvo nos casos especialmente previstos na lei.

Artigo 216.º (Benfeitorias)

1. Consideram-se benfeitorias todas as despesas feitas para conservar ou melhorar a coisa.

2. As benfeitorias são necessárias, úteis ou voluptuárias.

3. São benfeitorias necessárias as que têm por fim evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa; úteis as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação, lhe aumentam, todavia, o valor; voluptuárias as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação nem lhe aumentando o valor, servem apenas para recreio do benfeitorizante.

2) Atribuir a *coisa* um sentido amplo, englobando toda a realidade que possa ser objecto de direitos.

Era este o precedente romano, com a sua utilização da *res*. *Bem* seria assim sinónimo de coisa, ou até talvez uma subespécie de coisa.

Foi esta última a orientação preferida pelo Código de 1966, a acreditar na definição do art. 202/1: Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.

Objecto das relações jurídicas podem ser por exemplo as prestações, os bens da personalidade, os bens intelectuais. Todas estas seriam, segundo a definição, coisas. Mas na realidade as disposições subsequentes só contemplam as coisas em sentido estrito, e não as outras categorias de bens.

Não se vê como aquelas outras realidades podem caber ainda neste subtítulo. Podemos dizer que as pessoas, por exemplo, são coisas?

Acrescente-se que para diante não deixa o Código de falar em bens. Este acaba por se revelar o termo genérico, não obstante a enganosa definição do art. 202.

Não merece pois aplauso a opção legislativa. A figura mais genérica do Direito é a do bem. Coisa é uma modalidade deste. (ASCENSÃO, 2000, p. 341-342).

Para o desenvolvimento da nossa tese, entendemos como despicienda uma discussão mais destelhada sob este prisma. Contudo, tendemos, no contexto jurídico, a aceitar o conceito de *bem* como sendo mais abrangente do que o conceito de *coisa*, motivo pelo qual, doravante, daremos preferência àquela denominação, contudo, por vezes, utilizaremos esta.

5.3.1 O bem e a relação jurídica

Como vimos, ao nos referir ao conceito de “bem” chamamos atenção para normas reguladoras das “relações jurídicas” entre as pessoas e os bens corpóreos susceptíveis de apropriação, também do objeto das relações jurídicas, etc. Assim, cabe-nos tecer, mesmo que de modo sucinto, comentários a respeito do que seja “relação jurídica”. Destarte, de início, expomos os entendimentos proferidos por Ascensão sobre o que, de modo abrangente, seja, neste contexto, uma relação:

Como todos os conceitos muito genéricos, também este é extremamente difícil de fixar. Talvez por isso, os juristas costumam dá-lo por suposto.

Em face das divergências surgidas não poderemos fugir a uma caracterização, mesmo que sumária. O direito tem de fundar-se nalgumas noções prévias, que colhe da realidade, e é sobre elas que exerce a sua função valorativa. Pode ser por vezes levado a dar – como correntemente se diz – condições de praticabilidade à realidade: mas sem um profundo fundamento ontológico nenhuma ciência é possível.

A relação é um destes conceitos-chave. Não é criação do Direito, uma vez que é ele próprio condição para o entendimento das coisas. Integra-se naquilo que uma recente doutrina alemã denomina as estruturas ontológicas do real. (ASCENSÃO, 2002, p. 29).

Maurício Souza Sampaio, em “Introdução ao Estudo do Direito”, com fulcro nos ensinamentos de Rizzatto Nunes, assim expõe:

Segundo Rizzatto Nunes, “é impossível não se comunicar”. Porque, mesmo aquele que não quer se comunicar, no mínimo comunica sua negativa, isto é, ao menos anuncia que não quer comunicar-se.

Como visto, o homem, por necessitar viver em sociedade, é obrigado a relacionar-se com seus semelhantes e essa relação se dá através da comunicação. Assim, a relação se dá num “fenômeno de interação ou de inter-relação” (Rizzatto).

Essas relações ocorrentes na sociedade são chamadas de relações intersubjetivas, ou seja, aquelas que ocorrem entre sujeitos e, como já visto, essas relações são reguladas, na sua integralidade, pelas normas de conduta social, através de suas espécies: moral, social, jurídica e religiosa.

Assim, as relações sociais são reguladas pelas normas sociais, bem como as relações jurídicas são reguladas por normas jurídicas.

Relação jurídica é, portanto, um vínculo entre, no mínimo, duas pessoas, ou seja, entes dotados de personalidade jurídica, gerando entre elas direitos e obrigações (deveres), segundo determinações do direito objetivo (a norma jurídica)

Percebe-se, assim, que numa relação jurídica há pelo menos duas pessoas inter-relacionando-se efetivamente, sendo que a relação é regulada pelo ordenamento jurídico (Rizzatto).

Em conclusão, Rizzatto define a relação jurídica como “o vínculo que une duas ou mais pessoas, cuja relação se estabelece por um fato ou um ato previsto na norma jurídica, cuja amplitude relacional é regulada por normas jurídicas, que operam e permitem uma série de efeitos jurídicos. Ou, mais singelamente: vínculo jurídico entre pessoas, em que uma delas pode exigir de outra determinada obrigação”. (SAMPAIO, 2009, p. 190-191).

Valendo-nos do entendimento contido no Dicionário Jurídico de autoria de Ana Prata, sintetizamos da seguinte forma:

Relação jurídica, em sentido lato, é qualquer relação da vida social que seja juridicamente relevante, isto é, a que o Direito atribua efeitos.

Em sentido restrito, é a relação inter privada que o direito regula através da atribuição a um sujeito de um direito e a imposição ao outro de um dever ou sujeição. (PRATA, 2006, p. 1.051).

Destarte, repetimos que a expressão ora em comento identifica um vínculo existente entre duas ou mais pessoas, ou mesmo entre uma pessoa e uma determinada coisa onde o direito atribui consequências de ordem jurídica.

A doutrina analisa a relação jurídica nos seguintes elementos: objeto, fato e garantia.

Assim, afirmamos que a expressão “relação jurídica” é usada para indicar o vínculo jurídico, que une uma pessoa, como titular de um direito, ao objeto deste mesmo direito representando, deste modo, uma relação social tipificada por uma norma jurídica a qual

determina quem seja o titular do direito subjetivo e o titular do dever jurídico prestacional ou de sujeição que se erige em razão de um vínculo específico, isto é, inter partes ou de uma determinação legal de cunho geral.

Neste ponto, comentamos a expressão “relação jurídica” para, no seu contexto, situarmos a expressão *bem jurídico* como sendo seu objeto. Contudo, cabe registrar que tal expressão tem ampla abrangência. Como exemplo, podemos nos valer das palavras de Jorge Pegado Liz, quando na seu livro “Introdução ao Direito e à política do consumo” informa:

Será, com efeito, à noção de relação jurídica e aos seus elementos constitutivos e característicos do fenómeno do consumo em que se inscreve, que se deverá recorrer para fundar o direito do consumo e a política dos consumidores.

Com efeitos, as relações de consumo inserem-se no complexo de relações entre os homens em que a vida em sociedade se traduz.

Estas relações, como ensinava o Prof. Cabral de Moncada, estabelecem-se já porque os seus interesses individuais e colectivos se acham estáticamente relacionados, justapostos e coordenados pela própria natureza das coisas, já porque, sendo os homens centros de actividade, dinamicamente, eles fundam entre si, todos os dias, por meio de actos voluntários, novas relações para a realização consciente desses interesses.

Todas estas relações, ao serem reguladas ou tuteladas pelo direito, transformam-se em relações jurídicas, noção que, nem por ser fundamental na construção do direito, deixa, apesar disso, de ser extremamente difícil de definir em termos aristotélicos. (LIZ, 1999, p. 211-212).

O Código Civil português referindo-se ao tópico “Das Relações Jurídicas”, no Título II do Livro I (Parte Geral), como a deixar claro a amplitude do campo em que a referida expressão é utilizada, a relaciona com disposições legais referentes: *às pessoas, singulares e colectivas; às associações sem personalidade jurídica e comissões especiais; ao negócio jurídico; aos atos jurídicos*, entre outros institutos.

5.4 BEM JURÍDICO – CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como vimos, de um modo geral, o vocábulo “bem” quer exprimir a coisa que venha a satisfazer uma carência humana, entretanto, só se configurará como “jurídico” se apresentar a condição de objeto do Direito, isto é, quando represente um valor material ou imaterial que que seja ou tenha a possibilidade de ser objeto de uma relação neste campo. Destarte, podemos afirmar que a expressão “bem jurídico” é usada para identificar um proveito,

benefício, utilidade ou coisa semelhante que seja requerido por um indivíduo ou mesmo uma comunidade, desde que respaldado nas disposições legais.

A proteção ao denominado “bem jurídico” pode se verificar em razão das mais variadas relações pertinentes aos diversos ramos da ciência jurídica. Neste ponto, podemos tomar como exemplo o ramo do Direito Penal, como observamos nas palavras do professor Fernando Silva no seu compendio “Direito Penal Especial – crimes contra as pessoas”, no tópico “Teoria do bem jurídico”, quando assim o mesmo preceitua:

O direito penal está vocacionado para funções de controlo social tendo como principal, mesmo única, função a protecção de bens jurídicos. O bem jurídico condiciona e limita a acção do direito penal, que deve abstrair-se de intervir em áreas que não conflituam com bens fundamentais. O direito penal assume uma natureza fragmentária, que o direcciona para uma tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais. Neste sentido podemos falar de uma dupla fragmentação axiológica do direito penal, segundo a qual o direito penal apenas deve intervir para proteger bens jurídicos fundamentais e para punir as lesões mais graves provocadas pelo comportamento do agente. O seu carácter fragmentário não significa pura descriminalização uma vez que nele se integra a necessidade de criminalizar as condutas que atentam contra os bens verdadeiramente relevantes. Os crimes devem traduzir a incriminação de comportamentos que pela sua gravidade comprometam bens jurídicos. O que significa que todo o tipo de crime envolve a protecção de um ou mais bens jurídicos.

Para Claus Roxin bem jurídico corresponde ao bem vital reconhecido socialmente como valioso, como valor ou interesse jurídico. Desenvolve a sua noção considerando os bens jurídicos como circunstâncias ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para o seu livre desenvolvimento no âmbito de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema. Segundo Figueiredo Dias bem jurídico expressa um interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção ou integridade de um certo estado, constituindo um objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso. O direito penal está, assim, organizado em função da sua tarefa fundamental de promover a protecção dos bens jurídicos, o que condiciona a sua intervenção. (SILVA, 2005, p. 8-9).

Embora tenhamos tomado como exemplo definições no campo do Direito Penal não é despiciendo repetir que as questões referentes à proteção dos “bens jurídicos” estão muito presentes nas relações, entre outras, da esfera do Direito Administrativo e não podemos olvidar dos inúmeros conflitos entre particulares em situações reguladas pelo Direito Civil.

Como advogamos pela classificação da *legítima expectativa de direito* no status de espécie de “bem jurídico”, consequentemente, requeremos que os *termos e condições* dos atos entabulados não possam sofrer prejudiciais alterações, para a parte hipossuficiente, em razão do advento de um novo regramento legal, sempre chamando à atenção para o fato de que não

estamos a nos referir à aquisição do *bem futuro pretendido*, o que só deverá ocorrer em razão do implemento do *direito adquirido*.

5.5 CLASSIFICAÇÃO DOS BENS

Além de definirmos a *expectativa de direito* como *bem jurídico* vamos, na continuidade deste trabalho, apresentar nossa proposta de classificação para a expressão em epígrafe, motivo pelo qual discorreremos sobre os assuntos seguintes.

Sabemos que classificar é, em termos gerais, distribuir as diversas espécies em classes de acordo com estipulações de um sistema ou método que agrupe os elementos de um dado estudo levando-se em consideração determinadas características.

Assim, no contexto jurídico, estabelecemos também o tratamento que deve ser dispensado a cada instituto por ocasião da dicção e aplicação da lei nos casos em concreto.

Vários são os critérios utilizados para a classificação dos bens, devendo ser observada a importância científica de cada um deles, considerando-se que a inclusão de um bem em determinada categoria justifica a aplicação automática de regras próprias e específicas, pois não é válida a aplicação indistinta das regras para bens de diferentes classificações.

Assim, quando no futuro apresentarmos nossa sugestão para a classificação do bem “*legítima expectativa de direito*” estaremos, ao mesmo tempo, implicitamente, informando como este bem deverá, juridicamente, ser tratado.

Deste modo, repita-se, inúmeras são as formas de especificação dos bens, tanto na doutrina, ou seja, no conjunto resultante da produção teórica elaborada pelos estudiosos ligados direta ou indiretamente ao tema em apreciação, quanto no ordenamento jurídico, este que é o complexo de normas de cunho imperativo e que organiza a vida social de um povo em determinado tempo e espaço geográfico.

No nosso estudo, os aspectos referentes aos bens ou coisas serão abordados com base nas disposições contidas no ordenamento civil de Portugal e do Brasil. *A priori*, com fulcro neste último, as análises realizar-se-ão tendo em vista dois grandes grupos. Em um, o exame do bem se processa levando-se em consideração características próprias, não relacionadas

com outra espécie, ou seja, são os bens *considerados em si mesmos*; no outro, são analisados entre si, de modo recíproco.

No primeiro caso, isto é, na situação dos bens ou coisas considerados em si mesmos, estes podem ser classificados sob vários aspectos, quais sejam:

a. quanto à mobilidade – situação onde é observada a propriedade relativa a movimentação ou não do bem com base na determinação das leis do movimento, sendo sob tal prisma identificados como *bens imóveis* ou *bens móveis*.

Bens imóveis - o solo e suas incorporações sejam naturais ou artificiais tendo como espécies os prédios rústicos e urbanos, as águas, as árvores, os arbustos, os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram e o direito à sucessão aberta.

O Código Civil brasileiro, nos seus artigos 79 a 81, assim preceitua:

Código Civil brasileiro

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

- I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;
- II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

- I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;
- II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

O Código Civil português, utilizando a expressão “coisas imóveis” em lugar da expressão “bens imóveis”, conforme dicção constante do ordenamento brasileiro, no seu artigo 204.º informa:

Código Civil português

Artigo 204.º (Coisas imóveis)

1. São coisas imóveis:

- a) Os prédios rústicos e urbanos;
- b) As águas;
- c) As árvores, os arbustos e os frutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo;
- d) Os direitos inerentes aos imóveis mencionados nas alíneas anteriores;
- e) As partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos.

2. Entende-se por prédio rústico uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro.

3. É parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência.

Bens móveis – são os bens susceptíveis de movimentação própria, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação económico-social, devendo ser observado que são considerados como móveis para os efeitos legais as energias que tenham valor económico, os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes e os direitos pessoais de carácter patrimonial e respectivas ações.

O Código Civil português⁸⁷, no seu artigo 205.º, n. 1, de forma residual determina que são móveis todas as coisas não compreendidas no seu artigo 204.º, o qual, como visto, dispõe sobre coisas imóveis.

Repetimos tais classificações reproduzindo as palavras do professor João Castro Mendes, quando o mesmo dita:

Uma das principais classificações das coisas é a que as distingue entre imóveis e móveis (artigos 204.º e 205.º do Código Civil).
O artigo 204.º enumera cinco categorias de imóveis. Mas nessa enumeração há que introduzir uma reserva: na realidade, as únicas categorias de imóveis, verdadeiramente, são os prédios e as águas; as restantes categorias – árvores, arbustos e frutos, direitos reais sobre imóveis que, enquanto ligadas a um imóvel, estão sujeitas ao mesmo regime jurídico que este (coisas imóveis por destinação).
Como se vê do artigo 205.º, a categoria das coisas móveis determina-se por exclusão de partes – são móveis todas as coisas não compreendidas no artigo anterior. (MENDES, 1994, p. 157).

b. quanto à fungibilidade – esta classificação, tem como premissa a análise relativa a possibilidade, sob diversos aspectos, de substituição ou não de um bem por outro. Neste contexto, os bens ou coisas podem ser considerados como bens fungíveis e bens infungíveis.

Bens fungíveis – como bens fungíveis podemos informar que são aqueles que plenamente podem ser substituídos por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade para fins de pesagem, medição e/ou contagem.

O Código Civil brasileiro, no seu artigo 85, preceitua:

⁸⁷ Código Civil português.

Artigo 205.º (Coisas móveis)

1. São móveis todas as coisas não compreendidas no artigo anterior.

Código Civil brasileiro

Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Segundo o ordenamento português, conforme o pertinente Código Civil, no seu artigo 207.º, regista-se que:

Código Civil português

Artigo 207.º (Coisas fungíveis)

São fungíveis as coisas que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objeto de relações jurídicas.

Podemos citar como exemplos de bens fungíveis: uma caneta, um aparelho de barbear, um relógio etc., desde que para tais bens não tenha sido atribuído um valor afetivo, histórico ou algo semelhante, haja vista que em situações como estas, em razão da vontade das partes, o bem ou a coisa torna-se insubstituível e conseqüentemente infungível.

Bens não fungíveis ou bens infungíveis – neste ponto observamos que a não fungibilidade pode decorrer da própria natureza do bem ou em razão, como já afirmado, da vontade das partes. Assim, de um lado temos o chamado bem fisicamente ou materialmente infungível e do outro, o bem juridicamente infungível.

Deste modo, *infungíveis* são os bens que se caracterizam por serem individualizados não sendo, destarte, susceptíveis de indistinta substituição por outros da mesma espécie, sendo o caso dos imóveis, obras de arte, peças com expresso valor afetivo, etc.

Sobre tal classificação José de Oliveira Ascensão. diz:

Coisas fungíveis são as que se determinam, dentro de um género, por conta, peso ou medida. É esta a fórmula que provém do direito romano e foi acolhida pelo § 91 do Código Civil alemão.

O art. 207 preferiu outra fórmula, menos feliz; mas o sentido não é divergente.

Às coisas fungíveis corresponde um regime próprio, caracterizado pela substituíbilidade, dentro das situações jurídicas de que são objecto. Esse regime transparece nomeadamente nas obrigações genéricas (arts. 539 e seguintes).

A parte final do art. 207 é incompreensível: quando constituam objecto de relações jurídicas. As coisas são o que são, sejam ou não objecto de relações jurídicas.

Pires de Lima/Antunes Varela parecem interpretar a fórmula como estabelecendo a chamada infungibilidade convencional. Mas o texto não comporta essa interpretação.

Na realidade, não há infungibilidade ou fungibilidade convencionais. As partes podem, nos seus negócios, aplicar o regime da infungibilidade a coisas fungíveis e vice-versa; determinar por exemplo que qualquer imóvel pode ser objecto de uma prestação, ou que um litro de azeite emprestado tem de ser restituído tal qual. A

autonomia privada permite-lhes atingir estes objectivos. Mas não há então qualificação de coisas.

A figura não releva para nós neste momento, porque respeita ao conteúdo e não ao objecto do negócio. (ASCENSÃO, 2000, p. 366-367).

c. quanto ao consumo - neste ponto, vamos analisar o bem quanto a sua condição em poder ser utilizado indeterminadas vezes ou não no atendimento a satisfação do seu proprietário.

Deve-se registrar que a definição de *bem inconsumível* pode ocorrer em razão do aspecto natural ou de fato, como é o caso dos gêneros alimentícios, ou em razão da análise jurídica ou de direito, a exemplo da situação que se expressa quando estamos diante de bens colocados à venda.

Assim, mesmo que o bem ao ser adquirido torne-se, para seu novo proprietário, algo para eterna utilização como por exemplo, um anel de brilhante, na vitrine da loja o mesmo configura-se um *bem consumível*, haja vista que a cada operação de venda se registra apenas uma utilização que, nesta condição de mercadoria, o bem permite.

Como podemos depreender encontramos nesta classificação os *bens consumíveis* e os *bens inconsumíveis*.

Bens consumíveis – diz o Código Civil brasileiro no seu artigo 86, que: “São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação”.

Ainda, como bem preceitua o Código Civil português no seu artigo 208.º “(Coisas consumíveis). São consumíveis as coisas cujo uso regular importa a sua destruição ou a sua alienação”.

Bens inconsumíveis - em contrapartida, ao disposto nos artigos supracitados, são bens inconsumíveis os susceptíveis de utilização por diversas vezes, isto é, tais bens mantêm a sua propriedade de satisfazer as necessidades do seu possuidor de forma eterna ou, no mínimo, durante considerável espaço de tempo.

Neste ponto, acrescentando a categoria das “coisas deterioráveis”, Ascensão explica:

As coisas fungíveis não se confundem com as consumíveis (art. 208). As coisas fungíveis são determinadas pela integração num género, mas podem não ser consumíveis.

Ao consumo natural equipara a lei o consumo jurídico – a alienação. Preferíamos que o não tivesse feito. Mas a divergência não tem nenhuma consequência prática. A aplicação clássica da categoria dá-se no chamado *quase usufruto*, ou usufruto de coisas consumíveis, em que o usufrutuário não é obrigado a respeitar a substância da coisa (art. 1451).

Coisas deterioráveis

Alguns fazem uma classificação tripartida. Além das coisas consumíveis e não consumíveis haveria ainda as coisas deterioráveis.

O código não prevê esta categoria em geral. Visa-a porém em disposições específicas: cfr. O art. 1452, por exemplo, referente ao usufruto de coisas deterioráveis. Ou ainda o art. 94/4, relativo à faculdade de alienação pelo curador do ausente de coisas deterioráveis.

Pode assim traçar-se mais uma classificação, entre coisas deterioráveis e não deterioráveis ou duradouras.

A deterioração acompanha normalmente o uso (o vestuário, por exemplo). Mas pode justamente resultar do não uso (de uma máquina, por exemplo). Ou do mero decurso do tempo (alimentos frescos, por exemplo). Os regimes jurídicos estabelecidos são sensíveis a esta distinção. (ASCENSÃO, 2000, p. 367-368).

Tais definições, desde que guardadas as devidas proporções, equivalem às noções, ligadas às ciências econômicas, do que sejam bens de consumo duráveis⁸⁸ e não duráveis.

d. quanto à composição - sob tal aspecto os bens são classificados como *bens divisíveis*, *bens indivisíveis*, *bens singulares* e *bens coletivos*.

Como é do domínio geral, a divisibilidade é característica inerente a todos os corpos. Sob o aspecto físico admite-se, até o presente momento, o fracionamento ao nível do átomo. Entretanto, em termos jurídicos, este fracionamento ou não, decorre da análise sob o ponto de vista utilitarista.

Deste modo, neste contexto, vamos entender da possibilidade de divisão do bem até o estágio em que seja mantido proporcionalmente seu valor econômico.

Bens divisíveis - segundo o ordenamento português, no artigo 209.º, temos: “São divisíveis as coisas que podem ser fracionadas sem alteração da sua substância, diminuição de valor, ou prejuízo para o uso a que se destinam”.

Este conceito é, com poucas modificações, mantido pelo Código Civil brasileiro, o qual, entretanto, chama atenção para o fato de que os bens naturalmente considerados

⁸⁸ Bens de consumo duráveis. Bens de consumo que prestam serviço durante um período de tempo relativamente longo, como uma máquina de lavar roupa ou um automóvel. Diferem dos bens de consumo não-duráveis, como os alimentos, que são usados uma única vez. Além dessa diferença intrínseca os bens de consumo duráveis diferem dos não-duráveis pelo fato de que sua comercialização está sujeita a oscilações muito maiores, devido a modismos, à situação econômica geral e outras influências. SANDRONI, Paulo (org.). *Dicionário de Economia*. 1. ed. São Paulo - Brasil: Editora Nova Cultural Ltda. , 1989, p. 24.

divisíveis tornar-se-ão indivisíveis se assim desejam as partes ou no caso de determinação legal, senão vejamos o que preceituam os pertinentes artigos 87 e 88 do citado diploma legal:

Código Civil brasileiro

Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substancia, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.

Art. 88. Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes.

Como exemplo elucidativo do que expressa o artigo 88 do Código Civil brasileiro podemos citar a determinação legal de uma área mínima de terreno para que o mesmo possa validamente ser desmembrado, ou seja, até que um determinado pedaço de terra, dividido ao meio, possa apresentar alguma utilidade, se tal área já se encontra no limite mínimo definido pela pertinente esfera governamental, este imóvel não poderá ser mais fracionado.

Bens indivisíveis – são bens indivisíveis, de acordo a doutrina de De Plácido e Silva⁸⁹, aqueles que não se podem dividir ou partir, sem que ocorra alteração na sua substância, ou aqueles que, embora naturalmente divisíveis, se considerem indivisíveis, por lei ou vontade das partes.

Desse modo, os bens são considerados indivisíveis em virtude da impossibilidade material da partição ou da não comodidade dela, ou porque assim se tenha convencionado ou a lei imponha, conforme exposto no já citado artigo 88 do Código Civil brasileiro.

Em virtude da lei, os bens da herança são indivisíveis, enquanto não se provam a partilha.⁹⁰

Por convenção das partes, a dívida será indivisível, em consequência do que somente se permite seu pagamento integral.

São os exemplos retro citados, expressão de indivisibilidade, não própria ou natural, mas legal e convencional.

⁸⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro - Brasil, 2003, p. 215.

⁹⁰ Partilha. Ato pelo qual o *partidor* procede à divisão de um patrimônio entre os interessados, de regra em inventário “*causa mortis*” e a ser homologada pelo Juiz. Partilha amigável, quando efetuada de comum acordo entre os interessados. Partilha judicial, sempre que houver divergência ou se algum deles for menor ou incapaz. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 626.

A indivisibilidade é natural quando somente com prejuízo do próprio bem se possa fazer a divisão, de modo que cada parte não constitua um objeto igual e análogo entre si e em relação ao todo.

Uma casa será bem indivisível, visto que não comporta a divisão sem, em tese, perder sua possibilidade de uso como acomodação composta de setores interdependentes de utilidades distintas, enquanto o terreno será bem divisível, haja vista que pode, comodamente e sem que se lhe altere a substância, ser dividido em partes homogêneas e análogas, iguais ao todo, desde que, como já prelecionado, esta divisão não reduza este terreno a uma porção menor que o limite preestabelecido na lei.

Com as denominações de “coisas divisíveis e indivisíveis”, sobre este assunto, Ascensão leciona o seguinte:

Dissemos já que, fisicamente todas as coisas são divisíveis. O critério da indivisibilidade tem pois de ser económico-social: é o que exprime o art. 209, ao exigir que não haja alteração da substância da coisa, diminuição de valor ou prejuízo para o uso a que ela se destina.

A indivisibilidade da coisa implica um regime particular das situações. É exemplo disso o art. 1053 do Código de Processo Civil, relativo ao regime da coisa indivisível em acção de divisão de coisa comum.

Tal como vimos que se pode estender o regime da fungibilidade ou infungibilidade a coisa que realmente o não sejam, assim as partes poderão, no uso da sua autonomia, dispor que o regime das coisas divisíveis se aplique a coisas indivisíveis, e vice-versa.

A lei pode fixar os limites da divisão de coisas infinitamente divisíveis. Assim o fez em relação aos prédios rústicos, como o art. 1376 refere. (ASCENSÃO, 2000, p. 368).

Bens singulares - são os bens que mesmo reunidos são avaliados de per si de forma independente, isto é, podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

O professor Carlos Roberto Gonçalves, citando Francisco Amaral⁹¹, quanto à classificação dos bens singulares, informa o seguinte:

A doutrina classifica os bens singulares em simples e compostos. Simples, quando suas partes, da mesma espécie, estão ligadas pela própria natureza, como um cavalo, uma árvore; compostos, quando as suas partes se acham ligadas pela indústria humana, como um edifício. “As coisas simples que formam a coisa composta, mantendo sua identidade, denominam-se partes integrantes. Se perdem a identidade, chamam-se partes componentes. As partes integrantes, como as peças de máquinas,

⁹¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Renovar, 2002.

podem ser separadas do todo, as componentes, como o cimento de uma parede, não”. (GONÇALVES, 2009, p. 262).

Bens coletivos – os bens coletivos são também denominados de universais ou universalidades e estas, por sua vez, abrangem as universalidades de fato e as universalidades de direito.

Da conjugação dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves e Letícia Padilha Ribeiro⁹², podemos concluir que a universalidade de fato é composta por uma pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária, enquanto que a universalidade de direito diz respeito ao complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

Tais lições explicitam o que se depreende dos preceitos constantes nos artigos 90 e 91 do Código Civil brasileiro⁹³.

Ainda, conforme o professor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 262) os bens coletivos: “São os que, compostos de várias coisas singulares, se consideram em conjunto, formando um todo, uma unidade, que passa a ter individualidade própria, distinta da dos seus objetos componentes, como um rebanho, uma floresta, etc..”

Sob a expressão “coisas compostas” o artigo 206.º, n. 1 do Código Civil português informa que: “É havida como coisa composta, ou universalidade de facto, a pluralidade de coisas móveis que, pertencendo à mesma pessoa, têm um destino unitário”.

No segundo caso, isto é, tendo em vista os dois grandes grupos classificatórios dos bens jurídicos e analisando-os de modo *reciprocamente considerados* temos, neste contexto, de um lado os chamados *bens principais* e do outro, os denominados *bens acessórios*.

Em razão do exposto no parágrafo anterior, podemos concluir que sob tal classificação vamos estudar a relação que uma coisa móvel ou imóvel guarda quando comparada com outra da mesma espécie ou não.

⁹² RIBEIRO, Padilha Letícia. Bens. DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2631/Bens>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

⁹³ Código Civil brasileiro.

Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

Nesta classificação, em tese, vamos encontrar os denominados *bens* ou *coisas principais* e os *bens* ou *coisas acessórias*.

Bem principal – o Código Civil português no seu subtítulo II (Das Coisas) do Título II da parte geral, não dedica disposição legal onde defina o que seja coisa principal. Já o Código Civil brasileiro, no seu artigo 92, primeira parte, estabelece que: “Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente;...”

Bem acessório – é o que tem sua existência atrelada a do bem principal, embora não fundamental em regra, melhora a utilização deste.

O citado artigo 92 do Código Civil brasileiro, na sua segunda parte, assim define o que seja bem acessório: “... acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.”

O ordenamento português, diferentemente do Código Civil brasileiro, trata das expressões *coisas acessórias* e *pertenças* em uma mesma disposição do ordenamento, assim, no seu artigo 210.º, n. 1, deste modo preceitua:

Código Civil português
Artigo 210.º (Coisas acessórias)
1. São coisas acessórias, ou pertenças, as coisas móveis que, não constituindo partes integrantes, estão afectadas por forma duradoura ao serviço ou ornamentação de uma outra.

Como já observado, o ordenamento brasileiro trata das *pertenças* em disposição específica. Destarte, no seu artigo 93, celebra:

Código Civil brasileiro
Art. 93. São *pertenças* os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro.

Entretanto, é interessante observar que a doutrina brasileira acrescenta ser as *pertenças* espécies de bens acessórios como são os frutos⁹⁴, os produtos⁹⁵ e as benfeitorias⁹⁶.

⁹⁴ Frutos. Rendimentos obtidos pela utilização econômica de uma coisa. Cognatos: frutuário, relativo a fruto; frutuoso, que produz.
Frutos civis. Produto da utilização econômica de uma coisa, tal como aluguel, arrendamento, foro, juros.
SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 404.

Outras ainda são as classificações dos bens, tanto nas específicas doutrinas quanto nos ordenamentos. E assim, podemos ainda definir os bens como *públicos, particulares, comercializáveis, fora do comércio*, entre outras classificações, valendo observar que a localização de um bem em uma determinada categoria não necessariamente elide sua posição em outra.

Contudo, no escopo do nosso trabalho, entendemos como relevantes as classificações que possam ser de modo imediato e geral aplicadas a análise da *expectativa de direito* quando considerada *bem jurídico*.

No estudo em epígrafe, procuramos, sempre que possível, dirigir as investigações para os aspectos mais pertinentes ao desfecho e resolução do problema equacionado.

Com vistas à proposta contida no parágrafo anterior, neste ponto, começamos por definir que, os bens quanto à importância que apresentam para o direito, podem ser classificados como *bens não jurídicos* e *bens jurídicos*.

Os *bens não jurídicos*, mesmo pautados pela licitude, moralidade, ética etc., obviamente, não apresentam relevância para o Direito. Sendo assim, do ordenamento não tem a garantia de proteção, como é o caso das situações oriundas da amizade, do bem querer, do elogio, do atendimento às regras exclusivamente religiosas ou morais, etc.

Os *bens jurídicos*, como se depreende da própria adjetivação, são aqueles que apresentam importância no campo do Direito e, por consequência, são tutelados pelo ordenamento vigente. Podem ser divididos em *bens jurídicos não econômicos* ou *não patrimoniais* e *bens jurídicos patrimoniais*.

Os *bens jurídicos não patrimoniais*, como não registram, em princípio, expressão pecuniária, não são susceptíveis de avaliação econômica, mas são regidos e tutelados pela lei. Cabe observar que a agressão aos mesmos, sem prejuízo de outras medidas legais, possibilita reparação de cunho indenizatório.

Podemos citar como exemplos desta classificação: o direito à vida, o direito à incolumidade física, o direito à proteção da honra e o direito ao nome.

⁹⁵ Produto. Termo polissêmico. Em direito real, acessório que, retirado da coisa principal, não a desfalca. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 695.

⁹⁶ Benfeitoria. Obra realizada numa coisa, imóvel ou móvel, no intuito de valorizá-la e ou a dar-lhe melhor serventia. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 103.

De acordo com Silva (2003, p. 202), *bem jurídico*: “Diz-se da coisa material (valor econômico) ou imaterial (interesse moral), que constitua ou possa constituir objeto de direito.”

Como ressalvado, a ofensa aos considerados bens jurídicos não patrimoniais, embora estes não apresentem teor de ordem econômica configura, entre outros ilícitos, o denominado dano moral justificando, destarte, tecermos alguns comentários quanto à comparação entre dano moral e material e para tal atividade valemo-nos das palavras do professor Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, quando afirma:

A fixação de indenização em dinheiro como reparação pelo dano moral, a substituição de uma dor por sua compensação pecuniária, não é de fácil execução. A dor, o próprio dano moral, não se pesam ou se medem na balança com parâmetros monetários. Contudo, isto não é obstáculo para fixar o montante da indenização. Na reparação do *dano material*, há ressarcimento, uma adequação ou equivalência entre o prejuízo e o indenizável. A hipótese contém dados pecuniários que podem, sendo avaliados, se aproximar do prejuízo material a reparar. No *dano moral*, e isto deve ser acentuado introdutoriamente, nada se ressarce, ou substitui. O dano moral é compensatório. Compensa-se para minimizar os efeitos danosos e se dar conteúdo de exemplaridade. (NASCIMENTO, 1995, p. 65).

Entendemos não se configurar exagero, em etapa posterior à presente tese e em outra obra, desenvolvermos maiores estudos para além da perquirição dos prejuízos de ordem material, quando da desconsideração da *legítima expectativa de direito*, também enfatizarmos a necessidade de maior regulamentação no tocante às reclamações quanto aos *danos de ordem moral*, o que, inclusive, a bem da verdade, embora de forma parcimoniosa, não se apresenta como novidade na jurisprudência, conforme amostra expressa neste trabalho no item 4.1 – A vontade como elemento na expectativa de direito.

Os *bens jurídicos patrimoniais* são os que registram expressão pecuniária e podem apresentar subclassificação que os distingue em *bens jurídicos patrimoniais materiais*, também denominados de *bens corpóreos*, os quais têm consistência material, servindo como exemplos a existência de uma casa, de um terreno, de uma joia, ou de um livro, elementos que se constituem objetos do Direito, e *bens jurídicos patrimoniais imateriais*, também chamados de *bens incorpóreos*, pois não apresentam a característica da tangibilidade, são relativos aos direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre os bens corpóreos, sobre os produtos da sua atividade intelectual ou contra outra pessoa e, vale atentar, que apresentam valor econômico.

Na classificação retro citada temos: os *direitos reais* (propriedade, usufruto, habitação, penhor, hipoteca etc.), os *direitos obrigacionais* (condição de credor na relação obrigacional que apresenta como objeto o dar, o fazer ou o abster-se de alguma coisa) e os *direitos autorais*, estes relativos à propriedade imaterial decorrente de obra literária, artística ou científica.

5.6 A EXPECTATIVA DE DIREITO COMO ESPÉCIE DE BEM JURÍDICO

Como sempre, buscando o desenvolvimento de estudos em torno dos elementos pertinentes ao núcleo da pesquisa, continuamos este tópico propondo que, considerada a *expectativa de direito* como um *bem jurídico*, seja a mesma, também classificada como *bem patrimonial, obrigacional, imaterial, e antecedente*.

Bem patrimonial – considerando que a *expectativa de direito* representa um conjunto de elementos e obrigações susceptíveis de avaliação pecuniária, como é o caso do custo do tempo despendido, do custo dos *atos jurídicos perfeitos* praticados e, sobremaneira, do que, feitas as devidas modificações e para efeito de comparação, no campo da ciência econômica, é denominado como *custo de oportunidade*⁹⁷.

Bem obrigacional – haja vista que estamos a nos referir a uma situação que apresenta vínculo jurídico oriundo da lei ou de ato volitivo que atribui a alguém a faculdade de exigir de outrem determinada prestação de cunho econômico. Assim, no polo devedor, encontrar-se-á a

⁹⁷ Custo de oportunidade. É um termo usado em economia para indicar o *custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada*, ou seja, o custo, até mesmo social, causado pela renúncia do ente econômico, bem como os benefícios que poderiam ser obtidos a partir desta oportunidade renunciada ou, ainda, a mais alta renda gerada em alguma aplicação alternativa.

O custo de oportunidade foi definido como uma expressão "da relação básica entre escassez e escolha". São custos implícitos, relativos aos insumos que pertencem à empresa e que não envolvem desembolso monetário. Esses custos são estimados a partir do que poderia ser ganho no melhor uso alternativo (por isso são também chamados custos alternativos ou custos implícitos). Os custos econômicos incluem, para além do custo monetário explícito, os custos de oportunidade que ocorrem pelo facto dos recursos poderem ser usados de formas alternativas.

Em outras palavras: O custo de oportunidade representa o valor associado a melhor alternativa não escolhida. Ao se tomar determinada escolha, deixa-se de lado as demais possibilidades, pois são excludentes, (escolher uma é recusar outras). À alternativa escolhida, associa-se como "custo de oportunidade" o maior benefício NÃO obtido das possibilidades NÃO escolhidas, isto é, "a escolha de determinada opção impede o usufruto dos benefícios que as outras opções poderiam proporcionar". O mais alto valor associado aos benefícios não escolhidos pode ser entendido como um custo da opção escolhida, custo chamado "de oportunidade".

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Custo_de_oportunidade>. Acesso em: 03 jan. 2013.

pessoa que estará compelida a dar, a fazer ou a não fazer algo economicamente mensurável, em proveito do credor.

Podemos apontar como exemplos: a obrigação da Administração Estatal nomear candidato aprovado em concurso público ou a concessão de aposentadoria de servidor nos moldes do ato jurídico praticado em conformidade com o pertinente edital e normas vigentes à época da realização do certame.

Bem imaterial – em virtude da inexistência de um corpo, isto é, sem presença palpável, corpórea, não apresentando assim, forma concreta, embora não se possa negar-lhe a existência, em razão de fatores que o evidenciam, tendo como exemplos, a realização e exteriorização de um ou mais *atos jurídicos perfeitos* e o atendimento a determinados termos e condições dentro de um conjunto maior de elementos.

Tais circunstâncias representam instrumentos para a configuração de direito que uma pessoa física ou jurídica detém face a outra pessoa, o qual, também, possui valor econômico.

Bem antecedente – neste caso, a novel classificação surge em razão da *expectativa de direito* configurar-se como uma situação precedente para o atingimento de outro determinado bem almejado para o futuro.

Também, neste momento, resta observar que a condição de “bem antecedente” registra-se ainda pelo fato de que, como já afirmado, só há de se falar em *legítima expectativa de direito* quando oriunda de uma sucessão de atos legais realizados na busca de outro bem almejado, isto é, o “instituto” em análise representa uma esperança que se materializa na probabilidade da aquisição ou posse de um direito subjetivo a ser atingido.

A *expectativa de direito*, dentro deste contexto, ou seja, classificada como *bem antecedente*, não deve ser entendida como *bem acessório*, pois aquele tem existência própria e apresenta como finalidade direta a garantia de imutabilidade dos elementos constantes dos atos a serem perpetrados de acordo com as regras preestabelecidas e não a garantia de exercício do direito subjetivo almejado que a motivou. Enquanto que o bem acessório tem existência e finalidade dependentes de outro bem, denominado bem principal ou bem independente.

Ilustres juristas defendem a concepção da *expectativa de direito* como mero direito em formação, *data venia*, acrescentamos que na relação jurídica que faz surgir a *expectativa de direito*, esta se configura como mais um elemento para concretizar outro direito. E, sendo assim, este elemento funciona, *mutatis mutandis*, e a título de exemplo, como a matéria prima

na linha de produção para fabricação de peças de prata. A despeito do produto final, no exemplo utilizado, ser um colar ou uma bandeja, não se desconsidera o valor econômico da liga do referido metal que, nesta condição, classificado como matéria prima, servirá necessariamente para a obtenção do produto acabado.

Entendimento próximo ao que desenvolvemos no parágrafo anterior, fazendo, obviamente, as devidas adaptações, podemos encontrar em decisão de Tribunal (Relação de Lisboa), transcrita por Tiago Soares da Fonseca, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no seu compêndio “Jurisprudência Seleccionada de Teoria Geral do Direito Civil 1”, quando, registramos que o Juiz Relator Doutor Silva Santos, utilizando das palavras do professor Galvão Telles, no tocante à Expectativa Jurídica, informa:

É mais do que a esperança e menos do que o direito. Mais do que a esperança, porque beneficiária de uma proteção legal, traduzida em providências tendentes a defender o interesse do titular e a assegurar-lhe, quanto possível, a aquisição futura do direito. Menos do que o direito, porque ainda não é este: é o seu germe, o seu pronúncio ou guarda avançada, como que o direito em estado embrionário. (FONSECA, 2007, p. 357).

Na citação exposta, fazemos observação quanto à não consideração da *expectativa jurídica* como um direito, haja vista que não defendemos esta situação na mesma condição do *direito adquirido*, pois não é. Contudo, embora distinto, apesar de conexo, é um outro direito, por isso, um *bem jurídico* e, conseqüentemente, tem que ter seus elementos protegidos pelo ordenamento positivado.

Assim, estabelecendo uma análise paralela com a produção de bens materiais podemos dizer que no entabulamento dos diversos atos jurídicos o *objetivo final* equivale ao produto acabado, por exemplo, um colar ou uma bandeja. A *expectativa jurídica* ou a *legítima expectativa de direito* equivale às ligas de metal que embora, nesta linha de produção, represente apenas material embrionário, matéria prima para a consecução do produto final, nem por isso deixa de ter valor econômico sendo, conseqüentemente, carecedor de proteção jurídica. O mesmo deve acontecer com o chamado estágio intermediário para a aquisição do direito adquirido, isto é, deve também merecer a proteção do ordenamento para os elementos que o compõem: condição, termo, modo ou encargo.

Destarte, é incabível o entendimento de que a situação de *legítima expectativa de direito* representa um “nada jurídico”.

5.6.1 Proteção Jurídica para a Expectativa de direito

Em decorrência do que foi exposto neste capítulo, compreendemos que, sendo a *expectativa de direito* configurada como *bem jurídico*, aufere-se, em tal condição, o direito à proteção do conjunto normativo de um país, isto é, transforma-se em objeto de proteção do ordenamento jurídico.

Nosso estudo permite demonstrar os elementos constituintes, procedimentos e relações da *expectativa de direito*, os quais são de caráter interdisciplinar e concorrem para sua própria instituição enquanto *bem jurídico*.

O tema “*A expectativa de direito como bem jurídico*” toca o interesse coletivo atingindo em elevado grau dois aspectos importantes relativos à vida humana e às relações no contexto social: o jurídico e o psicossocial⁹⁸, no sentido de busca da equidade social, haja vista, como já afirmado, que a atividade de elaboração de normas pelo Estado, atividade típica do denominado poder legislativo⁹⁹, de forma cada vez mais intensa, termina por influenciar em grande escala as relações jurídicas entre particulares e entre estes e o próprio Estado.

Verifica-se que o assunto é pouco explorado tanto na doutrina brasileira quanto no denominado direito comparado, por não ser considerado relevante e, tudo indica, também em função da intensa e elevada demanda que, em geral, ocorre na doutrina jurídica pela efetividade do *direito adquirido* sem contar com o fato de que, não raras vezes, ao ser questionado a pretensão da não modificação das regras entabuladas em um determinado ato

⁹⁸ Psicossocial. Que é simultaneamente psíquico e social. Diz-se de atividade, estudo, etc., relacionados com os aspectos psicológicos conjuntamente com os aspectos sociais da nação, considerados distintos dos aspectos políticos (condução e administração da coisa pública), dos aspectos econômicos (aumento e distribuição da riqueza nacional) e dos aspectos militares (salvaguarda dos interesses, da riqueza e dos valores culturais da nação). *Dicionário eletrônico Aurélio*. Paraná, Positivo, 2010, CD – ROM.

⁹⁹ Poder legislativo. Dos três poderes, o Legislativo é o principal dentro da sistemática da “separação de poderes”. Tal decorre não só de ser ele o que de mais perto representaria o soberano, como também de ser quem estabelece a lei a que todos obriga.

O exame do Poder Legislativo envolve duas questões principais: a de suas *tarefas*, ou funções (que não se resumem em fazer leis), e a de sua *organização*, tanto externa, como poder constitucional, quanto interna, para que se assegure a sua independência funcional.

Na democracia representativa, tradicionalmente, o Legislativo é confiado a órgãos coletivos que devem representar o povo e por ele decidir em questões capitais. Na lição de Montesquieu: “Como, num Estado Livre, o homem, que se reputa ter uma alma livre, deve ser governado por si próprio, seria preciso que o povo tivesse o Poder Legislativo. Mas como isso é impossível nos grandes Estados, e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça por seus representantes tudo o que não pode fazer por si próprio” (Espírito das leis, Liv. XI, Cap. VI). FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Poder Legislativo*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito/Coordenação do Professor Rubens Limongi França. São Paulo - Brasil: Saraiva, 1977. v. 59, p.137.

jurídico, os receptores desta informação tendem a desviá-la de modo a se registrar a confusão com a indevida busca, neste momento, do direito subjetivo futuro como se o pleito fosse pela prematura arguição da, ainda não constituída, situação resultante da realização completa de todos os atos previstos para aquisição do bem final almejado.

Ressalva-se, entretanto, o esforço realizado por alguns autores, que em torno da *expectativa de direito*, desenvolvem profundas argumentações no sentido de que seja demonstrada a aplicabilidade de diversos princípios jurídicos como elementos de proteção ao citado “instituto”.

O nosso trabalho, por outro lado, apresenta abordagem diferente, pois, embora utilizando igualmente dos pertinentes princípios, defende a *legítima expectativa de direito como bem jurídico*, como também, um instituto que deva ser aplicado além das fronteiras do *Direito Público*, com o fito de se registrar *segurança jurídica* para os diversos atos perpetrados inclusive entre particulares, isto é, defende a garantia, para as partes envolvidas, também, em uma avença de interesse privado, de que um novo regramento não possa modificar, em favor de um dos intervenientes, o que foi anteriormente entabulado, exclusive, consequentemente, quando a modificação, promovida pela parte dominante e integrante da avença, aconteça em benefício do hipossuficiente na referida relação jurídica.

Por fim, neste ponto, sem olvidarmos de outros aspectos, propomos, de maneira preliminar, a forma como tal situação deva ser introduzida e alocada no texto constitucional.

Deste modo, como visto, a questão em pauta reside na necessidade de demonstrarmos que a *legítima expectativa de direito* deve ser considerada um *bem jurídico*, tendo, por conseguinte, quando agredida, a proteção do ordenamento.

Para delimitarmos a abrangência do estudo proposto, restringimos o enfoque da pesquisa que é, sobremaneira, investigar e analisar os elementos necessários para a configuração do que o tema se propõe ao desenvolvimento do objeto, qual seja: a extensão do amparo do ordenamento, com fulcro no *princípio da estabilidade jurídica*,¹⁰⁰ para o cidadão, quando da efetivação dos diversos atos inerentes às relações sociais em face de novos regramentos, quer sejam provenientes de normas legais ou contratuais.

¹⁰⁰ Princípio da estabilidade jurídica. Princípio da segurança jurídica. Princípio que, resguardando as expectativas quanto aos atos jurídicos e sua previsibilidade, impõe que o ordenamento tenha a maior estabilidade possível. HORCAIO, Ivan. *Dicionário jurídico referenciado*. 2. ed. São Paulo – Brasil: Primeira Impressão, 2007, p. 723-724.

Para isso, na pesquisa do tema, são enfocadas, entre outras questões, análises em torno dos elementos de existência, validade e, especialmente, de eficácia dos atos jurídicos, de modo a respaldar o respeito aos efeitos esperados em decorrência dos atos praticados em conformidade com o ordenamento vigente, mesmo diante de novo regramento surgido até que oriundo de emenda ou revisão constitucional, formas de expressão da atividade do denominado Poder Constituinte Derivado Reformador.

No subitem 15.1 – A expectativa de direito no texto constitucional, que faz parte do capítulo 15 – A expectativa de direito como direito fundamental, teceremos maiores comentários em torno dos meios de mudanças constitucionais.

Vale ainda observar que, em regra, *termos e condições* nos diversos atos jurídicos estão a ser modificados, em detrimento dos direitos da parte hipossuficiente, em razão até da legislação ordinária quando, como estamos a nos assenhorear, tais modificações não deveriam sequer ser objeto de revisões ou emendas constitucionais.

Posicionamento contrário ao que asseveramos nos parágrafos imediatamente anteriores, só se legitima nos casos em que determinados *atos parcelares*, mesmo quando efetivados com indubitável observância dos ditames legais no tocante à capacidade e legitimidade das partes, licitude do objeto e demais exigências vigentes à época da suas realizações, não se configurem *atos jurídicos perfeitos*, em razão da inexistência de relevância no campo do Direito no sentido de garantir a manutenção de prerrogativas resultantes do ato praticado. Assim, por exemplo, se o anfitrião civilmente detentor de capacidade plena, devidamente habilitado para conduzir veículos automotores, possuidor de um carro de passeio totalmente legalizado, entre outras circunstâncias legais, leva seus convidados para uma visita pelos arredores da cidade, não implica que os atos e situações descritos nesta situação, garanta a qualquer dos visitantes o direito de exigir a continuidade da referida prestação de serviços.

Continuando, na linha central dos trabalhos, informamos que, como resultado das atividades de pesquisa, pretendemos demonstrar que os *atos jurídicos perfeitos* (conforme conceituado no item 4.2 – A legítima expectativa de direito e o ato jurídico perfeito – e no Capítulo 9 – Ato jurídico – e, em consequência, a *legítima expectativa de direito*, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro ou outra denominação no direito comparado, sobremaneira, na doutrina e ordenamento de Portugal, devem prevalecer diante da intenção, por exemplo, do estipulante das cláusulas em um contrato de adesão de modificá-las em prejuízo do contratante aderente.

Deve ser estendido, o entendimento constante do parágrafo anterior, para os contratos administrativos, relações tributárias e, até mesmo, para as normas que embora não modifiquem a estrutura da Carta Constitucional venham a alterá-la.

De forma incidente, para maior clareza do objeto de estudo e sua compreensão no âmbito das relações concernentes ao Direito, são abordados outros institutos ou assuntos que apresentam pertinência com a problemática central, como por exemplo: o Direito como instrumento do poder dominante, a Justiça como forma de vingança institucionalizada, os fatos e atos jurídicos e, como já comentado, a emenda ou revisão constitucional.

Também entendemos necessário, neste estudo, abordar, as concepções referentes aos princípios da Boa-fé Objetiva (o que já iniciamos), da Proteção da Confiança Jurídica e, entre outros, do Princípio da Dignidade Humana, dos quais utilizaremos os conceitos para, também em razão destes, consubstanciarmos a pertinência do que propomos em relação à categoria destacada, isto é, mostrar os motivos, também sob a égide dos citados princípios, pelos quais o ordenamento jurídico deve formalmente abrigar e proteger a *legítima expectativa de direito*.

A expressão motivo deste estudo não registra, de forma direta, sede no ordenamento jurídico brasileiro e a escassa doutrina a respeito da matéria, em regra, conforme já relatado, não lhe é favorável. Entretanto, a situação em apreciação encontra-se presente no mundo moderno e de forma cada vez mais intensa na vida das pessoas, sobremaneira, se levarmos em consideração o sensível aumento da atividade legislativa do Estado que, impelido pela necessidade de responder cada vez mais rapidamente às solicitações de ordem interna e internacional, no que diz respeito aos mais diversos tipos de relações jurídicas, termina por produzir grande quantidade de novas situações que atingem outras em andamento, frustrando aspirações tanto na órbita individual quanto na coletiva.

Na defesa da estabilidade na relação entre os indivíduos, ou entre estes e o Estado, quase sempre o administrado, como parte hipossuficiente, ou mesmo quando em face da outra parte detentora do poder econômico, termina por sucumbir diante de um combate que, para ele, se apresenta de modo extremamente desproporcional.

A esse respeito, e em torno da proteção do direito adquirido, Pires (2005, p. 2), afirma: “O emaranhado das linhas teóricas, desenvolvidas a partir de múltiplos tentáculos, é tal, que se faz árdua a tarefa de compreendê-las e, mais ainda, de superá-las.”

Observemos que a referida autora está a tecer comentários em torno do “direito adquirido”, instituto que registra consagração no ordenamento mundial, o que não acontece

com a situação qualificada como de *legítima expectativa de direito*, devendo, entretanto, ser pontuado que mesmo o direito adquirido, não raras vezes, nas mais diversas formas de relação jurídica, não apresenta facilidade para se fazer valer o seu exercício.

Isso mostra quanto o principal componente da convivência comunitária, caso não seja detentor de poder econômico e ou delegado, é, em tese, quase sempre injustamente atingido pela construção e interpretação das normas jurídicas.

Diante de tal situação, fica comprovada a ampla necessidade de estudos e revisão teórica em torno da expressão “*expectativa de direito*”, com a finalidade de se buscar garantir ao indivíduo prerrogativas contidas em princípios como, entre outros, o da *proteção da confiança jurídica*, da *segurança jurídica* e do *respeito ao ato jurídico perfeito*, temas que voltaremos a abordar em tópicos futuros.

Sem querermos praticar exercício de tautologia, nos sentimos impelidos a sempre observar que o objetivo primordial, neste estudo, é demonstrar que a *legítima expectativa de direito* é um *bem jurídico*. Assim, após investigação científica, tratamento e análise dos dados cuja demonstração da hipótese possibilite consubstanciar de modo sociológico e técnico-jurídico, também demonstrar a pertinência da convicção de que a situação pautada na premissa defendida, além de reclamar registro no ordenamento deve deste receber a devida proteção na condição de *bem jurídico*, haja vista que, como tal, repita-se, deve ser a sua configuração.

6 EFEITOS DA FALTA DE PROTEÇÃO À EXPECTATIVA DE DIREITO

Esta pesquisa apresenta como objetos os elementos de estudo do tema em pauta, em razão do interesse despertado por ocasião dos Seminários de Direito Civil, ministrados por ilustres docentes da Universidade Autónoma de Lisboa, como também, pelo fato de que, em decorrência das várias emendas e revisões constitucionais, reformas administrativas e até mesmo alterações contratuais, milhões de pessoas registram que, de forma juridicamente questionável, seus direitos são modificados, causando-lhes prejuízos e, em consequência, grande insatisfação.

O descontentamento social pode ser mostrado até nas mais variadas formas de expressão do mundo da arte, nas peças de teatro, nas películas cinematográficas e, inclusive, nas letras musicais. Podemos citar, como exemplo, a criação, neste último setor, do ex-embaixador da Organização das Nações Unidas – ONU e ex-Ministro de Cultura do Brasil (2003-2008), o cantor e compositor Gilberto Passos Gil Moreira, quando na obra intitulada *Nos Barracos da Cidade*¹⁰¹, deixa patente a desilusão do administrado carente, a crença na conivência ou impotência das autoridades diante dos anseios exacerbados do poder econômico e, inclusive, o registro da enfática divulgação de bons valores que não são praticados.

Em razão dos aspectos levantados neste momento, requerendo *venia*, queremos pontuar que não pretendemos elaborar uma peça doutrinária que sirva apenas para as experiências laboratoriais dos cientistas jurídicos, mas, acima de tudo, que possa ser utilizada como instrumento para consecução de legítimos direitos, isto é, defendemos a ideia de que o conhecimento da Ciência Jurídica deve, também, ser dirigido no sentido de que, para os administrados, sejam garantidos os indissociáveis direitos fundamentais erigidos nos principais diplomas constitucionais dos diversos países que se identificam pela condição de Estado Democrático de Direito. Para o atingimento de tais objetivos somos forçados a

¹⁰¹ “Nos Barracos da Cidade”.

Nos barracos da cidade, ninguém mais tem ilusão. No poder da autoridade, de tomar a decisão
E o poder da autoridade, se pode, não faz questão. Mas se faz questão, não consegue, enfrentar o tubarão
Ôô , ôô gente estúpida, ôô , ôô gente hipócrita
E o governador promete, mas o sistema diz não. Os lucros são muito grandes, grandes... ie, ie
E ninguém quer abrir mão, não. Mesmo uma pequena parte, já seria a solução
Mas a usura dessa gente, já virou um aleijão. Ôô , ôô gente estúpida, ôô , ôô gente hipócrita
Ôô , ôô gente estúpida, ôô , ôô gente hipócrita. Ôô , ôô gente estúpida, ôô , ôô ente hipócrita

desenvolver análises em outras áreas do conhecimento humano que não apenas a da ciência do Direito. Neste jaez, valemo-nos dos entendimentos erigidos por Olsen A. Ghirardi, em “Lecciones de introducción a la filosofía del derecho”, quando assim preleciona:

Conforme al esquema del saber, que a grandes rasgos hemos esbozados, el saber jurídico no debe perder de vista cuatro importantes hitos.

En primer lugar, el estudio del *ser*. El ser es el *objeto formal de la inteligencia*; es el “objeto que ante todo y por sí mismo (*per se primo*) es alcanzado por ella, y en razón del cual se ocupa todo lo demás”.

En segundo lugar, se debe tratar de alcanzar la *verdad*, como uno de los trascendentales del ser. De ninguna manera se pretende negar lo útil y conveniente para una sociedad histórica determinada, ni tampoco lo correcto en el razonamiento desde el punto de vista lógico. Pero tanto lo útil y conveniente, como lo correcto, deben tener por fundamento lo verdadero, y deben estar subordinados a la verdad.

En tercer lugar, la *persona humana* debe ser considerada como tal, y debe ser reconocida como una sustancia compuesta de espíritu y materia, y con fines inalienables.

En cuarto lugar, la *acción humana*, como conducta, debe merecer toda su jerarquía, en cuanto es dirigida al bien común. Ello implica, naturalmente, el problema de la normatividad y de la justicia.

Si se pierden de vista estos hitos, como es lógico, se operará, por defecto o por exceso, un cuádruple desplazamiento: se sustituirá el ser por el hecho o por formas vacías; la verdad será desplazada por lo útil o conveniente, o bien por lo correcto desde el punto de vista exclusivamente formal; la persona una contingencia material, un ente de razón o un centro de imputación y nada más; y la acción humana, como corolario, no será sino un accidente en un mundo natural. (GHIRARDI, 1980, p. 67-68).

Em sequência, queremos informar, mais uma vez, que não advogamos pela inalterabilidade, engessamento ou petrificação do Direito, mas defendemos o respeito à *segurança jurídica*.

Com fulcro na premissa constante do parágrafo anterior, de pronto, vale observar as palavras do professor Rafael da Cás Maffini, quando categoricamente afirma:

Por certo, não se pode almejar uma petrificação da ordem jurídica nem das relações jurídicas, que representaria um contrassenso em face da dinâmica jurídica e social. É verdade que “o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado”, contudo despautério tão grave quanto à petrificação do Direito seria permitir que suas alterações, bem como as relações jurídicas emergentes de tais mudanças, simplesmente desconsiderassem aquelas expectativas que, por razões jurídicas especiais, deveriam ser consideradas legítimas e, portanto, dignas de proteção. (MAFFINI, 2005, p. 18).

A desconsideração, diante de um novo regramento, da validade e eficácia de *atos parcelares*, quando de relevância jurídica e praticados de acordo com os ditames legais

resultando na falta de garantia de inalterabilidade dos termos, condições e encargos na *legítima expectativa de direito*, gera desconfiança e temor no entabulamento dos mais variados atos na órbita jurídica, o que redundando em danosos efeitos tanto de ordem individual quanto de ordem coletiva.

No primeiro caso, danosos efeitos de ordem individual, registra-se, por parte do prejudicado, o sentimento de baixa autoestima.

Tratando-se de relações contratuais de trabalho ou do exercício de função pública, por exemplo, pode-se observar sentimento próximo ou equivalente ao do desestímulo operacional, do profundo estado de depressão e até, em alguns casos, sentimento de assédio moral¹⁰², pois, a constante convivência com a incerteza de aquisição do pretendido em razão do exercício das atividades laborais, diante de uma sempre angustiante expectativa do surgimento de nova e prejudicial disposição legal, impõe ao indivíduo uma sensação de indignidade, de dor psicológica que pode inclusive ter reflexos de ordem física.

A título de comparação e guardando as devidas proporções, trazemos à baila medida governamental realizada no Brasil, no ano de 1990, durante o curto comando de um presidente que não concluiu o tempo regular do seu mandato em razão de um *impeachment*, onde registramos exemplo de situação que, em decorrência da não observação, por parte da Administração Pública, de regras preestabelecidas para as operações financeiras, desembocasse em um aumento do desemprego, grande insatisfação social e suicídios.

Todas as ocorrências conforme citadas no parágrafo anterior aconteceram em razão dos efeitos das regras estabelecidas para atender ditames do chamado Plano Collor¹⁰³, que

¹⁰² Assédio moral. O assédio moral é um problema antiquíssimo, mas que, na sociedade contemporânea, ganha novo enfoque, em função da nova visão que se impõe à proteção dos direitos da personalidade do ser humano. De fato, não é difícil conceber tal manifestação de violência psicológica como um resquício do autoritarismo típico do regime escravocrata. E se, com efeito, a escravidão formal foi abolida no Brasil desde 1888, muito dela ainda permanece na mentalidade de quem nem sequer poderia ter vivido tais tempos de triste memória...

Caracteriza-se o assédio moral no trabalho (também conhecido como *mobbing*, *bullying*, *harcèlement moral*, manipulação perversa ou terrorismo psicológico) como uma conduta abusiva e reiterada, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do trabalhador, expondo-o a situações humilhantes e constrangedoras, cuja casuística é inesgotável.

E em uma sociedade cada vez mais marcada pela degradação das relações de trabalho, imperando o individualismo e a prepotência gerencial, que endeusa a produtividade, ainda que em detrimento do ser humano que a gera, falar no combate às relações de poder que humilham e constroem o trabalhador é tocar em uma ferida que muitos poucos tiveram a coragem de fazer seriamente. (FILHO, Rodolfo Pamplona in AGUIAR, André Luiz Souza. *Assédio Moral: o direito à indenização pelos maus-tratos e humilhações sofridos no ambiente do trabalho*. São Paulo - Brasil: LTr, 2005, contracapa).

¹⁰³ Plano Collor. É o nome dado ao conjunto de reformas econômicas e planos para estabilização da inflação criados durante a presidência de Fernando Collor de Mello (1990-1992), sendo o plano estendido até 31 de julho de 1993, quando foi substituído pelo embrião do que vinha a ser o Plano Real, implantado oficialmente em 1994.

intentava debelar uma inflação superior a 80% ao mês, para após mais de vinte anos se registrar a continuidade da má distribuição de renda, crise na segurança e na saúde pública, altíssimos graus de corrupção governamental entre outros fatores para os quais a grande massa não contribuiu.

Interessante frisar que o Brasil, no momento, ocupa a 6ª ou 7ª posição na economia mundial. Entretanto, dentre cento e oitenta e sete países apresenta um Índice de Desenvolvimento Humano-IDH que o classifica, numa relação negativamente crescente, acima do octogésimo lugar.

Mesmo considerando apenas os países da América Latina, o Estado brasileiro não atinge posição de destaque no que diz respeito ao estudo de qualidade de vida.

O descompasso apontado nos parágrafos anteriores, certamente, não acontece em decorrência do respeito aos *atos jurídicos perfeitos* os quais, como sempre afirmamos, estão presentes quando nos encontramos diante de uma situação de *legítima expectativa de direito*.

Podemos até observar que, em razão da garantia dada em determinadas situações inusitadas, alguns absurdos podem ocorrer, contudo não se afigura como sensato, ao invés da correção dos desvios, os mesmos serem utilizados para a justificativa de desconsideração dos institutos que devem permitir a devida segurança para os atos legalmente praticados.

Atualmente, registramos na sociedade lusitana, de acordo com matéria publicada no Jornal Expresso de 09 de janeiro de 2013, página inicial/economia, a indicação do Fundo Monetário Internacional-FMI¹⁰⁴ para a dispensa do cinquenta mil professores, como se tal medida fosse a resposta para a crise econômica.

O plano era oficialmente chamado Plano Brasil Novo, mas ele se tornou associado fortemente à figura de Collor, e "Plano Collor" se tornou nome de fato. O plano Collor foi instituído em 16 de Março de 1990, um dia depois de Collor assumir a presidência e combinava liberação fiscal e financeira com medidas radicais para estabilização da inflação. As principais medidas de estabilização da inflação foram acompanhadas de programas de reforma de comércio externo, a *Política Industrial e de Comércio Exterior*, mais conhecida como PICE, e um programa de privatização intitulado *Programa Nacional de Desestatização*, mais conhecido como PND. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre. http://pt.wikipedia.org/wiki/Plano_Collor. Acesso em: 07 jan. 2013.

¹⁰⁴ FMI. É a sigla de Fundo Monetário Internacional, que é uma organização internacional com o objetivo de regular e atuar diretamente no funcionamento do sistema financeiro mundial. O FMI foi fundado em 1944, e possui mais de 187 países como seus aliados. A sede do FMI fica em Washington, nos Estados Unidos, e o órgão surgiu logo após o fim da Segunda Guerra Mundial. Os Estados Unidos se viram, após esse momento, preocupados com a situação financeira dos países, e resolveram criar um órgão que pudesse monitorar todos os países e evitar qualquer desastre.

O FMI cuida do funcionamento dos países monitorando as taxas de câmbio e a balança de pagamentos, zelando pela estabilidade monetária de cada país associado.

O principal objetivo do FMI é evitar que desequilíbrios no setor financeiro e nos sistemas cambiais prejudiquem a expansão do comércio e das transações comerciais entre os outros países do mundo.

Continuando, a referida matéria, como conteúdo contido no subtítulo “Demasiadas regalias”, expõe:

O documento, que já foi entregue ao Governo português, refere que há classes profissionais (polícias, militares, professores, médicos e juízes) que têm "demasiadas regalias".

No relatório é referido que os polícias, os militares e os professores "continuam a ser um grupo privilegiado na sociedade", que os médicos têm salários excessivamente elevados (principalmente devido ao pagamento de horas extraordinárias) e os magistrados se beneficiam de um regime especial que aumenta as pensões dos juízes em linha com os salários".

De acordo com o FMI, o corte nos salários dos funcionários públicos e nas pensões são as duas vias centrais para a redução do peso do Estado.

O FMI chama também a atenção para o sistema de proteção social, que diz ser "demasiado dispendioso, injusto e especialmente para os mais jovens", defendendo que o "subsídio de desemprego continua demasiado longo e elevado".

A dispensa de 50 mil professores, que permitiria uma poupança de até 710 milhões, e um aumento das propinas no ensino superior são outras opções apontadas no relatório. (FMI propõe dispensa de 50 mil professores, *Jornal Expresso*, página inicial/economia, 09 jan. 2013).

Como visto, a remuneração dos policiais civis e militares, dos professores, dos médicos e dos juízes passam a representar um grande fardo para a sociedade.

Não é levado em consideração: a realização e aprovação em um concurso público; as restrições impostas a tais profissionais, haja vista que, pelo menos no Brasil, os mesmos, inclusive os professores, quando na condição de servidores públicos, não podem desenvolver atividade empresarial; não podem assumir outras funções remuneradas; a contribuição para o sistema previdenciário é feita pelo total das suas remunerações, mesmo que este recolhimento ultrapasse o limite aplicado para os trabalhadores da iniciativa privada e até a inexistência, para os mesmos, de um fundo de reserva, pago pelo empregador, para situações de aquisição de casa própria, demissão imotivada, aposentadoria ou morte (neste caso destinado aos dependentes), como acontece com os demais trabalhadores.

Tal fundo de reserva no Brasil é denominado Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS¹⁰⁵.

Cada país membro do FMI possui uma cota, ou seja, um valor que tem que ser enviado ao órgão, em forma de contribuição, que é determinada com base em seus indicadores econômicos, como o PIB. (Produto Interno Bruto). Quanto mais o país contribui para o FMI, maior é o seu peso do voto nas decisões. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/fmi/>>. Acesso em: 09 jan. 2013.

¹⁰⁵ O FGTS foi instituído pela Lei n. 5.107, de 13/09/66. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto n. 59.820, de 20/12/66. Formado por depósitos mensais, efetuados pelas empresas em nome de seus empregados, no valor equivalente ao percentual de 8% das remunerações que lhes são pagas ou devidas; em se tratando de contrato

Em contrapartida ao que estamos a relatar, registra-se grande desconhecimento da população em geral no que diz respeito, em sentido jurídico, à expressão “*direito adquirido*” e muito mais no tocante à expressão “*expectativa de direito*”.

No primeiro caso, pudemos observar setores da imprensa portuguesa ligar a expressão *direito adquirido* a situações como: utilização de funcionários dedicados à conservação do lago Kopais localizado na Grécia; pagamento de pensão vitalícia às filhas solteiras de funcionários públicos; remuneração dos revisores dos comboios de Portugal; prolongada dispensa médica de funcionária pública e até a subvenção vitalícia dos políticos partidários.

Entendimentos deste quilate, isto é, justificar agressão aos legítimos direitos do cidadão, com fulcro em comparações feitas com situações absurdas, prestam um verdadeiro desserviço à sociedade, pois geram injustas confusões entre realidades diametralmente opostas, haja vista que a utilização descabida de um determinado instituto jurídico não deve ser argumento para sua desconsideração e consequente invalidade nos casos em que a legitimidade das pretensões encontram-se respaldadas nos basilares princípios do Direito.

A verdade é que esse emaranhado de opiniões e constantes registros de *insegurança jurídica*, em razão da incerteza de não ver legítimas pretensões respeitadas, respalda a assertiva de que, como já prelecionado anteriormente, não poderá ser considerada descabida a comparação das situações em análise com as causadoras de assédio moral, pois, a pessoa, convivendo com insegurança de forma *ad eternum* quanto às esperanças (nas questões referentes, por exemplo, ao concurso público, às promoções por merecimento, às

temporário de trabalho com prazo determinado, o percentual é de 2%, conforme dispõe o inciso II do art. 2º da Lei n. 9.601, de 21/01/98.

Atualmente, a Lei que dispõe sobre o FGTS é a de n. 8.036, de 11/05/90, republicada em 14/05/90, já tendo sofrido várias alterações.

O Fundo constitui-se em um pecúlio disponibilizado quando da aposentadoria ou morte do trabalhador, e representa uma garantia para a indenização do tempo de serviço, nos casos de demissão imotivada.

A diferença básica em relação ao modelo anterior é que esses depósitos integram um Fundo unificado de reservas, com contas individualizadas em nome dos trabalhadores.

Além de ampliar o direito indenizatório do trabalhador, que pode, ao final do tempo útil de atividade, contar com o valor acumulado dos depósitos feitos em seu nome, o sistema também o favorece de forma indireta, ao proporcionar as condições necessárias à formação de um Fundo de aplicações, voltado para o financiamento de habitações, assim como para investimentos em saneamento básico e infra-estrutura urbana.

Como consequência, este mecanismo também proporciona a geração de empregos na construção civil, bem como possibilita aos trabalhadores ganhos indiretos decorrentes da ampliação da oferta de moradias.

Com o novo sistema, o encargo adicional gerado para as empresas, por ocasião da implantação do sistema, foi de apenas 2,8%, já que a contribuição de 8% para o FGTS foi compensada com a extinção de outras contribuições até então existentes. Deve-se ressaltar, ainda, o fato de que a contribuição para o FGTS guarda proporcionalidade com a indenização prevista na CLT, permitindo, assim, que a empresa efetive a cobertura parcelada da indenização a que teria direito o trabalhador, quando de seu desligamento. Esse aspecto pode ser considerado, também, como um benefício para o empregador.

Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/fgts/oquee.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

compensações remuneratórias em razão das mudanças monetárias, aos benefícios previdenciários, etc.) pautadas no entabulamento de *atos jurídicos perfeitos*, não se sentirá respeitada na sua condição de ser humano e, por conseguinte, na sua condição de pessoa. Pelo contrário, enxergará no polo oposto da relação jurídica um ente, seja o Estado ou particular economicamente dominante, que lhe impõe uma condição de objeto manipulável.

Neste ponto, *mutatis mutandis*, podemos nos valer das informações abaixo citadas por André Luiz Souza Aguiar:

O ato de coisificar o homem possui alguns significados nas relações de trabalho que podem ser traduzidos na dificuldade que algumas pessoas têm em considerar o semelhante como ser humano, estabelecendo vínculos “alicerçados em relações de força, desconfiança, e manipulação.” (HIRIGOYEN, 2001, p. 278)¹⁰⁶.

A explicação sobre coisificação dada por ALMEIDA (2003, p. 2)¹⁰⁷, envolve a perversidade do indivíduo na relação contratual do trabalho: “são indivíduos, que no lugar de estabelecer um relacionamento interpessoal entre um eu e um tu, estabelecem relacionamentos onde existem um eu e um isso. Se o outro é um isso, ele pode ser manipulado, desrespeitado, vilipendiado sem o menor problema, pois é uma coisa”.

O reflexo dessa postura ganha contornos de excesso de poder e de manipulação de pessoas ao reduzi-las a meros objetos, objetos estes que, na dinâmica da perversidade narcisista, conforme HIRIGOYEN (2001, p. 13), refletem: “[...] uma fria racionalidade, combinada a uma incapacidade de considerar os outros seres humanos [...]”. (AGUIAR, 2005, p. 42-43).

Os relatos que neste momento perpetramos dão a ideia de relações entre um indivíduo e outro, entre pequenos grupos ou coisas semelhantes. Contudo, cabe chamar atenção para o fato de que esta situação relacional, onde o ser humano passa a condição de “coisa” que neste trabalho queremos nos referir, diz respeito a questões de maior abrangência, pois, embora utilizada em determinadas ocasiões e dirigidas para uma determinada pessoa, estamos a tratar da laboração legislativa do Estado, de aplicação de normas por parte dos diversos setores da Administração Pública, das decisões jurisdicionais, da produção doutrinária e até das relações privadas quando presente o desequilíbrio de forças entre os contratantes, e a parte hipossuficiente fica à mercê do dominante.

¹⁰⁶ HIRIGOYEN, Marie France. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*. 2. ed. Rio de Janeiro-Brasil: Bertrand Brasil, 2001.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Ângela N. de. *Uma visão sobre assédio moral*. Disponível em: <<http://www.uerj.br/eventos/seminario/inscricoes>>. Acesso em: 5 mar. 2003.

Tudo ocorre em um ambiente onde o administrado ou a parte hipossuficiente, em tese, não determina a sua própria sorte, ficando à mercê dos direcionamentos naturais e/ou organizacionais.

A premissa acima defendida é pertinentemente corroborada com as palavras de Morin, quando este afirma:

A realidade é cruel com o ser humano, abandonado na Terra, ignorando seu destino, submetido à morte, não podendo escapar às perdas fatais, aos riscos da fortuna, às penas, servidões, à maldade de ordem propriamente humana, ela é ainda mais cruel quando ele está plenamente consciente e sensível.

A extrema emotividade, excitação, irritabilidade, tornam o ser humano vulnerável a todos os golpes de sorte.

A sua aptidão para sofrer é a medida da sua capacidade de gozar; sua aptidão à infelicidade é inseparável de sua aptidão à felicidade, e toda perda de felicidade determina a sua infelicidade. Destila, sem parar, desejos que se chocam contra a realidade. Vive cercado de ameaças naturais e humanas; os deuses, demônios e monstros, que personificam os seus temores, inspiram-lhe um terror permanente. Ele é brinquedo de guerras, de opressões e, nos tempos históricos, tem sido continuamente e por toda a parte escravizado.

É, ao contrário dos outros animais, malvado, destruidor e sua crueldade faz parte da crueldade do mundo.

Um número inacreditavelmente de sofrimentos vem da incompreensão e do mal-entendido com o outro, mesmo e, sobretudo próximo.

A consciência da morte o acompanha desde a infância como consciência da destruição absoluta do seu único e precioso tesouro, seu Eu; não menos terrível é a morte dos entes queridos que fazem parte do nosso ser.

A realidade, então, tem características horríveis.

O ser humano está entregue à crueldade do mundo. (MORIN, 2007, p.142).

No segundo caso, isto é, quanto aos efeitos danosos de ordem coletiva, organizacional, registra-se a descaracterização do que se conceitua como Estado de bem-estar social¹⁰⁸,

¹⁰⁸ Estado de bem-estar social ou Estado-providência ou Estado social. É um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia.

Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com o país em questão. Cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população.

Os Estados de bem-estar social desenvolveram-se principalmente na Europa, onde seus princípios foram defendidos pela social-democracia, tendo sido implementado com maior intensidade nos Estados Escandinavos (ou países nórdicos) tais como Suécia, Dinamarca, Noruega e Finlândia), sob a orientação do economista e sociólogo sueco Karl Gunnar Myrdal. Ironicamente Gunnar Myrdal, um dos principais idealizadores do Estado de bem-estar-social dividiu, em 1974, o Prêmio de Ciências Econômicas (Prêmio Nobel) com seu rival ideológico Friedrich August von Hayek, um dos maiores defensores do livre mercado, economista da Escola Austríaca.

Esta forma de organização político-social, que se originou da Grande Depressão, se desenvolveu ainda mais com a ampliação do conceito de cidadania, com o fim dos governos totalitários da Europa Ocidental (nazismo, fascismo etc.) com a hegemonia dos governos sociais-democratas e, secundariamente, das correntes euro-comunistas, com base na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão.

redução do nível qualitativo das prestações dos serviços públicos, desmotivação para o ingresso na carreira pública de profissionais que apresentam melhor qualificação, aumento desnecessário no índice de demandas judiciais, aumento da falta de compromisso ético por parte da Administração Pública, etc..

Ainda no caso das relações institucionais, entre outros fatores, registra-se o gradativo desmantelamento do Estado como provedor de bens e serviços para o atendimento das legítimas necessidades coletivas públicas, além, vale repetir, da permissividade de perpetração de atos administrativos sem a devida cautela quanto a real consecução das finalidades sociais.

Estas ocorrências resultam em consideráveis danos para os administrados da base da pirâmide social, sem contar que a proposta deste estudo é também, e sobremaneira, mostrar que a não consideração da *expectativa de direito como bem jurídico*, como será visto adiante, configura uma situação fortemente ensejadora de *insegurança jurídica*, até porque, vale repetir, podendo modificar-se a bel prazer as regras contidas num conjunto de *atos jurídicos perfeitos*, estamos a incentivar, entre outras mazelas, a irresponsabilidade administrativa.

Defendemos que o ser humano deve ser tratado como o centro das atenções no convívio social e, assim, deve ter respeitados os seus valores morais e espirituais, não sendo, dessa forma, razoável a manutenção do entendimento das relações jurídicas sem se levar em conta as circunstâncias políticas, econômicas, culturais e sociais que envolvem as diversas relações entre as pessoas, sob pena de, como vimos anteriormente, as aniquilarmos como sujeitos de direitos.

6.1 PROPOSTA DE ESTUDO E DE PROTEÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO

Diante da gama de prejuízos que é transferida à sociedade, em razão da *insegurança jurídica* que se registra nas cotidianas relações sociais, pretendemos, com a edição desta peça

Pelos princípios do Estado de bem-estar social, todo o indivíduo teria o direito, desde seu nascimento até sua morte, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ter seu fornecimento garantido seja diretamente através do Estado ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Esses direitos incluiriam a educação em todos os níveis, a assistência médica gratuita, o auxílio ao desempregado, à garantia de uma renda mínima, recursos adicionais para a criação dos filhos, etc.

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_de_bem-estar_social>. Acesso em: 11 jan. 2013.

doutrinária, construir e fundamentar argumentações em torno de elementos que consideramos imprescindíveis, os quais podem ser definidos sob os três seguintes aspectos:

Primeiro, o estudo e desenvolvimento de uma teoria referente aos assuntos e institutos que compõem o objeto desta pesquisa, quais sejam: o estudo da *segurança jurídica*, do *ato jurídico perfeito*, do *direito adquirido* e, sobremaneira, da *expectativa de direito* em decorrência de novos atos normativos, inclusive face às emendas ou revisões constitucionais;

Segundo, a demonstração da incompatibilidade entre as atuais políticas de valorização humana, oriundas do ordenamento e doutrina, tanto nacional quanto internacional, e a *insegurança jurídica* gerada através da inobservância de direitos, quando os mesmos, embora respaldados por legais elementos de existência, de validade e de eficácia dos atos que lhes dão origem, são desconsiderados em face de novos regramentos jurídicos.

Terceiro, a possibilidade com a conclusão da pertinente tese, além da análise dos elementos conceituais em torno da expressão *ato jurídico perfeito* e *legítima expectativa de direito*, da materialização de instrumento técnico-jurídico que possa contribuir para o debate acerca do estudo e defesa dos direitos e garantias individuais face às alterações unilateralmente perpetradas por um dos agentes, dos atos jurídicos entabulados, com a finalidade de modificar a forma de atingimento do direito almejado pela outra parte.

Pontuamos que a eleição do presente tema de pesquisa, de início, como já afirmado, pode apresentar-se como de grande amplitude, pois, para o seu desenvolvimento, além da excursão doutrinária em outras áreas, teremos que discorrer sobre pontos pertinentes aos vários ramos da ciência jurídica, como por exemplo, do Direito Constitucional, do Direito Empresarial e, entre outros, do Direito Administrativo, os quais, de forma delimitada, terão tópicos dos seus assuntos abordados de maneira exemplificativa.

Contudo, de modo mais específico, adiante, pretendemos centrar o estudo no que diz respeito à formação dos atos jurídicos, inclusive, os que atam o particular ao Estado e a garantia que os mesmos devem apresentar, durante a existência da *legítima expectativa de direito*, a fim de que não fique o cidadão a mercê do arbítrio de outrem.

Desta forma, daremos enfoque especial ao estudo dos elementos de existência, de validade e de eficácia na formação dos atos jurídicos, o que, em grande parte, apresenta-se como elemento de estudo do Direito Civil, embora pretendamos transpor, limitadamente, os efeitos de tais análises, para melhor consubstanciar as exigências de maior *segurança jurídica*

para o cidadão face às determinações posteriores, sejam elas oriundas da vontade privada ou resultantes dos atos normativos do Estado.

Neste trabalho, não temos a pretensão, em tese, de criar novos conceitos para institutos inquestionavelmente fundamentados nas diversas doutrinas e ordenamentos jurídicos, pelo contrário, pretendemos, com os ensinamentos e regramentos já consagrados, mostrar a incompatibilidade entre o defendido pela doutrina majoritária e o registrado nos diversos diplomas legais em outros temas jurídicos, com a ideia de que os termos, condições e encargos entabulados em *atos jurídicos perfeitos*, possam ser desconsiderados em face de um novo regramento, imputando a uma das partes dos atos perpetrados, prejuízos não previstos.

A título de exemplo, chamamos atenção para o fato de que a despeito da Carta Magna brasileira determinar que a nova lei não deva prejudicar o *ato jurídico perfeito*, como se tal disposição não existisse, registramos doutrina e julgados que afirmam ser a *expectativa de direito* uma mera situação sem garantia de inalterabilidade, sem ser observado que quando esta situação existe, em realidade, estamos a falar de um conjunto composto de *atos jurídicos perfeitos* e alterá-lo é simplesmente prejudicar tais atos.

No que concerne à expressão “*expectativa de direito*”, embora acatando boa parte do que a pertinente doutrina preceitua, colocamos em pauta a defesa de que tal condição configura-se num *bem jurídico*, discordando *data venia* da corrente que considera esse estágio da prática de atos para a aquisição de um específico direito como sendo uma situação que não apresenta nenhum elemento para exigência de proteção do ordenamento jurídico no tocante à garantia de imutabilidade dos termos, condições e encargos estipulados no entabulamento dos atos dirigidos para a aquisição de um direito futuro.

Mais uma vez, informamos que não defendemos ser a *expectativa de direito* instituto idêntico ao *direito adquirido* e, obviamente, tampouco, que durante a fase de expectativa possa ser exigido o direito sobre o bem almejado para o futuro, o qual só se concretizará com a conclusão de todos os pertinentes requisitos legais ou a realização dos específicos fatos aquisitivos. Mas, sim, defendemos que as regras estabelecidas em torno dos atos e fatos aquisitivos do direito não possam ser simplesmente modificadas ou desconsideradas ao talante de uma das partes em detrimento do direito da outra, gerando, dessa forma, *insegurança jurídica*, em virtude de não ser possível basear-se na certeza de que as exigências para a aquisição de um direito serão gradativamente atendidas, à proporção que os atos forem sendo realizados em conformidade com o que previamente foi legalmente estipulado.

Enfatizamos o registro tanto por parte da doutrina quanto, por vezes, da jurisprudência do afastamento daquilo que deve ser o real conceito de *legítima expectativa de direito*, a qual só ocorre quando todos os atos legais estão presentes e a situação futura está determinada e dirigida para um ponto específico. Não sendo, destarte, cabível que diante de tais condições o indivíduo que agiu de conformidade com o ordenamento não tenha a garantia de aquisição daquilo que foi regularmente pretendido verificando-se em contrapartida que, quando isto ocorre, se registra uma verdadeira aceitação da falta de bom planejamento da Administração Pública em se tratando das relações oriundas de atos entabulados entre esta e os administrados.

Neste sentido, na intenção de aproximar desde já o nosso tema para o cotidiano do exercício jurisprudencial, no momento, buscamos *decisum* que, de acordo com o que ora defendemos, garante ao cidadão o direito à nomeação após sua aprovação em concurso público.

Assim, perpetramos a transcrição da ementa, do relatório e do acórdão relativos ao recurso ordinário¹⁰⁹ em Mandado de Segurança de n. 2011/0021123-4, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, em 06/09/2011, tendo como relator o Ministro Mauro Campbell Marques, que apresentam os seguintes teores:

Ementa:

“Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação dentro do número de vaga previsto em edital. Direito subjetivo a nomeação e posse dentro do prazo de validade do certame.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter nomeação e posse em razão de aprovação em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital.

¹⁰⁹ Recurso ordinário. Direito Processual Constitucional. Meio processual constitucional de competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Do STF, para conhecimento dos *habeas corpus*, mandados de segurança e mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e dos crimes políticos. Do STJ, para conhecimento dos *habeas corpus* e mandados de segurança decididos em única ou última instância pelos Tribunais Federais ou dos Estados, quando denegatória a decisão, e ainda das causas em que forem parte Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e , do outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no País. SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p.734.

2. A instância ordinária denegou a segurança sob o argumento de que a aprovação em concurso público gera **mera expectativa de direito** aos regulamente aprovados, notadamente porque, no caso concreto, o próprio edital do certame condicionava a nomeação e o empossamento à disponibilidade orçamentário-financeira. (grifos da transcrição)

3. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente, em síntese, que prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas no edital tem direito subjetivo à nomeação e posse.

4. Penso que assiste razão à recorrente.

5. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do certame. Precedentes.

6. Na espécie, a recorrente-impetrante classificou-se em 3º (terceiro) lugar para um concurso com 4 (quatro) vagas disponíveis para não portadores de deficiência - v. fls.52/53.

7. A simples alegação da Administração Pública de que não possui disponibilidade orçamentário-financeira, sem provas contundentes neste sentido, não é suficiente para afastar o direito subjetivo da parte, segundo o art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil¹¹⁰ brasileiro, sobretudo tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II da Constituição Federal brasileira)¹¹¹.

8. Recurso ordinário provido.”

¹¹⁰ Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 169 - A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º - A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Acórdão: “Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque”.

Observa-se que mesmo o edital do certame condicionando a nomeação e a posse à disponibilidade orçamentária e financeira, o órgão julgador exigiu que tais fatores fossem inquestionavelmente provados, para que assim pudesse se justificar a não nomeação e aproveitamento do candidato aprovado dentro do número de vagas preestabelecidas no pertinente edital do concurso.

Infelizmente, em se tratando de outras situações ligadas à *expectativa de direito*, não se registra, com a frequência devida, decisões reconhecedoras dos direitos do administrado.

Como já demonstrado por diversas vezes, neste trabalho, não pretendemos proteger qualquer expectativa, mas sim buscar o respeito, através da defesa da imutabilidade dos termos e condições que sejam ligadas à *legítima expectativa de direito*, não abrangendo, por exemplo, a pretensão de ser garantida a nomeação e posse do candidato concursado que adquiriu aprovação fora do número de vagas preestabelecido no pertinente edital, devendo, nesta situação, ficar o candidato na dependência da análise de conveniência e oportunidade perpetrada pela Administração Pública.

Podemos citar como exemplo do que acabamos de afirmar, os teores da ementa e do acórdão do Mandado de Segurança de n. 20110084763-7, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil em 14/09/2011, no qual é questionado o direito do candidato aprovado em posição além das vagas previstas no edital ser nomeado.

O acórdão tem como relator o Ministro Herman Benjamin e apresenta informações conforme peças transcritas a seguir:

Ementa:

“Administrativo e processual civil. Mandado de segurança. Concurso público. Ato omissivo. Aprovação fora do número de vagas. Contratação temporária. Ausência de direito líquido e certo.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado do Esporte e do Secretário Executivo da mesma pasta.

2. O impetrante narra que foi aprovado na 55ª colocação em concurso para provimento de 38 vagas para Técnico de Nível Superior do Ministério do Esporte. Alega que, expirado o prazo de validade do concurso, não foi nomeado em razão de irregular contratação de funcionários terceirizados.

3. Os aprovados em concursos públicos fora do número de vagas previstas no edital não têm direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito, que se submete ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

4. Some-se que o quadro foi completado com a nomeação de candidatos de melhor classificação.

5. A contratação temporária fundamentada no art. 37, IX da Constituição da República Federativa do Brasil¹¹² não implica necessariamente no reconhecimento de haver cargos efetivos disponíveis, uma vez que, nessas hipóteses, a admissão no serviço se dá em decorrência de situações marcadas pela transitoriedade e excepcionalidade, devendo ser justificadas pelo interesse público. Dados do caso concreto refutam a irregularidade.

6. O impetrante não demonstrou a existência de cargos efetivos vagos durante o prazo de validade do concurso ao qual se submeteu.

7. Inviável a nomeação após o esgotamento do prazo de validade do certame.

8. Mandado de Segurança denegado.”

Acórdão: “Visto, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Decisão que entendemos cabível, a despeito de todo e qualquer questionamento que possamos fazer em torno da coerência e validade nas alegações para justificar contratação temporária o que, quase sempre, não se pauta por procedimentos indene de dúvidas.

¹¹² Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Podemos ainda citar outros exemplos no ramo do Direito Penal, Administrativo e Tributário onde registramos alegação de *expectativa de direito* que a nosso ver não se configura como legítima, não possibilitando desta forma, o atingimento do direito subjetivo pretendido.

Assim, neste mesmo diapasão, transcrevemos outros acórdãos.

Na situação seguinte nos deparamos com a expectativa do administrado em ver garantido o direito à prorrogação de um contrato junto à Administração Pública.

MS 26250 / DF – Distrito Federal

Mandado de Segurança

Relator (a): *Min. Ayres Britto*

Julgamento: *17/02/2010*

Órgão Julgador: *Tribunal Pleno*

Ementa:

“Mandado de segurança. Acórdão do tribunal de contas da união, que determinou a não prorrogação de contrato administrativo. Inexistência de direito líquido e certo. Violação das garantias do contraditório e da ampla defesa não configurada.

1. Não há direito líquido e certo à prorrogação do contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da Administração Pública.

2. Sendo a relação jurídica travada entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública, não há que se falar em desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3. Segurança denegada.”

Decisão: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, denegou a segurança.”

A ementa adiante faz referência a uma arguição de prorrogação, por interesse unilateral do contribuinte, de isenção tributária.

RE 269266 Agravo Regimental / PE – Pernambuco

*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário*¹¹³.

Relator (a): Min. Sepúlveda Pertence

Julgamento: 26/04/2005 *Órgão Julgador:* Primeira Turma

Ementa:

*“Imposto de renda: as empresas que obtiveram isenção do imposto de renda pelo regime do Decreto-lei 1.564/77¹¹⁴ possuíam **mera expectativa de direito** à prorrogação da isenção questionada, cuja possibilidade a Lei 7.450/85¹¹⁵ revogou, antes que fosse deferida (v.g. RE 22.749, 1ª t. Ellen Gracie, dj 2.8.2002).(grifos da transcrição)*

Decisão: A Turma negou provimento ao Agravo Regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime.”

Como visto, nos julgamentos referentes às decisões retro transcritas, não é de se esperar ser considerada como legítima a pretensão de prorrogação de contrato celebrado com o poder público por decisão unilateral do particular sem a análise da conveniência e oportunidade, ou ainda, não se pode entender como legítima a expectativa do empresário em ter prorrogada uma isenção em matéria tributária, diante, inclusive, da revogação do referido benefício constante de nova lei.

Observa-se que em nenhum dos casos, houve registro de modificação de termos e condições previstos legalmente e, conseqüentemente, garantidores, quando verificados, de um

¹¹³ Recurso Extraordinário. Recurso interposto contra acórdão, ao Supremo Tribunal Federal, desde que ocorra um dos pressupostos constitucionais, visando basicamente à preservação da Constituição Federal e das leis federais, se houver ofensa na decisão recorrida. SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p.733.

¹¹⁴ Decreto Lei n. 1.564, de 29 de julho de 1977. Altera incentivos fiscais do imposto sobre a renda para empreendimentos localizados nas áreas da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia-SUDAM e da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste-SUDENE.

¹¹⁵ Lei n. 7.450, de 23 de dezembro de 1985. Altera a legislação tributária federal.

determinado direito subjetivo futuro. Bem verdade que todas estas questões devem ser analisadas nos seus mínimos detalhes, justamente para ser observado se nenhum legítimo interesse está a ser injustamente agredido por decisão unilateral, o que na leitura das transcrições não ficou demonstrado.

Em contrapartida nas decisões que expomos a seguir, vislumbramos que a parte que se pautou na prática dos atos em plena conformidade com o ordenamento, se depara com os nefastos efeitos de decisões que desembocam em situações de *insegurança jurídica*.

Vejamos os resultados de julgamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro, onde em um, aparece a União como recorrente e em outro, o Banco Central do Brasil como agravado.

No primeiro caso, a questão gira em torno do direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público com base em condições previstas em edital e que foram posteriormente alteradas pela Administração Pública.

RE 318106 / RN - Rio Grande do Norte

Recurso Extraordinário.

Relator (a): Min. Ellen Gracie

Julgamento: 18/10/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa:

“Administrativo. Servidor público. Concurso. Alteração do edital.

*1. Enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie. Antes do provimento do cargo, o candidato tem **mera expectativa de direito** à nomeação. Precedentes. (grifos da transcrição)*

2. Recurso Provido.”

Decisão: “A turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto da Ministra-Relatora”.

Na segunda situação, registra-se que o supremo órgão julgador defende a inexistência do direito à nomeação do candidato mesmo que aprovado em concurso público dentro do limite de vagas previsto no edital.

RE 421938 Agravo Regimental / DF – Distrito Federal

Recurso Extraordinário.

Relator (a): Min. Sepúlveda Pertence

Julgamento: 09/05/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa:

“Concurso público: direito à nomeação: súmula 15-stf¹¹⁶.

*Firmou-se o entendimento do STF no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, torna-se detentor de **mera expectativa de direito**, não de direito à nomeação: precedentes. (grifos da transcrição)*

O termo dos períodos de suspensão das nomeações na esfera da Administração Federal, ainda quando determinado por decretos editados no prazo de validade do concurso, não implica, por si só na prorrogação desse mesmo prazo de validade pelo tempo correspondente à suspensão.”

Decisão: “A Turma negou provimento ao Agravo Regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator”.

Para os dois casos retro citados há de se perquirir se existe ou não a obrigação da Administração Pública agir de forma planejada de modo a não causar injustos prejuízos aos administrados.

Observe-se que o cidadão que reuniu recursos para se inscrever em um concurso público e não se valeu de possíveis outras oportunidades, na expectativa de galgar sua aprovação, nomeação e posse no cargo almejado, depois de vencedor no certame, amarga o

¹¹⁶ Súmula n. 15 do STF - Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

seu não aproveitamento, porque as condições previstas no edital foram unilateralmente modificadas, inobservadas ou simplesmente o órgão estatal não mais se interessa na nomeação dos referidos aprovados.

Em situações como as descritas acima a pessoa não poderá jamais acreditar que, pelo menos nestes casos, a sua dignidade está sendo respeitada como é previsto em quase todos os ordenamentos constitucionais. Observe-se que nem de forma longínqua, pelo menos, se registra a menor preocupação com o que já trouxemos à baila neste trabalho sob a designação de *custo de oportunidade* o que representa o custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada.

Ainda, no caso da Constituição Federal do Brasil vale, mais uma vez, trazer a lume para esta específica questão, o que preceitua o artigo 169, *caput*, § 1º, incisos I e II, cabendo transcrever na íntegra a expressão de tais disposições.

Constituição Federal do Brasil

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional n. 19¹¹⁷, de 1998).

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

Não é plausível, após tais previsões, poder simplesmente a Administração Pública desconsiderar os termos de um edital por ela mesma elaborado, em detrimento dos legítimos anseios do indivíduo que apenas observou tais determinações.

Não é igualmente justo, por exemplo, o incentivo que um país ofereça, para atrair a atenção de empresas estrangeiras ou mesmo nacionais, em torno do desenvolvimento de

¹¹⁷ Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal – Brasília – Brasil.

determinadas atividades de produção, para, logo em seguida, mudar as normas de tributação atingindo de forma marcadamente prejudicial tais empreendimentos.

Sendo assim, o que defendemos é que as normas sejam estabelecidas de modo a não ferir legítimos interesses das partes aderentes em atos que entabulam com a Administração Pública ou mesmo com outro particular que se encontra na condição de enfática superioridade econômica e por isto mesmo dita as normas do ato jurídico.

O que requeremos poderá e deverá ser alcançado se a *legítima expectativa de direito* resultante, obviamente, do entabulamento de sucessivos e legais atos jurídicos, tenha a proteção do ordenamento no sentido de que os termos e condições constantes do ato praticado não possam ser unilateralmente modificados em detrimento da parte hipossuficiente.

Para consubstanciar tais pretensões, nos valeremos, em grande parte, das exposições teóricas e do ordenamento posto ao alcance público, sem olvidar, inclusive, das preleções nos campos filosófico e social em torno de exemplos e doutrinas que apresentam pertinência com os assuntos tratados nesta obra.

7 O DESEQUILÍBRIO SOCIAL E A INSEGURANÇA JURÍDICA

Ao fazermos referência ao tema “desequilíbrio social”, consequentemente, estamos a falar de desigualdade social ou mesmo desigualdade econômica, racial, regional, etc., situações que redundam nas definições, entre outras, de países subdesenvolvidos, em desenvolvimento e desenvolvidos.

Neste contexto, verificamos que a grande maioria da população mundial vive abaixo da linha de pobreza. Também, como exemplo, registramos a péssima distribuição de renda, aumento das favelas, aumento da violência e criminalidade, não sendo demais observar que com a falta de segurança, no tocante aos atos jurídicos praticados pelos cidadãos, invariavelmente os setores dominantes da sociedade, os quais têm maior poder de ingerência, de modo injusto, são beneficiados. Como as necessidades humanas são ilimitadas e os bens econômicos limitados, em razão do exercício do poder dominante a balança pende de forma desfavorável para os hipossuficientes.

A situação retro transcrita só poderá ser minimizada se os mecanismos de justiça social, inclusive os ligados à aplicação das normas jurídicas, forem cada vez mais colocados em prática, pois, de modo quase absoluto, o ser humano é dependente da vida em comunidade. Neste aspecto cabe trazer à baila os seguintes dizeres do professor Domingos Pereira Sousa:

O homem é um ser social que por sua natureza e condição necessita de interagir com o outro para evoluir e se afirmar como ser pensante e racional e dessa relação com os outros surgem os conflitos próprios da prossecução dos interesses individuais e de grupo.

A sociedade é o resultado da associação de indivíduos que têm interesses comuns e que procuram realizar esses objetivos em conjunto, formando grupos de interesse.

A vida humana em sociedade não decorre da simples coexistência de indivíduos ou grupos de indivíduos num dado espaço e tempo, indiferentes entre si, solitários e separados. Para que exista vida em sociedade é necessário que se estabeleçam relações sociais e que exista uma autonomia individual de cada membro do coletivo em relação à sociedade.

Os indivíduos realizam os seus interesses particulares através de comportamentos concorrenciais, de permanente disputa de bens escassos e cooperando uns com os outros acabam por participar na realização dos interesses coletivos, o que fazem de uma forma organizada e estruturada, com base na divisão de trabalho. Contudo, por vezes acontece que o homem procura impor a sua vontade aos restantes elementos do grupo, surgindo momentos de tensão e mesmo de conflito nas relações sociais de grupo. (SOUSA, 2013, p. 7).

Na continuidade deste capítulo, preliminarmente, comentamos alguns assuntos para os quais mais adiante dedicamos tópicos específicos, como a *globalização* e a *dignidade da pessoa humana*, esta que se apresenta como assunto imprescindível na discussão pertinente aos direitos humanos, levando-se em consideração que os novos direcionamentos universais, pautados pelos interesses dos grandes grupos econômicos e multinacionais distanciam, cada vez mais, as atenções que devem ser dirigidas ao estudo e atendimento dos anseios mais elementares dos indivíduos componentes da base da pirâmide social, situação em que, como já por diversas vezes repetido, o indivíduo não detentor do poder delegado ou econômico, não registra a *segurança jurídica* de ver realizadas, sequer, as regras que são entabuladas de acordo com a própria vontade dos detentores da delegação do poder social ou econômico, motivo pelo qual defendemos o tema ora em comento, isto é, *a expectativa de direito como bem jurídico*.

Sobre a matéria, continuamos nossos comentários trazendo à baila o primeiro parágrafo do texto constante da “orelha” do livro “Direitos Humanos em uma época de insegurança”, onde registramos a seguinte afirmação:

Os Direitos Humanos vêm assumindo cada vez mais importância no cenário mundial, lamentavelmente, não pela sua promoção e proteção, mais pelas violações constantes a que são submetidos no mundo inteiro. Cotidianamente, direitos como o direito à vida, à integridade físico-psíquica e à liberdade, diante das atuais políticas intervencionistas adotadas pelas potências hegemônicas do globo, vão perdendo efetividade e qualidade, demandando das instituições acadêmicas nacionais e internacionais o exercício da reflexão crítica do tempo presente. (SANTORO, 2010).

Artigo do professor Acílio da Silva Estanqueiro Rocha, que integra a obra retro citada, sobre o assunto, afirma:

Repensar hoje direitos humanos significa dilucidar acerca da respectiva fundamentação e indagar sobre as relações a estabelecer, no que concerne à sua implementação, entre os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, por outro. O neoliberalismo¹¹⁸ sempre afirmou a prevalência ou sobre determinação dos primeiros sobre os segundos, enquanto as correntes do socialismo democrático ou

¹¹⁸ Neoliberalismo. Conceito desenvolvido a partir de 1930, influenciado pela grande depressão dos Estados Unidos, e assim denominado por Walter Lippmann, afirmativo do valor permanente da livre concorrência e da propriedade privada, embora condescendo com que o livre comportamento dos agentes econômicos não conduza, automaticamente, a uma ordem natural. SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 582.

de concepções liberais mais igualitárias têm defendido uma profunda imbricação dos segundos com os primeiros.

No atual contexto da globalização, julgamos imprescindível não somente inquirir o caráter assimétrico e reducionista na consideração desta temática, que visa tomar os direitos humanos apenas como direitos civis e políticos, como também evitar um pretense de monoformismo universalista ou um relativismo particularista, mediante dispositivos com incidência global, instaurando, entre outras vias, formas transnacionais que culminem em atuações cooperativas de cunho verdadeiramente cosmopolita. (ROCHA, 2010, p. 295).

Reconhecemos não ser tarefa simples delimitar de forma hermeticamente precisa os limites conceituais de expressões como: direitos civis, direitos políticos, direitos sociais, entre outros. Contudo, pelo menos, devemos buscar as noções nucleares de cada um destes temas para assim podermos, também, desta forma, consubstanciarmos o que pretendemos com o presente trabalho.

Deste modo, fazendo breve reflexão a respeito das palavras do imediatamente citado filósofo professor Acílio Rocha, dizemos que direitos civis são as proteções e garantias de poder pessoal que por lei são concedidas a todos os cidadãos e, logicamente, a depender da característica de cada Estado tais garantias apresentam maior ou menor abrangência, não sendo entretanto cabível, confundi-los com os denominados direitos humanos ou direitos naturais, haja vista que os direitos civis são estabelecidos pelas nações tendo como raio de ação, em tese, o espaço físico determinado pelos seus limites territoriais.

Podemos citar como espécie deste gênero, o direito ao protesto de forma pacífica, o direito à privacidade, a liberdade de ir e vir, etc..

Entretanto, o que buscamos é uma maior discussão em torno de situações que atingem de forma mais sensível, mas não tão próxima da percepção geral, princípios como o da *dignidade humana*, o *princípio da proteção da confiança* e o princípio da *segurança jurídica*.

Os direitos políticos, que também são preestabelecidos pelo Estado Social organizado, podem ser refletidos através do poder do cidadão votar para escolha dos seus governantes, ser votado nas mesmas condições, filiar-se a facções político-partidária, participar da iniciativa do processo legislativo, poder exigir transparência na decisão dos seus representantes, dentre outros.

Como direitos sociais e culturais podemos citar o direito a segurança social, o direito à educação, a saúde, ao trabalho, a previdência social e outros.

Quanto aos direitos económicos citamos a preocupação estatal com a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego dos recursos de produção, liberdade e incentivo a iniciativa económica e assim por diante.

Observando os devidos ajustes conceituais e classificatórios de tais espécies de direito, podemos nos valer dos preceitos constitucionais contidos nas Cartas Magnas da República portuguesa e da República Federativa brasileira.

Bastante avançada, em matéria de direitos sociais, a Constituição portuguesa, promulgada em 1976, trata de tais assuntos na sua parte I que versa sobre os direitos e deveres fundamentais.

Neste contexto, a título exemplificativo, devem, dentro dos seus pertinentes tópicos, alguns artigos serem observados:

Quanto aos princípios gerais:

Constituição portuguesa

Artigo 12.º (Princípio da universalidade)

1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.
2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

Artigo 13.º (Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Artigo 14.º (Portugueses no estrangeiro)

Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país.

Artigo 15.º (Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus)

1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.

Artigo 18.º (Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Artigo 21.º (Direito de resistência)

Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

Quanto aos direitos, liberdades e garantias pessoais:

Constituição portuguesa

Artigo 24.º (Direito à vida)

1. A vida humana é inviolável.
2. Em caso algum haverá pena de morte.

Artigo 25.º (Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Artigo 26.º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

Artigo 27.º (Direito à liberdade e à segurança)

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

A Constituição da República Federativa do Brasil não expressa de forma tão rígida distinção entre direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais, entretanto cabe-nos também pinçar, dentro dos diversos tópicos do citado diploma, algumas disposições que entendemos pertinentes para demonstrar o interesse do legislador constitucional na garantia, pelo menos, de modo formal, dos direitos fundamentais das pessoas.

Quanto aos princípios fundamentais:

Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a *dignidade da pessoa humana*;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

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.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Quanto aos direitos e garantias fundamentais:

Constituição da República Federativa do Brasil

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei n. 9.296, de 1996)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

(...)

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

XXX - é garantido o direito de herança;

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

(...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

(...)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

(...)

Quanto aos princípios gerais da atividade econômica:

Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Quanto à seguridade social:

Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

(...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

(...)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

(...)

Diante do que foi expresso nos primeiros parágrafos deste capítulo, como em outros pontos deste trabalho, fica patente o desencontro entre o que é preceituado como princípios basilares para a construção dos diversos ordenamentos jurídicos e o que na realidade se registra quando direitos adquiridos não são respeitados e a *legítima expectativa de direito* é considerada como um “nada jurídico”.

Como vimos, registram-se nos referidos diplomas constitucionais, afirmações do tipo: todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei; os preceitos

constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais; todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos que a constituição dita, e, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Entretanto, não se configura plausível o entendimento de que tais preceitos são atendidos quando o administrado vive em constante estado de apreensão sem saber inclusive se as normas ditadas pela própria Administração Pública serão no futuro respeitadas.

Mudam-se, em prejuízo do cidadão, no final da sua vida laboral, as disposições estabelecidas quanto à pertinente aposentadoria; modificam-se, em prejuízo do candidato, no momento da posse, as exigências contidas em um edital de concurso; em favor de grandes grupos económicos, são modificadas, em prejuízo do habitante, as normas de construção e utilização de áreas, e assim por diante.

Diante da retro exposição, patente está que princípios como o da *proteção da confiança*, da *segurança jurídica* e, seguramente, o da *dignidade humana* não estão sendo observados.

A esperança da aquisição de um determinado direito, oriundo de uma lei em que se funde, não deve ser acatada como mera situação na qual o indivíduo não possa se valer do ordenamento jurídico para pleitear a inalterabilidade dos termos, condições ou encargos preestabelecidos em conformidade com a própria lei.

A negativa da premissa supracitada, indubitavelmente, gera intranquilidade, haja vista que, nessa condição, ao invés de contarmos com um Estado que adere ao conceito da cidadania social, onde se registra o poder do administrado expressar seus anseios, desempenhar seus deveres e obrigações como integrante social e buscar seus direitos civis e políticos dentro de um Estado democrático, vamos, por outro lado, nos deparar com uma situação, mesmo que disfarçada, de tirania. Nesta situação, em que o governante embora tendo em mira que deve representar a vontade do povo, na realidade, age sob o manto de um ilimitado poder.

Os regimes modernos têm, pelo menos, no campo do marketing e teoricamente, buscado atender os anseios coletivos.

Para demonstrar tal afirmação, podemos, nesse caso, trazer a lume o que expõe Santos, quando comenta o que denomina “A emergência da cidadania social”:

O segundo período do capitalismo nos países centrais, o capitalismo organizado, caracteriza-se pela passagem da cidadania cívica e política para o que foi designado por “cidadania social”, isto é, a conquista de significativos direitos sociais, no domínio das relações de trabalho, de segurança social, da saúde, da educação e da habitação por parte das classes trabalhadoras das sociedades centrais e, de um modo muito menos característico e intenso, por parte de alguns sectores das classes trabalhadoras em alguns países periféricos e semiperiféricos.

Melhor que ninguém, Thomas Humphrey Marshall caracterizou este processo em *Citizenship and Social Class* publicado pela primeira vez em 1950.

Segundo Marshall, na linha da tradição liberal, a cidadania é o conteúdo da pertença igualitária a uma dada comunidade política e afere-se pelos direitos e deveres que o constituem e pelas instituições a que dá azo para ser social e politicamente eficaz.

A cidadania não é, por isso, monolítica; é constituída por diferentes tipos de direitos e instituições; é o produto de histórias sociais diferenciadas protagonizadas por grupos sociais diferentes.

Os direitos cívicos correspondem ao primeiro momento do desenvolvimento da cidadania; são os mais universais em termos da base social que atingem e apoiam-se nas instituições do direito moderno e do sistema judicial que o aplica.

Os direitos políticos são mais tardios e de universalização mais difícil e traduzem-se institucionalmente nos parlamentos, nos sistemas eleitorais e nos sistemas políticos em geral.

Por último, os direitos sociais só se desenvolvem no nosso século e, com plenitude, depois da Segunda Guerra Mundial; têm como referência social as classes trabalhadoras e são aplicados através de múltiplas instituições que, no conjunto, constituem o Estado-Providência. (SANTOS, 2010, p. 243-244).

Contudo, de fato, convivemos com não raros exemplos de determinações, sobremaneira, as de origem institucionais, que não garantem ao administrado *segurança jurídica* para os atos que realiza.

Desse modo, ao defendermos a imutabilidade dos termos, condições e, por vezes, os encargos decorrentes de determinados atos jurídicos, elaborados conforme o ordenamento em determinada época vigente, dentre outros fatores, estamos a buscar o combate à fragilidade social que, nesse contexto, deve ser entendida além da simples vulnerabilidade decorrente de uma situação ligada à desvantagem econômica e cultural de um indivíduo, também, nesse caso, a fragilidade social que é expressada pela situação de submissão em que vive o cidadão comum nas suas relações sociais com o Direito, com a Justiça e com o Poder constituído.

A submissão do indivíduo às determinações sociais não deve se configurar algo reprovável, desde que, nesta situação, o Direito seja resultante dos legítimos anseios sociais, a Justiça se configure como elemento de verdadeira e equânime distribuição do direito, e o Poder constituído seja a expressão da vontade soberana, o que, em um Estado Democrático de

Direito, implica dizer que a deliberação governamental deve ser expressão da vontade do povo.

Na presente obra, observaremos situações que, sob a nossa ótica, não materializam a premissa defendida no final do parágrafo anterior, devendo, dessa forma, ser a cada dia mais enfatizada a busca de mecanismos que garantam ao cidadão a devida *segurança jurídica* para os atos por ele realizados nas mais variadas relações vivendo em sociedade.

Os interesses entre grupos distintos, em geral, não se identificam na forma e nos objetivos a serem atingidos, haja vista que não se registra a sociedade como sendo de fato um organismo uno, embora tudo seja dirigido para se defender a ideia de uma questionável unidade não vivida. A esse respeito, Chauí preceitua:

Responder ao desejo social de identidade tem uma origem precisa. Para que a violência da dominação exercida por uma classe surja como natural, inscrita na ordem das coisas, racional e legítima, ou como lugar de direito do exercício da dominação - sem o que os dominados teriam o direito de insurgir-se contra ela - é preciso que seja anulada como violência, e, a única via possível consiste em produzir uma imagem unificada da sociedade, com polarizações suportáveis e aceitáveis para todos os seus membros.

O imaginário ideológico responde a essas necessidades. Por um lado, fornece aos membros da sociedade dividida e separada do poder a imagem da indivisão (isto é, uma sociedade unificada pela unidade estatal, e esta como expressão ou síntese da vida social) e, por outro lado, elabora para a classe que detém o poder uma imagem de si e do social que faça do poder não uma dimensão que distingue a sociedade e o Estado, mas que faça desse Estado um *representante* homogêneo e eficaz da sociedade no seu todo.

A ideia de que o Estado *representa* toda a sociedade e de que todos os cidadãos estão *representados* nele é uma das grandes forças para legitimar a dominação dos dominantes. Assim, a operação ideológica passa por dois ocultamentos: o da divisão social e o do exercício do poder por uma classe social sobre outras. (CHAUI, 2007, p. 39).

Neste ponto, não é demais observar o fato de, em regra, podermos afirmar que nos contingentes humanos sempre o domínio encontra-se na posse de uma minoria, em razão, como já expomos, do poder delegado ou econômico.

O antagonismo no seio da sociedade é patente, quando nos deparamos, por exemplo, com a propriedade do capital, na acepção de riqueza conservada e acumulada para servir de instrumento e ajuda na futura reprodução de outras riquezas, e a chamada força de trabalho, na acepção de mercadoria, onde definimos a classe chamada de proletariado, constituída daqueles que, para sobreviver, expõem à venda suas habilidades e aptidões. Ou ainda quando confrontamos o detentor da autoridade em razão do poder delegado e o cidadão que,

simplesmente por força das convenções sociais, é obrigado a transferir o seu poder de decisão nas questões mais amplas atinentes aos anseios coletivos.

Outros exemplos poderiam ser citados, mas tomando como paradigma os que foram apontados, podemos afirmar que parte dos componentes dos mesmos, isto é, os possuidores da riqueza e os detentores da autoridade em razão do poder outorgado, representam o que denominamos como elite dominante, a qual, em nome da unidade e identidade social, determina as regras do jogo.

Sobre o tema abordado no parágrafo retro citado, teceremos outros comentários no ponto 7.2.1 intitulado “O Poder Dominante”.

7.1 O PODER, O DIREITO E O INDIVÍDUO

Os institutos que compõem os objetos dessa tese são, na sua maioria, por demais presentes nas doutrinas e ordenamentos jurídicos dos diversos países. Contudo, o que se percebe, pelo menos na prática, no tocante à garantia dos direitos individuais, é que, na atualidade, diante, sobretudo, da intensa atividade legislativa do Estado, o cidadão registra uma *insegurança jurídica* que se avoluma de forma vertiginosa.

No escopo deste trabalho, pretendemos ainda continuar mostrando o enfático e injusto desequilíbrio entre o cidadão e o Estado, sobremaneira, quando este se utiliza da ordem jurídica como instrumento de “insegurança”, devendo, nesse ponto, ser levado em consideração, pelo menos, três importantes assertivas, quais sejam: o direito é instrumento do poder; a justiça é a institucionalização da vingança; e a globalização caracteriza-se, entre outros fatores, pela predominância dos interesses dos grandes grupos econômicos, em detrimento do chamado Estado de Bem-Estar Social, aonde espera-se que todo indivíduo, durante a sua vida, tenha direito a um conjunto de bens e serviços garantidos diretamente pelo Estado, da forma mais cômoda possível, ou indiretamente, mediante o exercício do seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil, o que, infelizmente, não se registra com a intensidade desejada pela camada social mais carente.

A breve análise crítica que será registrada nos tópicos subsequentes não deve, em nenhuma hipótese, ser entendida como uma sistemática e inconsequente aversão à

organização social e em decorrência às suas instituições, haja vista que temos plena consciência da necessidade de tais conformações.

Contudo, como sempre, na linha deste trabalho, queremos deixar explicitada a necessidade também de que os institutos sociais e jurídicos sejam constantemente repensados no sentido de que, juntamente com as inevitáveis transformações da sociedade, sejam visados os mais legítimos interesses da humanidade, sobremaneira, no tocante ao objeto desta tese e no que diz respeito à *segurança jurídica*, que venha a proteger o cidadão das inovações legislativas que, porventura, injustamente, lhe agridam direitos, levando-se em consideração que a normatização não é de forma direta, pelo mesmo, realizada.

Logo, não é justo que nem mesmo quando as determinações sejam impostas pelo Estado não possa ser garantido ao indivíduo o que foi estabelecido por intermédio da sucessão de *atos jurídicos perfeitos*.

A combinação dessas situações redundará na necessidade de se encontrar instrumentos cada vez mais rápidos e eficazes para a proteção do cidadão, face ao comando estatal e dos demais setores dominantes.

De acordo com comentários tecidos por Foucault, no conjunto registrado e sistematizado de entrevistas, sob o título “Microfísica do Poder”, tem-se:

O poder não existe. Quero dizer o seguinte: a ideia de que existe, em um determinado lugar, ou emanando de um determinado ponto, algo que é um poder, me parece baseada em uma análise enganosa e que, em todo caso, não dá conta de um número considerável de fenômenos.

Na realidade, o poder é um feixe de relações mais ou menos organizado, mais ou menos piramidalizado, mais ou menos coordenado. Portanto, o problema não é de constituir uma teoria do poder que teria por função refazer o que um Boulainvilliers ou um Rousseau quiseram fazer. Todos os dois partem de um estado originário em que todos os homens são iguais, e depois, o que acontece? Invasão histórica para um, acontecimento mítico - jurídico para outro, mas sempre aparece a ideia de que, a partir de um momento, as pessoas não tiveram mais direitos e surgiu o poder. Se o objetivo for construir uma teoria do poder, haverá sempre a necessidade de considerá-lo como algo que surgiu em um determinado ponto, em um determinado momento, de que se deverá fazer a gênese e depois a dedução. Mas se o poder na realidade é um feixe aberto, mais ou menos coordenado (e sem dúvida mal coordenado) de relações, então o único problema é munir-se de princípios de análise que permitam uma analítica das relações do poder. (FOUCAULT, 1976, p. 140).

Nesse ponto, vale também reproduzir o entendimento que expressa Gusmão, no tocante à relação entre o direito e o poder:

O poder é a alavanca motora da dinâmica social, a causa das transformações sociais. É, pode-se dizer, o problema central da ciência política e do moderno direito constitucional.

A conquista, a conservação e o uso do poder são o objetivo principal da ação política. Relacionado com a ideia de “força”, dela se distingue, como já havia notado Max Weber, ao considerá-la a possibilidade física de fazer observar uma ordem mesmo contra a efetiva resistência de seus destinatários, enquanto o poder é a competência de ditar ordens ou tomar decisões que devem ser obedecidas. A primeira supõe a resistência efetiva, enquanto o poder a possibilidade desta. (GUSMÃO, 1988, p. 65).

Em tese, na sociedade moderna, a utilização da força oriunda do poder tem como instrumento de comando as normas do ordenamento jurídico vigente em determinada época e espaço geográfico, ou seja, por intermédio das normas do direito, o poder se efetiva através da força que impõe ao jurisdicionado regras de conduta, mesmo contra sua vontade.

Há de se conceber, entretanto, que o indivíduo, o ser humano, sendo logicamente a peça principal no contexto social, para ele devem ser dirigidas as ações sociais, ou melhor, ainda, em benefício dele devem ser realizadas as ações sociais. Não sendo demais repetir que se fala em ações sociais em decorrência, justamente, da opção dos indivíduos quando agrupados, isto é, vivendo em sociedade, pois, para alcançar os bens necessários a sua sobrevivência, como já afirmado, junto a outros indivíduos, formam um conjunto que institucionalizado deve, em primeira mão, atender suas necessidades coletivas e garantir o respeito à aquisição e gozo dos seus direitos individuais.

De acordo com o professor catedrático da Universidade de Lisboa, José de Oliveira Ascensão, no seu artigo intitulado “Os Direitos da Pessoa e a Parte Geral do Direito Civil”, registramos:

A pessoa é uma realidade que preexiste ao Direito, justifica-o e em absoluto se impõe. No meio do pluralismo e ceticismo que caracteriza o nosso tempo, só há uma base sobre a qual pode recair o assentimento global: a própria pessoa. É o grande mérito de toda doutrina dos direitos humanos, seja a que nível for e não obstante os desvios a que tem estado sujeita: afirmar esse conteúdo ontológico, embora sob a capa da subjetivização exaustiva da referência aos direitos. Se há direitos humanos, é porque há o Homem; e se o Homem é o fundamento desses direitos, então é possível uma concordância fundamental sobre a natureza desse ser, que subjaz à afirmação universal dos seus direitos.

Pode-se pretender rasgar as grandes fundamentações do jusnaturalismo, como realidades históricas ultrapassadas. O Homem não pode ser rasgado sem por em causa toda a base das civilizações que hoje convergem. (ASCENSÃO, 2010, p. 292-293).

Ainda, como bem expressa Pinto:

O direito só pode ser concebido, tendo como destinatários os seres humanos em convivência. A aplicação do *Direito Civil* a essa convivência humana desencadeia uma teia de relações jurídicas entre os homens, relações traduzidas em poderes (direitos) e deveres jurídicos “*latu sensu*”.

Num sentido puramente técnico ser pessoa é precisamente ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações; é ser um centro de imputação de poderes e deveres jurídicos, ser um centro de uma esfera jurídica. (PINTO, 1999, p. 84).

Entre infinitas outras declarações de que os legítimos anseios do ser humano devem se configurar o objetivo central das atenções para o desenvolvimento e aplicação do Direito, transcrevemos as palavras do professor Lafayette Pozzoli, em “Direito Comunitário Europeu – uma perspectiva para a América Latina”, quando o mesmo afirma:

A pesquisa considerou como condição *sine qua non* o fato de que, em toda sua história, o direito tem como fundamento a pessoa humana. Embora o seu desenvolvimento sistemático deu-se depois do século V, a.C., é possível identificar em práticas antigas a presença do que hoje nós compreendemos por direito.

Sejam os gregos ou civilizações anteriores, sempre tiveram como referência ao sentido de vida o próprio ser humano na sua existência. Não é diferente com os romanos e a filosofia medieval da baixa idade média. Com a afirmação do pensamento cristão aquela referência sobre a vida foi aprofundada, porém com uma abrangência maior, ou seja, o ser humano integral, sem abandonar o curso natural caracterizador da existência da própria pessoa humana que é a relação intrínseca com o transcendente.

Resumindo, a pessoa humana é o caminho da razão, do direito e da filosofia. Esta passa a ser a preparadora da sua ação, tornando o direito a medida do seu ser. Assim, o direito é subordinado à pessoa humana (matéria, psique e espírito) e não o contrário. (POZZOLI, 2003, p. 25-26).

Destarte, é extremamente angustiante registrar que a conformação social erigida, ainda no mundo hodierno, ao invés de possibilitar a legítima e necessária *segurança jurídica*, apresenta-se como um forte instrumento de desrespeito às expectativas e, consequentemente, desrespeito à aquisição de direitos privados, sobremaneira, direitos do cidadão comum.

7.2 O DIREITO COMO INSTRUMENTO DO PODER

Como visto anteriormente, o conjunto das normas do Direito, a despeito de dever ser resultante dos justos anseios sociais é, quase sempre e de forma exclusiva, um dos grandes instrumentos para efetivação do poder de quem o determina.

A palavra “Direito” é de conceituação bastante complexa, é termo polissêmico, ou seja, apresenta vários significados: faculdade de possuir; de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, tendo por limite os ditames da lei. Apresenta também o significado do que é reto, do que não sofre desvio, entendendo-se tudo aquilo que é conforme a razão, a justiça e a equidade. Mas, aí, conforme Silva (2003, p. 461), compreende-se o Direito como: “O complexo orgânico, de que se derivam todas as normas e obrigações, para serem cumpridas pelos homens, compondo o conjunto de deveres, aos quais não podem fugir, sem que sintam a ação coercitiva da força social organizada.”

França assim reproduz e comenta a definição do filósofo grego Aristóteles, referente ao termo Direito:

Este define o direito do seguinte modo: ‘O direito é aquilo que cria e faz conservar, no todo e nas partes, a felicidade para a comunidade política’ (Ética Nicomáquea). A análise da estrutura da definição desvela três ideias nucleares: criatividade, conservação e felicidade social. Portanto, algo perfeitamente ativo e ao mesmo tempo estabilizador, com o objetivo de atingir um estágio evolutivo da humanidade. (FRANÇA, 1977, p. 60).

O jurista alemão Ihering, diz:

A palavra direito é empregada em sentido duplo, tanto objetivo como subjetivo. No sentido objetivo, é o conjunto de leis fundamentais editadas pelo Estado, ou seja, o ordenamento jurídico da vida e, em sentido subjetivo, é a atuação concreta da norma abstrata no direito específico de determinada pessoa. Em ambas as acepções o direito encontra oposição e em ambas as direções deve ser controlado, isto é, deve estar no caminho da luta para vencê-la ou para defendê-la. (IHERING, 1998, p. 29).

De acordo com o jurista austríaco Kelsen, o Direito representa uma ordem coativa, é o que se depreende quando o mesmo afirma:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros, - um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário até a força física - coativamente, portanto. (KELSEN, 1994, p. 35).

Com fulcro na citada compreensão, neste subitem, serão desenvolvidas nossas análises.

De forma breve, mostraremos ser o Direito instrumento do poder dominante, pois entendemos que só o profere quem, em nome da força social organizada, recebe poderes para tal incumbência. E, para isso, não podemos nos afastar da perspectiva de que o mesmo é social, isto é, o Direito é um produto social, provindo das relações sociais e, nesse sentido, é resultado da própria organização social e do poder social decorrente.

Segundo Martinez, registramos:

Inicialmente, pode-se entender Poder Social como nossa capacidade cognitiva, a inteligência humana, capaz de criar e administrar organizações sociais, especialmente a organização da sociedade civil, bem como manter a violência sob o controle de determinadas instituições, especialmente as estatais.

Pois bem, essa definição inicial coaduna/combina com a perspectiva de que o Direito é social. Distante da visão do Direito como realidade social, no entanto, há outra corrente, a que postula o Direito como inato ao homem e à sua consciência superior. Para nós trata-se do contrário, e será nossa intenção mostrar que o Direito é uma construção social e política, e se resume a isso sua condição natural: o Direito decorre, naturalmente, das organizações sociais como instrumento de controle e de regulação.

Para a corrente do Direito inato e natural, no entanto, o Direito deve ser interpretado tão-somente como construção racional e isenta da consciência humana, isto é, afastando-se praticamente de toda e qualquer correlação social e política. É como se o Direito decorresse unicamente da razão, de um raciocínio técnico puramente lógico, e não das relações sociais mediadoras e do político que o sucede - a isto também se chama de positivismo jurídico. (MARTINEZ, 2005).

Ponto comum nas definições do Direito, no contexto jurídico, é que, independentemente de ser transcendente ou resultante das regras sociais, apresenta ordens coativas que são instrumentos para aplicação de força de quem detém o poder em razão de delegação decorrente das convenções sociais.

O Homem, vivendo em sociedade, nas suas mais diversas formas, como já visto, despoja-se em grande parte do seu livre arbítrio, em razão da transferência do poder de

mando, nas mais variadas situações, para as organizações resultantes dos diferentes modos de agremiação social.

Com fulcro nestas considerações, entendemos pertinente incluir, neste ponto, as palavras constantes do Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva, quando, definindo sobre a expressão “ordem jurídica”, assim expõe:

O homem é um ser social, por índole ou por conveniência pessoal. Em sociedade, ele alcança seus objetivos individuais e satisfaz sua tendência gregária, formando, a partir da célula familiar e o município, o próprio Estado, sociedade condicionante das demais e dotada de poder soberano. Ao viver comunitariamente, entretanto, o homem não apenas age, mas também interage, passando por um processo de integração paulatina denominado socialização, sendo disciplinado em suas relações de amizade, cortesia e, principalmente, em suas relações jurídicas, estas garantidas pelo Estado. Assim, o poder político tem por missão principal ordenar a vida em sociedade, sendo seu fundamento, diga-se de passagem, manter a paz social. Disciplinando as relações jurídicas entre as pessoas, o Estado ordena a vida humana, conferindo-lhe uma direção consagrada por determinada concepção de ordem. (ACQUAVIVA, 1994, p. 883-884).

Continuando, na citada obra, ainda registramos:

E como o Estado ordenaria, coativamente, a vida em sociedade? Mediante a imposição de normas jurídicas. E o que é uma norma? Norma é uma diretriz de conduta socialmente estabelecida pelo Direito Positivo. (ACQUAVIVA, 1994, p. 884).

Das exposições neste momento transcritas, temos afirmações do tipo: “... o poder político tem por missão principal ordenar a vida em sociedade; Disciplinando as relações jurídicas entre as pessoas, o Estado ordena a vida humana; Mediante a imposição de normas jurídicas; ...diretriz de conduta socialmente estabelecida pelo Direito Positivo”, entre outras demonstrações de que o Estado através dos seus representantes é que determina as regras a serem seguidas.

Sendo assim, não se concebe como justo que as regras determinadas por essa entidade supra parte, não sejam devidamente observadas a fim de que, entre outras situações, a *insegurança jurídica* não se torne uma constante motivação para a descrença em frente às instituições coletivas, sobremaneira às públicas, e, por conseguinte, motivo para desintegração social.

Comentando a democracia como questão sociológica, Chauí, referindo-se ao tema “modelo democrático”, formulado por Schumpeter e seus epígonos, assim discorre:

Resumidamente, o “modelo” apresenta os seguintes traços:

- a) a democracia é um mecanismo para escolher e autorizar governos, a partir da existência de grupos que competem pela governança, associados em partidos políticos e escolhidos por voto;
- b) a função dos votantes não é a de resolver problemas políticos, mas a de escolher homens que decidirão quais são os problemas políticos e como resolvê-los - a política é uma questão de elites dirigentes;
- c) a função do sistema eleitoral, sendo a de criar o rodízio dos ocupantes do poder, tem como tarefa preservar a sociedade contra os riscos da tirania;
- d) o modelo político baseia-se no mercado econômico fundado no pressuposto da soberania do consumidor e da demanda que, na qualidade de maximizador racional de ganhos, faz com que o sistema político produza distribuição ótima de bens políticos;
- e) a natureza instável e consumidora dos sujeitos políticos obriga a existência de um aparato governamental capaz de estabilizar as demandas da vontade política pela estabilização da “vontade geral”, através do aparelho do Estado, que reforça acordos, aplana conflitos e modera as aspirações. (CHAUÍ, 2007, p. 145).

Pelo visto, toda preocupação em submeter a vontade dos que decidem à “vontade geral” e, entre outros, preservar a sociedade contra os riscos da tirania, não coaduna, em nenhuma hipótese, com a defesa do entendimento de que regras preestabelecidas no entabulamento de *atos jurídicos perfeitos* possam ser alteradas pelo arbítrio de uma das partes, em desfavor daquela que se encontra no polo oposto, como sói acontecer quando nos encontramos diante de uma situação onde a *legítima expectativa de direito*, nos seus termos e condições, é modificada e, em razão disto, se verifica um prejuízo imposto a uma das partes da relação jurídica que foi anteriormente entabulada.

Retornando ao ponto central deste item, ou seja, identificar o Direito como instrumento do poder, cabe também registrar a opinião de Passos, quando preceitua:

Estamos, pois, diante de mais uma evidência - os homens se organizam para conviver, não simplesmente se ajuntam. Organizam-se para que haja mais racional, por conseguinte melhor atendimento de suas necessidades (aspecto positivo), mas, por igual, o fato de se organizarem leva à hierarquização de homens e interesses, institucionalizando-se a desigualdade (aspecto negativo) que reclama coordenação e submissão de vontades, somente possível mediante a *institucionalização do poder político, donde ser impensável a organização sem a existência de um centro de poder*. (PASSOS, 2003, p. 45).

Ainda, no que diz respeito à definição de poder, conforme o ensinamento de Passos tem-se que:

É ele fenômeno presente em toda sociedade. Esqueçamos as muitas divergências existentes a respeito do que ele seja. Trabalharemos com o poder entendido como capacidade, para qualquer instância que seja (pessoal ou impessoal) de levar alguém (ou vários) a fazer (ou não fazer) o que, entregue a si mesmo, ele não faria necessariamente (ou faria talvez).

Se a sociedade é pressuposto essencial da condição humana, o poder, devemos também reconhecê-lo, é pressuposto essencial à sociedade.

Caso conviver seja um mal, será um mal necessário. O mesmo ocorre com o poder - se ele for um mal, é um mal inevitável. (PASSOS, 2003, p. 45).

O homem, vivendo em sociedade, institucionaliza o poder e também determina os diretos detentores deste, os quais, de um modo geral, na sociedade moderna, o exerce em razão de delegação popular e, por conseguinte, ditam o Direito.

Chauí ainda no ponto que intitula “A democracia como questão sociológica”, constante do seu livro “Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas”, analisando as propostas de McPherson¹¹⁹, aponta, como condições sociais da democracia, sob a concepção liberal, os seguintes postulados institucionais:

- 1) A legitimidade do poder é assegurada pelo fato de os dirigentes serem obtidos pela consulta popular periódica, onde a ênfase recai sobre a vontade majoritária. As condições aqui postuladas são, pois, a cidadania e a eleição.
- 2) A eleição pressupõe a competição entre posições diversas, sejam elas homens, grupos ou partidos. A condição aqui postulada é a existência de associações cuja forma privilegiada é o partido.
- 3) A competição pressupõe a publicidade das opiniões e liberdade de expressão. A condição aqui postulada é a existência da opinião pública como fator de criação da vontade geral.
- 4) A repetição da consulta em intervalos regulares visa proteger a minoria garantindo sua participação em assembleias onde se decidem as questões de interesse público, e visa proteger a maioria contra o risco de perpetuação de um grupo no poder. As condições aqui postuladas são a existência de divisões sociais (maioria/minoria) e de parlamentos.
- 5) A potência política é limitada pelo judiciário, que não só garante a integridade do cidadão face aos governantes, como ainda garante a integridade do sistema contra a tirania, submetendo o próprio poder à lei, isto é, à Constituição. As condições aqui postuladas são a existência do direito público e privado, a lei como defesa contra a tirania e, por conseguinte, a defesa da liberdade dos cidadãos. (CHAUÍ, 2007, p. 148).

Mais adiante, a autora ainda informa:

Ora, esse conjunto de critérios políticos e sociais configura a democracia como uma forma de vida social (cidadania, direito, eleições, partidos e associações, circulação das informações, divisão de grupos majoritários e minoritários, diversidade de

¹¹⁹ McPherson, C. B. *A democracia liberal*. Rio de Janeiro – Brasil, Zahar, 1978.

reivindicações etc.) que se manifesta apenas no processo eleitoral, na mobilidade do poder e, sobretudo, em seu caráter representativo. (CHAUÍ, 2007, p. 148).

Vale repetir “A potência política é limitada pelo judiciário, que não só garante a integridade do cidadão face aos governantes, como ainda garante a integridade do sistema contra a tirania, submetendo o próprio poder à lei, isto é, à Constituição.”

Como visto, sob a óptica das várias correntes doutrinárias, vislumbra-se a preocupação com mecanismos que possibilitem a vida do cidadão com garantias de integridade face aos atos governamentais.

Contudo, a assertiva de que o Direito funciona como instrumento de quem, por delegação soberana ou força econômica concentra o poder, encontra repercussão em várias situações no mundo moderno, pois, embora não formalmente determinadas como propiciadoras de injustas vantagens para os detentores do poder econômico ou do poder delegado, disposições legais e jurisprudenciais existem que, mesmo se analisadas sem maiores aprofundamentos, apresentam-se como instrumentos dirigidos para finalidades que não encontram ressonância com os justos anseios populares, a começar pela rotineira desconsideração da validade de *legítimas expectativas de direito* e até mesmo, em não raras situações, a desconsideração da validade do próprio *direito adquirido*.

A esse respeito, pode ser citada a matéria da imprensa portuguesa veiculada no Correio da Manhã¹²⁰, sob o título “Jogadores já têm benefícios fiscais”, que assim discorre:

A Constituição da República portuguesa (CRP), onde se define que "o imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades", vai contra os interesses dos futebolistas portugueses em receber os prémios de jogo pela sua participação no Mundial de futebol, ao serviço da selecção nacional, livres de impostos.

O acordo inicial previa a entrega de cinco milhões de euros (um milhão de contos), para distribuir por todos em caso de vitória no Campeonato do Mundo. Mas, 48 horas antes do último jogo, os jogadores quiseram que esse valor lhes fosse entregue líquido, o que evitaria o pagamento de um milhão de euros (um quinto do total) em impostos ao Estado.

Para que os jogadores recebam prémios de jogo basta uma simples decisão do Governo - um despacho conjunto assinado pelo ministro das Finanças e pelo governante com a tutela do Desporto. É isso que consta no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares - IRS e abrange todos os atletas de alta competição que obtenham “classificações relevantes em provas desportivas de elevado prestígio e nível competitivo”.

¹²⁰ MARINHA, Luís C. Jogadores já têm benefícios fiscais. Jornal português *Correio da Manhã*. em 17/06/2002. Disponível em: <www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/nacional/actualidade/jogadores-ja-tem-beneficios-fiscais>. Acesso em: 16 out. 2010.

Para que não restem dúvidas, o n° 5 do artigo 12° do Código do IRS a “delimitação negativa de incidência” (isenção) refere que essas provas desportivas são, “nomeadamente, Jogos Olímpicos, campeonatos do Mundo ou campeonatos da Europa”.

Mesmo que assim não fosse, ou seja, se não houvesse o reconhecimento governamental do esforço dos atletas portugueses no Oriente, a legislação prevê benefícios fiscais para aqueles que ocupam o seu quotidiano com profissões de desgaste rápido, a saber, os desportistas. Neste particular, e ao contrário do que sucede com o cidadão comum que pode ver os seus rendimentos tributados até 40 por cento, os futebolistas (e os restantes atletas abrangidos pela legislação) apenas pagarão 50 por cento dos valores fixados para o “regime geral”, ou seja, os seus rendimentos serão, no máximo, tributados a uma taxa de 20 por cento.

Na sequência do pedido de isenção fiscal, Paulo Portas, ministro de Estado e da Defesa, criticou na noite de sábado, em Santarém, o pedido dos jogadores da seleção nacional: "Num país com as pensões como as que existem em Portugal, com tanta gente doente, famílias em dificuldades, jovens sem emprego, a atenção deve ser para esses e não para as pessoas que têm salários, que não discuto, mas que obviamente se encontram entre as mais privilegiadas".

Paulo Portas disse ainda que "todos os portugueses têm de entender a situação financeira difícil do País", frisando que o esforço do Governo tem de ser "dirigido para as pessoas que pouco ou nada têm".

Embora pareça fugir ao espírito da CRP no que toca à igualdade dos cidadãos perante a administração fiscal, certo é que os atletas de alta competição têm benefícios fiscais relevantes, a que se juntam outros ligados à constituição de seguros integrados no capítulo das deduções. Mas há mais: perante o valor dos contratos assinados por alguns desportistas, a administração fiscal apenas receberia uma percentagem diminuta dessas verbas pois, para contornar o pagamento dos impostos, havia uma discrepância mais do que nítida entre as verbas publicitadas e aquelas que “passavam para o papel”. Com o intuito de evitar a repetição de casos notórios de evasão fiscal, o Governo optou por reduzir a carga fiscal que incide sobre os trabalhadores das chamadas profissões de desgaste rápido (que não incluem apenas os desportistas) abrindo ainda mais exceções para os atletas de alta competição.

No caso concreto dos futebolistas - tendo em atenção que a maior parte dos internacionais portugueses são não residentes, pelo que a tributação é feita de acordo com o sistema tributário do país em que residem - as medidas adoptadas terão dado os seus frutos, quando mais não seja no tocante à tributação dos salários, se bem que outras das suas fontes de rendimento (contratos publicitários, prémios de jogo, etc...) continuem, dentro do que a legislação portuguesa permite, a passar ao lado do fisco. (MARINHA, 2002).

Por outro lado, recentemente, a imprensa brasileira noticia, conforme artigo publicado no periódico “A Tarde” de 04/07/2010¹²¹, “Crise leva Portugal à era de incertezas”, o seguinte:

Portugueses se dividem entre os diagnósticos da crise vindos de dois mandatários: de um lado, o presidente Aníbal Cavaco Silva diz em público que a situação do país é insustentável; de outro, o primeiro-ministro José Sócrates assegura que há apenas dificuldades, como em todos os países europeus.

Entre o difícil e o insustentável, Portugal vive uma era de incertezas. São 600 mil desempregados - 10,6% da população ativa.

¹²¹ GIL, José. Crise leva Portugal à era de incertezas: Desemprego atinge 10,6% dos portugueses. *Jornal A Tarde* - Salvador-Brasil, p. B-6, 04 jul. 2010.

O plano de ajuste do governo prevê o aumento de impostos e um corte drástico dos gastos para reduzir o déficit. (Jornal A Tarde, 2010, p. B6).

No ordenamento brasileiro, também como exemplo de que as determinações de quem concentra o poder nem sempre atendem os anseios das camadas populares, podemos citar as Emendas Constitucionais registradas nos últimos anos, que atingem de forma direta, normas previdenciárias pertinentes a direitos dos servidores públicos, onde, conforme a professora Zélia Luiza Pierdoná¹²², entre outras informações, tem-se que:

As Emendas Constitucionais n. 20/1998¹²³ e n. 41/2003¹²⁴ introduziram profundas mudanças na previdência dos servidores públicos. A Emenda Constitucional n. 47/2005¹²⁵ amenizou as mudanças da Emenda Constitucional n. 41/2003.

¹²² PIERDONÁ, Zélia Luiza. A proteção previdenciária dos servidores públicos após as reformas constitucionais. *Revista Febrafite-Brasil*, edição n. 07, Ano II, encarte 01, Junho/2009.

¹²³ Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998 - Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 7º - ...

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;...

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;..."

"Art. 37 -

§ 10 - É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração."

"Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

§ 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

§ 7º - Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

§ 9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

§ 11 - Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15 - Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar."

"Art. 42 - ...

§ 1º - Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

§ 2º - Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, §§ 7º e 8º."

"Art. 73 - ...

§ 3º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40...."

"Art. 93 - ...

VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40;..."

"Art. 100 - ...

§ 3º - O disposto no "caput" deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado."

"Art. 114 - ...

§ 3º - Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir."

"Art. 142 - ...

§ 3º - ...

IX - aplica-se aos militares e a seus pensionistas o disposto no art. 40, §§ 7º e 8º;..."

"Art. 167 - ...

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, "a", e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. ..."

"Art. 194 - ...

Parágrafo único - ...

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados."

"Art. 195 - ...

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; ...

§ 8º - O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

§ 9º - As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra.

§ 10 - A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

§ 11 - É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, "a", e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar."

"Art. 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 1º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 2º - Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

§ 3º - Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 4º - É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

§ 5º - É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

§ 6º - A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

§ 7º - É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

§ 8º - Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 9º - Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

§ 10 - Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

§ 11 - Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei."

"Art. 202 - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º - A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º - As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º - É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º - Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º - A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º - A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação."

Art. 2º - A Constituição Federal, nas Disposições Constitucionais Gerais, é acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 248 - Os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no art. 37, XI.

Art. 249 - Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.

Art. 250 - Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo."

Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição Federal.

§ 2º - Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no "caput", em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente.

§ 3º - São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes,

assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Art. 5º - O disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos a partir da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo.

Art. 6º - As entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, sob pena de intervenção, sendo seus dirigentes e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.

Art. 7º - Os projetos das leis complementares previstas no art. 202 da Constituição Federal deverão ser apresentados ao Congresso Nacional no prazo máximo de noventa dias após a publicação desta Emenda.

~~Art. 8º - (Revogado pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003)~~

Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do "caput", e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério.

~~Art. 10 - (Revogado pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003)~~

Art. 11 - A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.

Art. 12 - Até que produzam efeitos as leis que irão dispor sobre as contribuições de que trata o art. 195 da Constituição Federal, são exigíveis as estabelecidas em lei, destinadas ao custeio da seguridade social e dos diversos regimes previdenciários.

Art. 13 - Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Art. 15 - Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda.

Art. 16 - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 17 - Revoga-se o inciso II do § 2º do art. 153 da Constituição Federal.

Brasília, 15 de dezembro de 1998

¹²⁴ Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003 - Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 37. ...

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

..." (NR)

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

...

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

...

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. ...

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X." (NR)

"Art. 42. ...

§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal." (NR)

"Art. 48. ...

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I." (NR)

"Art. 96. ...

II - ...

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

..." (NR)

"Art. 149.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

..." (NR)

"Art. 201. ...

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição." (NR)

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do caput terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput até 31 de dezembro de 2005;

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no caput, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 6º Às aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal. (Revogado pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005)

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 70, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 70, de 2012)

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo

art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Art. 9º Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Art. 10. Revogam-se o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, bem como os arts. 8º e 10 da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998.

Art. 11. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 19 de dezembro de 2003.

¹²⁵ Emenda Constitucional n. 47, de 5 de julho de 2005 - Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social.

Art. 1º Os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 37. ...

§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.

§ 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores." (NR)

"Art. 40. ...

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

....

§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante."

"Art. 195. ...

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

...

"Art. 201. ...

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

A Emenda Constitucional n. 20/1998 impôs a contributividade e a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Além disso, proibiu a contagem de tempo fictício; introduziu um limite mínimo de idade para a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição; e determinou a permanência mínima de 10 anos de serviço e 5 anos de cargo para as aposentadorias por tempo de serviço/contribuição e por idade. Também vedou a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes dos servidores que recebiam, antes da prisão, proventos superiores a determinado limite¹²⁶.

A EC n. 41/2003¹²⁷, por sua vez, terminou com a integralidade (última remuneração como base de cálculo das aposentadorias e pensões, tendo mantido apenas nas regras de transição) e com a paridade (reajuste dos benefícios de acordo com o reajuste da remuneração dos servidores em atividade); extinguiu definitivamente a aposentadoria proporcional¹²⁸, ao revogar o artigo 8º da Emenda Constitucional n. 20/1998¹²⁹;

...

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.

§ 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social."

Art. 2º Aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda.

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

Art. 4º Enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional n. 41, de 2003.

Art. 5º Revoga-se o parágrafo único do art. 6º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003.

Art. 6º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional n. 41, de 2003.

Brasília, em 5 de julho de 2005

¹²⁶ A partir de 1º de março de 2008 o limite é R\$ 710,08. Entendemos que o referido preceito não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico já que veda o acesso ao benefício e, com isso, viola o artigo 60, §4º, da CF.

¹²⁷ Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.

¹²⁸ A aposentadoria proporcional, antes da EC n. 20/1998, era devida aos 25 anos de contribuição, se servidora, e 30 anos, se servidor. A referida emenda garantiu a aposentadoria proporcional apenas aos servidores que tivessem ingressado no serviço público até a sua publicação (16/12/1998), tendo estabelecido, em seu artigo 8º, uma regra de transição, a qual previa uma idade mínima e um período adicional de tempo. Como a aposentadoria proporcional foi extinta definitivamente pela EC n.41/2003, apenas aqueles servidores que na data da publicação da mencionada emenda (31/12/2003) tinham completado o citado tempo, mais o adicional (pedágio) a que se refere a letra "b" do inciso I do §1º do artigo 8º da EC n. 20/1998 (40% do tempo que em 16/12/1998 faltava para 25 anos de contribuição, se mulher, e 30 anos, se homem) e a idade mínima no inciso I do artigo 8º da EC n.

permitiu a cobrança de contribuição dos aposentados e pensionistas, para os benefícios acima de determinado valor¹³⁰ e criou um redutor de 30% para as pensões, nos valores que superarem o limite do regime geral de previdência social.

20/1998 (53 anos de idade, se homem, e 48, se mulher) têm direito à aposentadoria proporcional, a qual poderá ser requerida a qualquer tempo. Sendo-lhes aplicada a legislação vigente quando da publicação da EC n. 41/2003, caso optem pela referida aposentadoria, ou seja, o valor de sua aposentadoria considerará o tempo de serviço existente no dia 31/12/2003, não sendo acrescido o tempo posterior.

¹²⁹ Art. 8º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o caput, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no parágrafo anterior, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação desta Emenda, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no caput, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que, após completar as exigências para aposentadoria estabelecidas no caput, permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, a, da Constituição Federal.

¹³⁰ A EC n. 41/2003 estabeleceu que, para os servidores da União, a contribuição incidiria sobre a parcela que superasse 60% do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (INSS), o qual a emenda em discussão fixou em R\$ 2.400,00, que atualmente está em R\$ 3.038,99. Já para os servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a contribuição incidiria sobre o que superasse 50% do limite retro referido. Entendemos que a diferença entre os valores de contribuição dos servidores da União e dos demais entes federativos não se justificava, uma vez que violava o princípio da isonomia, previsto no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal. Melhor seria se tivesse sido considerado o limite aplicado aos segurados filiados ao regime geral de previdência social (R\$ 3.038,99), haja vista a imunidade prevista no artigo 195, inciso II, da CF. Em nosso artigo “as questões tributárias da reforma da previdência dos servidores públicos - EC n. 41/03” publicado no Repertório de Jurisprudência IOB - 1ª quinzena de junho de 2004, n. 11, defendemos a constitucionalidade da contribuição dos aposentados e pensionistas sobre os valores que excedam ao limite fixado pelo regime geral. Essa diferença foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no que se refere à diferença entre os valores fixados para os servidores da União e dos demais entes federativos, como à diferença entre os mencionados valores e o limite do regime geral de previdência social citado, o qual é aplicado aos servidores que ainda estão em atividade e aqueles que ingressaram no serviço público depois de 31/12/2003. O STF (na ADIN 3099/DF, Rel. Min. Ellen Gracie) decidiu que a contribuição é constitucional. Entretanto, a incidência é devida apenas nos valores que suprem o limite do regime geral de previdência social (atualmente 3.038,99).

A Emenda Constitucional n. 41/2003 tinha garantido o reajuste paritário (mesmo reajuste concedido aos servidores em atividade) apenas aos servidores que já estavam aposentados quando da publicação da referida emenda (31/12/2003) e àqueles que já tinham o direito adquirido à aposentadoria (tinham preenchido todos os requisitos para sua concessão). (PIERDONÁ, 2009, p. 5-6).

Tais mudanças atingiram servidores públicos que ingressaram na atividade bem antes da publicação das citadas Emendas Constitucionais.

Este trabalho não tem como meta principal, ou inevitável e de individualizada dependência, as questões ligadas às mudanças no sistema previdenciário brasileiro. Entretanto, tais reformas atingiram *legítimas expectativas de direito* referentes às regras para a aposentadoria de milhões de servidores públicos no Brasil, pois foi introduzido limite mínimo de idade para aquisição de tal benefício por tempo de serviço; foram extintos os índices diferenciados para contagem de tempo laboral em razão do exercício de determinadas funções; deixou de existir a possibilidade da aposentadoria proporcional; foi fragilizado o direito no que diz respeito aos proventos na aposentadoria de serem revistos na mesma proporção e na mesma data de modificação da remuneração dos servidores em atividade, inclusive quanto aos benefícios e vantagens posteriormente concedidos; foi fragilizado o direito de aposentadoria com os proventos na sua integralidade e, entre outras medidas, foi implantado redutor de trinta por cento para os valores de pensões superiores ao limite do regime geral de previdência social.

Quem já contava com quinze, vinte, vinte e cinco anos ou mais de serviço público passa a ser regido com base em um novo regramento que, sem lhe permitir defesa, retira-lhe a justa esperança de, no futuro, poder gozar de benefícios previdenciários nos moldes que durante décadas, com fulcro no ordenamento jurídico, acreditou ter direito. Como se não bastasse, passa a amargar a perversa expectativa de, mesmo depois de aposentado, continuar a contribuir para um sistema que não mais lhe permitirá um novo benefício da mesma natureza.

As justificativas para tais medidas são do tipo: enquanto o sistema privado cobre mais de oitenta por cento das despesas com pagamento de benefícios, o sistema que serve aos servidores públicos cobre em média apenas trinta por cento; quem requer mudanças são os brasileiros que não têm moradia ou o que comer; não é justo que nossos filhos e netos recebam como herança as despesas referentes às nossas aposentadorias, e assim por diante.

Buscando-se uma impiedosa equivalência matemática entre o que se contribui e o custo que no futuro os aposentados representarão para o Estado, fala-se, nestas situações, de frios cálculos atuariais¹³¹, como se a seguridade social, conceito que apresenta, entre outros, a previdência social na condição de elemento do conjunto, fosse um insensível jogo de números que não leva em consideração os ditames constitucionais das várias nações, quanto à necessidade de participação de toda a sociedade para o amparo daqueles que depois de muito terem contribuído para a mesma sociedade agora carecem da contribuição dos mais jovens, a exemplo do que ditam os artigos 194 e 195 da Constituição Federal do Brasil¹³² e, dentre outros, os artigos 63º e 72º da Constituição da República de Portugal¹³³.

¹³¹ Cálculo atuarial. O cálculo atuarial é a ciência que utiliza técnicas matemáticas e estatísticas de maneira a determinar o risco e retorno nos segmentos de seguros e financeiros. Fundamentalmente o cálculo atuarial busca, por meio do conhecimento histórico, de distribuições estatísticas e hipóteses, formar o valor presente (valor atual) de um conjunto de fluxos de caixa (obrigações a pagar ou a receber em uma ou várias datas) no futuro. Muito embora o cálculo atuarial compreenda potencialmente tudo o que o cálculo financeiro abrange, a utilização com a qual o cálculo atuarial geralmente se identifica, é o cálculo das responsabilidades dos fundos de pensões e Regimes Próprios de Previdência.

Disponível em: < <http://www.creditoemercado.com.br/blogconsultoriaeminvestimentos/?p=1035> >. Acesso em: 13 jul. 2014.

¹³² Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

Os servidores públicos e os aposentados são, no mínimo, de forma reflexa, injustamente responsabilizados pelas mazelas das nações, enquanto, por outro lado, se

§ 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (Vide Medida Provisória nº 526, de 2011) (Vide Lei nº 12.453, de 2011)

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

¹³³ Constituição da República portuguesa.

Artigo 63.º (Segurança social e solidariedade)

1. Todos têm direito à segurança social.

2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários.

3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado.

5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º.

Artigo 72.º (Terceira idade)

1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social.

2. A política de terceira idade engloba medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade.

registra, por exemplo, que os dirigentes da maior empresa brasileira, a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, figuram nas páginas dos jornais como envolvidos em perdas de mais de oitenta e oito bilhões de reais, cerca de quase vinte e oito bilhões de dólares, em razão das perdas com a corrupção ligada à denominada “operação Lava Jato”¹³⁴.

Além disso, não se consegue camuflar a extrema concentração de rendas e, entre outras situações não menos drásticas, a falta de medidas para uma melhor cobrança e distribuição dos recursos coletivos públicos, tomando-se como exemplo o que também ocorre no Brasil, quando se registra a inexistência da cobrança de imposto, de forma devidamente diferenciada, sobre as grandes fortunas o que, embora com previsão constitucional, conforme preceituado no artigo 153, *caput* mais inciso VII¹³⁵ da Carta Magna brasileira deste de 1988,

¹³⁴ Operação Lava Jato. Com início em um posto de gasolina – de onde surgiu seu nome -, a Operação Lava Jato, deflagrada em março de 2014, investiga um grande esquema de lavagem e desvio de dinheiro envolvendo a Petrobras, grandes empreiteiras do país e políticos.(www1.folha.uol.com.br/.../2014/.../1548049).

¹³⁵ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

§ 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

§ 2º - O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

§ 3º - O imposto previsto no inciso IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;

II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.

IV - terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput*: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Regulamento)

§ 5º - O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;

II - setenta por cento para o Município de origem.

até o presente momento não foi editado o instrumento regulamentador e, por conseguinte, o imposto não pode ser exigido.

Não estamos a advogar pela impossibilidade de se buscar e aplicar os procedimentos necessários para o combate aos desvios, contudo, também não vemos como identificador de um verdadeiro Estado Democrático de Direito a utilização de expedientes que, negando o respeito às *legítimas expectativas de direitos*, mantenham as camadas populares e médias da sociedade em constante estado de angústia.

A este respeito, ainda vale observar as palavras do professor Rafael Da Cás Maffini, quando afirma:

Dessa forma, vem se demonstrando cada vez mais perceptível que a maior parte dos instrumentos que, sob a égide de uma noção mais estável de Estado e de Direito, foram criados para a preservação da *segurança jurídica*, não mais se mostra totalmente eficaz ao mister de garantir a previsibilidade e a estabilidade das ações estatais.

À guisa de exemplificação, menciona-se o tradicional conceito de *direito adquirido*, o qual, a par das várias extensões e profundidades interpretativas, não é suficiente para a proteção de tudo o quanto se afigura legitimamente expectado por parte do Estado.

Saindo da abstração das considerações preliminares aqui vertidas para alguns exemplos concretos, as recentes - e inúmeras - alterações constitucionais revelam-se prodigiosas na demonstração de como os clássicos instrumentos de concreção da *segurança jurídica* proporcionam, em verdade, pouca previsibilidade e estabilidade das relações para com o Estado. (MAFFINI, 2005, p. 14).

Continuando, o citado professor informa que um dos exemplos:

... diz respeito às últimas revisões das normas constitucionais pertinentes ao regime próprio de previdência dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, alterou o disposto no artigo 40, da Constituição Federal para, pela primeira vez, erigir à condição de requisitos constitucionais limites etários e de tempo de contribuição mínimos para a aposentadoria voluntária com proventos integrais. Para não frustrar as expectativas daqueles que durante muitos anos encontravam-se inscritos num regime previdenciário carente de tais limites etários e de contribuição, estabeleceu-se - e isso merece elogios - regra transitória (artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98) pela qual a idade mínima que passou a ser exigida (60 anos para homens e 55 para mulheres) seria reduzida para os que já eram, na promulgação da Emenda Constitucional nº 20, servidores públicos (53 anos para homens e 48 para mulheres), mediante um acréscimo de tempo de contribuição para além daquele que passou a ser exigido (35 anos para homens e 30 para mulheres), acréscimo este que restou conhecido como “regra do pedágio”. Pois bem, tal regra transitória gerou a expectativa - obviamente legítima - de um grande número de servidores públicos, os quais, já tendo sido “atingidos” pela Emenda Constitucional nº 20/98, passaram a ter a certeza de que iriam se aposentar com proventos integrais, desde que implementassem condições que, de resto, seriam mais brandas do que aquelas

aplicáveis aos servidores que ingressassem em seus cargos efetivos após tal alteração.

Ocorre que a regra transitória referida (artigo 8º da EC 20/98) foi revogada por uma outra regra transitória (artigo 2º, agora da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003), para os fins de, preservadas as condições especiais para a aposentadoria, instituir uma redução dos proventos integrais a que os servidores fariam jus segundo a regra transitória revogada¹². Mesmo que intuitivamente, embora não se pudesse falar tecnicamente em direito adquirido, houve uma flagrante agressão à *segurança jurídica*, a qual, por seu turno, restou mitigada - não fulminada - pela superveniência da Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005. (MAFFINI, 2005, p. 14-16).

De forma bastante produtiva, a citação retro mencionada resume os aspectos que levantamos nos últimos parágrafos. Entretanto, fazemos uma breve ressalva quanto as indicações de mérito para a denominada regra transitória, pois, esta que, em alguns casos, considerando a extinção do direito à aposentadoria proporcional juntamente com a edição de nova Emenda Constitucional, implicou, em determinadas situações, em uma inesperada obrigatoriedade de dez ou mais anos de trabalho para o servidor que já se encontrava próximo a poder requerer a aposentadoria proporcional.

Vale, a título de exemplificação da fragilidade que atinge o cidadão, observar que, no Brasil, como nos demais países, de um modo geral, o servidor público convive com restrições que caracterizam sua vida profissional, em determinados aspectos, como um verdadeiro voto para o sacerdócio. Não pode o mesmo desenvolver outras atividades remuneradas, senão aquelas restritamente especificadas na lei, não tem a seu favor recolhimento pela fonte pagadora do denominado Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, recolhe para seu sistema previdenciário pelo total da sua remuneração até o limite constitucional, não pode participar de leilões nos limites do território onde desenvolve suas atividades, entre outras condicionantes.

Por outro lado, o indivíduo opta pelo exercício da função pública, não só pela sua identidade com o referido ofício, mas também pelas prerrogativas próprias da função, entre elas a possibilidade da sua aposentadoria, depois de determinado espaço de tempo de trabalho e pagamento para seu sistema de seguridade social, com vencimentos no limite determinado pela sua contribuição previdenciária mensal a qual, como referido, tem como patamar o recebimento salarial total, situação que, em linhas gerais, assim se configurava até o evento das citadas Emendas Constitucionais que, entre outras modificações, instituíram novo fator a ser observado para a concessão do referido benefício, que é a exigência de idade mais avançada para que o mesmo possa se efetivar.

Tal acréscimo veio a protelar o almejado direito de milhares de servidores que se encontravam próximos ao gozo deste benefício.

Foram apresentadas situações em que quatro ou cinco meses se transformaram em dez ou doze anos de espera, mesmo registrando-se mais de trinta anos de contribuição para o seu respectivo sistema previdenciário.

Como sempre, vale observar que não estamos a advogar em favor do adiantamento do direito ainda não existente, pois, durante o itinerário para aquisição do mesmo, o *direito adquirido* para tal situação ainda não se verifica, mas o que insistimos em defender é o direito das partes de ter a garantia do combate à arbitrária mudança das regras que impõem dificuldades ou modificações anteriormente não previstas para o atingimento do direito pretendido, sob a alegação de que, enquanto mera *expectativa de direito*, não há de se cogitar respeito aos termos e condições acordados, ou melhor, a depender da situação, aos termos e condições legalmente impostos e aceitos pelas partes.

Semelhante acontecimento ocorre na França, quando o Senado daquele país aprova plano do Presidente Nicolas Sarkozy de reforma da previdência, que prevê o aumento da idade de aposentadoria de 60 para 62 anos. A aprovação se deu com 177 votos favoráveis e 153 votos contrários no Senado.

A imprensa, de um modo geral, considerou tal reforma como indiscutivelmente impopular, haja vista que o citado projeto provocou uma ampla onda de protestos no país.

Cabe registrar que quando nos referimos à Previdência Social, qualquer que seja o regime, estamos a falar de direitos que foram alicerçados ao longo do tempo não sendo cabível, a desconstrução ou mesmo redução de tais direitos da forma como vem se registrando.

O professor Fábio Zambitte Ibrahim na sua matéria “A previdência social e a garantia dos direitos humanos - evolução internacional e aplicações no contexto brasileiro” constante do compêndio intitulado “Direitos Humanos e Formação Jurídica”, a esse respeito assim expõe:

Como se sabe, os direitos humanos não são preexistentes, mas sim construídos pela sociedade.

Ao longo dos anos, novas conquistas vão se agregando ao rol de garantias, tendo sido as últimas voltadas justamente para a redução das desigualdades, relacionadas ao tema da fraternidade, usualmente chamadas de terceira geração.

A previdência social é tradicionalmente fixada como um direito humano de segunda geração ou dimensão, devido à proteção individual que proporciona aos beneficiários, atendendo a condições mínimas de dignidade. Não obstante, os riscos sociais são um problema de toda a sociedade e não somente do particular. Isso já é um indicativo da

precariedade desta classificação. Ademais, para os que admitem a divisão entre gerações ou dimensões, a seguridade social, com seu espectro mais amplo de ações, com viés claramente solidarista, somente poderia muito bem ser enquadrada como direito de terceira geração. (IBRAHIM, 2010, p. 167).

Desta forma, como sempre, cabe afirmar que a mudança praticada de forma unilateral pelo detentor do poder, seja este poder resultante da delegação social ou da condição econômica, necessariamente, implica na demonstração de desrespeito aos mais basilares princípios de Direito, ensejando, não raras vezes, e cada vez mais, situações como a registrada na imprensa espanhola¹³⁶ conforme transcrito a seguir:

La distancia entre los dirigentes europeos y los ciudadanos aumenta cada día. Las recetas de austeridad y las divergencias entre países han acentuado un divorcio entre gobernantes y gobernados que puede quedar de manifiesto en las próximas elecciones europeas de 2014.

Ante la falta de propuestas ilusionantes, es a los ciudadanos a quienes les corresponde la labor de repensar la Europa que quieren.

Le Nouvel Observateur, en colaboración con EL PAÍS y otros medios europeos, pone en marcha una encuesta para preguntar a los ciudadanos cómo debería ser Europa. Las propuestas serán incorporadas a las jornadas que organiza el medio francés del 10 al 12 de octubre en Bruselas. (Cuéntanos tu idea para mejorar Europa. Jornal *El Pais*, Internacional).

Na continuidade dessas questionáveis medidas, isto é, atos oriundos dos órgãos de representação popular e que não atendem aos anseios dos representados, é interessante trazer à baila as discussões que foram registradas na comunidade brasileira a respeito do pagamento do instituto denominado precatório.

Precatório representa uma requisição de pagamento de determinada quantia a que a Fazenda Pública¹³⁷ foi condenada em processo judicial, para valores acima de um quantum específico.

Após definitivamente julgada, não cabendo mais recursos, a lide entra na etapa de execução¹³⁸. No final desse processo, é enviado pelo judiciário ofício ao pertinente Tribunal de Justiça para requisição de pagamento que leva o nome de precatório.

¹³⁶ Disponível em:

<<http://internacional.elpais.com/internacional/2013/09/30/actualidad...>>. Acesso em: 15 out. 2013.

¹³⁷ Fazenda Pública. É denominação genérica a qualquer espécie de *fazenda*, atribuída às pessoas de Direito Público. Nela, assim, se computam as Fazendas Federal, Estadual e Municipal.

E, desta forma, Fazenda Pública é sempre tomada, em amplo sentido, significando toda soma de o interesse de ordem patrimonial da União, dos Estados federados ou dos Municípios, pois que, sem distinção, todas se compreendem na expressão. SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico/ Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho-Rio de Janeiro, 2003. p. 604.

O periódico brasileiro, O Estadão de São Paulo, em 20/04/2009, sob o título “Avança a PEC do Calote”¹³⁹, assim discorre:

Pressionados por governadores e prefeitos, deputados federais preparam-se para sacramentar um assalto a milhares de credores dos Municípios e dos Estados.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 12/2006, também conhecida como PEC do Calote, foi aprovada no Senado e já chegou à Câmara dos Deputados, onde foi encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça (Código Civil).

Se for convertida em lei, os governos estaduais poderão destinar ao pagamento de precatórios - débitos já confirmados pela Justiça - apenas 2% de sua receita corrente líquida. Para as prefeituras, a obrigação não passará de 1,58%.

Como consequência, pessoas desapropriadas poderão levar décadas para receber a compensação, apesar de terem seu direito reconhecido por um tribunal, e muitas delas provavelmente não viverão o bastante para ver esse dinheiro.

"Alongar o pagamento e limitar o orçamento para precatórios tira o poder do Judiciário de decidir. É uma afronta à Justiça e às decisões já transitadas em julgado", disse recentemente o presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Cláudio José Montesso.

Se a PEC 12 for aprovada tal como está, o Estado do Espírito Santo levará mais de 100 anos para pagar a dívida atual, segundo o presidente da Anamatra.

De acordo com estimativa divulgada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a dívida de precatórios da União, dos Estados e dos Municípios deve estar em torno de R\$ 100 bilhões.

A dívida do Estado de São Paulo tem sido estimada em torno de R\$ 18 bilhões.

Aprovada no Senado em 1º de abril, a PEC foi recebida na Câmara oficialmente no dia 14. No dia seguinte já foi nomeado o relator do projeto na Código Civil, deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ).

A rapidez no encaminhamento da matéria é compatível com a pressa de governadores e prefeitos, pressionados por ações de bloqueio de verbas para pagamento de precatórios.

O calote é velho, porque as dívidas se acumularam durante décadas tanto nas prefeituras quanto nos governos estaduais.

Prefeitos e governadores desapropriaram imóveis para a execução de obras e não se preocuparam com o pagamento aos proprietários.

O assunto foi regulado pelos constituintes de 1988, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Emendas Constitucionais em 2000 e 2002 trataram novamente do assunto, assim como Resoluções da Justiça Federal.

Nenhuma dessas medidas, apesar da previsão de parcelamentos, impediu a acumulação de precatórios, nos anos seguintes, nem levou os governos estaduais e municipais a tratar com respeito às decisões judiciais.

A pressão dos credores aumentou ultimamente, com vários bloqueios de receita obtidos na Justiça contra governos municipais e estaduais. Daí a ansiedade demonstrada por governadores e prefeitos.

¹³⁸ Etapa de Execução. É a etapa do provimento jurisdicional eminentemente satisfativa do direito do credor, decorrente da inevitabilidade da jurisdição. Visa, através de atos coativos incidentes sobre o patrimônio ou, por vezes, sobre a própria pessoa do devedor, um resultado equivalente ao do adimplemento da obrigação que se deveria ter realizado. Tem cabimento sempre que o credor esteja munido de um título executivo, o qual pode ser uma sentença de cunho condenatório (judicial) ou documentos que tragam consigo presunção legal de liquidez e certeza da obrigação inadimplida (extrajudicial). Ressalte-se que somente a parte munida de título executivo pode apresentar-se em juízo como credor da outra e fazer uso da execução. BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Coleção sinopses jurídicas; v. 11), p. 52.

¹³⁹ Avança a PEC do Calote. Jornal *O Estadão*. São Paulo – Brasil, publicada em 20 de abr. 2009. Disponível em:

<http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090420/not_imp357595,0.php>. Acesso em: 4 jul. 2010.

A aprovação da PEC do Calote iniciará uma nova era de completa irresponsabilidade fiscal no País, comentou na sexta-feira o vice-presidente do Conselho Federal da OAB, o tributarista Vladimir Rossi Lourenço.

Estados e Municípios poderão promover desapropriações, contratar obras públicas e não honrar os compromissos, exatamente por antever que os valores não pagos poderão ser transformados em precatórios judiciais e, dessa forma, não ser pagos nunca", afirmou.

A PEC estabelece também a possibilidade de leilões de direitos. Quem quiser renunciar a uma parte de seus créditos poderá vendê-los com deságio a quem tiver meios de negociar compensações com a entidade devedora. Segundo o vice-presidente da OAB, essa possibilidade equivale a uma violação da coisa julgada.

A aprovação da PEC do Calote poderá inaugurar, no entanto, algo pior que uma era de completa irresponsabilidade fiscal. Se o poder público puder desapropriar livremente, sem a obrigação de realizar o pagamento correspondente num prazo minimamente aceitável, os brasileiros passarão a conviver com o confisco legalizado. A experiência do confisco de fato já foi vivida por um enorme número de famílias. Propriedades adquiridas ou construídas com a poupança acumulada em décadas de trabalho e sacrifício foram simplesmente tomadas por Estados e Municípios. Mas até agora subsiste pelo menos a esperança, embora tênue, de algum ressarcimento. Com a PEC 12 nem isso restará. (AVANÇA..., 2009).

Infelizmente, o Projeto de Emenda Constitucional n. 12 foi, em 09 de dezembro de 2012, aprovado como Emenda Constitucional n. 62, a qual altera o art. 100 da Constituição Federal do Brasil¹⁴⁰ e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹⁴⁰ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de *Direito Público*, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de *Direito Público*, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

Considerando, a nosso ver, os aspectos principais, para análise do tema em apreciação, contidos na citada Emenda Constitucional n. 62, de 2 de dezembro de 2009, observamos o que registra pertinente parte do seu artigo 2º:

Emenda Constitucional n. 62

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 97:

“Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no Art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º 3º, 9º, 10, 11, 12, 13e 14 e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo:

I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo; ou

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitos, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

§ 2º Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, será:

I - para os Estados e para o Distrito Federal:

a) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, 2% (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida;

II - para Municípios:

a) de, no mínimo, 1% (um por cento), para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35 % (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida.

§ 3º Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata este artigo, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1º do art. 20 da Constituição Federal¹⁴¹, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 (onze) meses anteriores, excluídas as duplicidades, e deduzidas:

I - nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

II - nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no § 9º do art. 201 da Constituição Federal¹⁴².

Essa longa transcrição de parte do diploma legal retro citado, entre outros objetivos, tem a intenção de mostrar o quanto, sem o devido controle, pode a Administração agredir

¹⁴¹ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 20. São bens da União:

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

¹⁴² Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998) (...)

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

legítimos direitos do cidadão, pois, utilizando-se de um excesso de descompromisso, desapropria, desconsidera decisões judiciais e, de forma inacreditavelmente inconcebível, ainda pode se valer de um instrumento legal intencionalmente preparado para possibilitar a oficialização do direito de protelar o pagamento dos seus débitos, por um extenso e injusto espaço de tempo, não sendo demasiado observar que o teor do citado diploma legal não se encontra no nível de percepção da maioria das pessoas que possivelmente pode ser por ele alcançado.

Ainda cabe comentar que a agressão, nesse caso, não atingiu atos parcelares componentes de um itinerário dirigido para um determinado direito almejado, mas sim, agrediu a coisa julgada, não restando assim dúvida de que, em situações como estas, fica patente que o direito torna-se instrumento do injusto poder.

Entre outras reações a tais mudanças, registra-se uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 4.357), impetrada por seis entidades de classe, que pede a suspensão de eficácia da citada Emenda Constitucional.

Matéria veiculada na internet a respeito do assunto¹⁴³, informa o seguinte:

1. A Emenda Constitucional n. 62/09¹⁴⁴ alterou o artigo 100 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), tratando do regime de pagamento de precatórios. Para as entidades de classe, a emenda institucionalizou o calote oficial, ao instituir novo sistema de pagamento de precatórios com regras restritivas e inaceitáveis, principalmente ao limitar e vincular o orçamento dos entes federativos na fixação de percentuais destinados a solver outros débitos oriundos de condenações judiciais transitadas em julgado.
2. As autoras da ADI alegam que a emenda desconsiderou regras procedimentais que violam o devido processo legislativo, além de atentar contra a *dignidade da pessoa humana*, a separação dos Poderes, os princípios da igualdade e *segurança jurídica*, da proteção ao direito da propriedade, do ato jurídico perfeito/coisa julgada e da razoável duração do processo.
3. A ação foi ajuizada pelas seguintes entidades: Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário (ANSJ), Confederação Nacional dos Servidores Públicos (CNSP) e Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT). (AMB, 2010, p.1).

¹⁴³ PEC dos Precatórios: relator pede informações a Tribunais e Secretarias de Fazenda para analisar o mérito da ação. Disponível no site:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=&id_noticia=45096>. Fonte STF - Brasil. Acesso em: 06 jan. 2010.

¹⁴⁴ Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Enquanto, como registramos, os detentores do poder delegado legislam contra legítimos interesses sociais, para os mesmos são dispensados tratamentos que se encontram por demais distantes das condições vividas pela grande maioria das pessoas.

Como mais um exemplo do que neste momento afirmamos, nos valem das informações do jornalista Marcos Antônio quando no seu blog¹⁴⁵, na matéria intitulada “Reforma de apartamentos dos deputados já chega a R\$ 280 milhões”¹⁴⁶, comenta:

A reforma dos 432 apartamentos funcionais destinados aos deputados federais em Brasília vai custar pelo menos R\$ 280 milhões aos cofres públicos, segundo estimativas da Câmara o que equivale a R\$ 650 mil para cada imóvel. Até agora, a Casa gastou cerca de R\$ 108 milhões com os nove prédios que já passaram ou ainda estão sendo reformados. Na recauchutagem dos outros nove edifícios devem ser gastos mais R\$ 172 milhões valor que pode subir, porque será feito novo edital de licitação. Só em banheira de hidromassagem os gastos devem atingir R\$ 1,5 milhão. Cerca de 90 deputados estão na lista de espera por um apartamento. Os primeiros contratos de licitação para as reformas foram firmados em 2007. De lá para cá, seis prédios com 24 apartamentos cada um foram entregues depois de atrasos que, somados, extrapolaram em mais de três anos a data prevista para conclusão das obras. Entre os motivos da demora estão problemas com construtoras. (SERIDO, 2013).

Diante de situações como as retro apontadas não é plausível, por exemplo, entender cabível ser atribuído ao servidor público, não detentor do poder delegado, a culpa pelo rombo dos cofres do Estado para, desta forma, justificar a mudança das regras da aposentadoria, da estabilidade funcional ou da remuneração em detrimento das expectativas que tais profissionais detiveram durante longos anos da sua vida. E, por mais incrível que possa parecer, os novos e prejudiciais regramentos são erigidos justamente pelos que mais provocam prejuízos para o Estado.

Ainda com relação à aprovação ou, no mínimo, expectativa de aprovação de determinações legais que não vão ao encontro dos interesses coletivos, podemos citar, como exemplo, a Lei Federal brasileira nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005¹⁴⁷, que no seu artigo 83,

¹⁴⁵ Na Web, blog é o serviço que permite ao internauta criar e manter uma página em que as informações são apresentadas em ordem cronológica reversa (as mais recentes aparecem primeiro), tendo cada publicação sua data e hora de inserção, e também um espaço onde outros internautas podem incluir comentários associados. Inicialmente foi usado como diário, mas, com a popularização, tornou-se um meio para publicação de notícias, divulgação de ideias, etc. Dicionário Aurélio eletrônico.

¹⁴⁶ Disponível em:

<<http://marcosantonioserido.blogspot.com.br/2013/01/reforma-de-apartamentos-dos-deputados.html>>

¹⁴⁷ Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

conforme exposto pelo conteúdo do *caput*, mais incisos II e III¹⁴⁸ do citado artigo, classifica os créditos com garantia real¹⁴⁹ até o limite do valor do bem gravado em posição mais vantajosa que os créditos tributários¹⁵⁰, estes que têm cunho social de maior abrangência.

Destarte, registramos que, por exemplo, o credor hipotecário¹⁵¹, normalmente uma instituição financeira, tem preferência para receber suas quantias antes do adimplemento do devedor junto ao Estado no tocante, neste caso, a um crédito que deve ser destinado ao atendimento das necessidades coletivas públicas.

Entre tantos outros casos que expressam a utilização do Direito como instrumento para a consecução dos interesses, mesmo que não coletivos, dos detentores do poder, registra-se uma recente proposta de Emenda Constitucional Estadual para que o Governador do Estado da Bahia-Brasil possa, com apenas dois anos de mandato, aposentar-se, com remuneração equivalente a mais de vinte e cinco salários mínimos, sem contar com direito à secretária particular, segurança e demais infraestrutura, sob a expensas dos recursos públicos.

Sobre o assunto, citamos trecho da matéria veiculada na imprensa eletrônica¹⁵², em 14/10/2009, sob o título “PEC da Pensão Vitalícia é um despropósito” com o seguinte teor:

PEC da Pensão Vitalícia é um despropósito, afirma senador César Borges.
O senador César Borges, ex-governador da Bahia no período de 98 a 2002, declarou nesta quarta-feira (14) que considera um despropósito o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) para conceder pensão vitalícia a chefes do Executivo que tiverem concluído pelo menos dois anos de mandato.
“É um projeto sem fundamento, que onera o Estado e não traz benefício à população”.
O senador lembrou também que, em 2007, o plenário do Supremo Tribunal Federal

¹⁴⁸ Lei n. 11.101.

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III - créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

¹⁴⁹ Garantia real. É a que se funda no oferecimento ou entrega de um bem móvel, imóvel ou semovente, para que nele se cumpra a exigência ou execução da obrigação, quando não é cumprida ou paga pelo devedor.

A garantia real, pois, revela o ônus real sobre a coisa, pertencente ao devedor ou mesmo a estranho que intervém no contrato, em que se funda a dívida, como garantia do devedor.

Ocorre no penhor e na hipoteca. E se diz real, precisamente pela natureza da garantia, incidente sobre bens patrimoniais de alguém, não sobre o seu crédito ou fé pessoal.

A anticrese, igualmente, objetiva espécie de garantia real. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*-Rio de Janeiro - Brasil, 2003. p. 652.

¹⁵⁰ Crédito tributário. Quantia lançada pela autoridade administrativa em favor do fisco e decorrente da obrigação principal a que o contribuinte está sujeito. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 236.

¹⁵¹ Credor hipotecário. Assim se diz daquele que tem o seu crédito garantido por hipoteca é credor com privilégio sobre os bens dados em hipoteca. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro – Brasil: Forense, 2003. p. 398.

¹⁵² Disponível no site <http://www.teixeiranews.com.br/news/news.php?id=5453&sess=15>

(STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3853), ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), contra o ato da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul, que criou o subsídio mensal e vitalício em favor de ex-governadores daquele Estado.

‘Penso que não existe razão para insistir neste assunto. Eu, sinceramente, desconheço a que propósito pode servir este projeto’, afirmou o senador.

César Borges considerou estranho o surgimento desta proposta e questiona a relevância pública da ideia. (TEIXEIRA NEWS, 2009, p. 1).

Pelos exemplos retro citados, tanto na realidade europeia quanto na brasileira, resta evidente que tais disposições não são frutos dos anseios populares, pois ninguém em sã consciência admitiria que o jurisdicionado ocupante das camadas economicamente menos favorecidas da sociedade perpetraria mobilização com o objetivo de pagar maior percentual de imposto de renda do que os pagos pelos atletas de alta competição, nem, tampouco, entre outras situações, arquitetariam no sentido de registrar perdas no tocante aos seus direitos previdenciários. Logo, há de se concluir que, em situações como estas, quem dita o Direito são os detentores do poder econômico ou seus representantes.

Pior do que foi exposto no parágrafo anterior é registrar que quando os detentores do poder delegado ou econômico descumprem as normas por eles mesmos impostas, e tal desvio não é possível ser ocultado, estes valem-se de vários instrumentos judiciais para postergar, reduzir e, não raras vezes, aniquilar o direito do seu credor.

A este respeito trazemos a lume palavras do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia-Brasil, Antônio Pessoa Cardoso, em matéria intitulada “O Estado e a decisão judicial”, publicada no Jornal Tribuna da Bahia de 1º de abril de 2011, no trecho que apresenta o seguinte teor:

A ciência do Direito conferiu ao Poder Judiciário íntima ligação da sociedade com a Justiça, conferindo-lhe condições para resolver os conflitos.

Para tanto, o cidadão deve provocar o mecanismo judiciário sempre que houver eventual violação ao seu direito.

O acesso ao sistema, entretanto, implica em uma série de exigências que já penaliza a parte que foi afrontada. Necessita contratar um advogado, pagar custas, submeter-se a uma série de diligências até obter a decisão do juiz, denominada de sentença; mas a via crucis não para por aí, porquanto outra fase do processo se inicia com o chamamento de outro órgão, o Tribunal, para se manter ou reformar a sentença, por meio de uma decisão colegiada, que se chama de acórdão.

Após tudo isto, resta ao cidadão que foi importunado cobrar o que foi decidido pela sentença ou acórdão e aí se pode considerar um novo processo, a execução. (TRIBUNA DA BAHIA, 2011, p. 14).

Acontece que nem sempre esta é a fase final do processo, ou melhor, nem sempre a partir dessa decisão o ofendido tem o seu pleito atendido. Pode o devedor não mais possuir os meios necessários para tal recomposição do *status quo*. E, como já afirmado, sendo o devedor o próprio Estado a angústia torna-se mais enfática, haja vista as palavras finais, nesta matéria, do citado julgador:

A dificuldade ocorre quando o próprio Estado desobedece à determinação judicial. Esta dúvida ocorre, porque se sabe que muitos setores da Administração Pública, com muita frequência, violam preceitos constitucionais e a legislação comum.

O Estado-Juiz manifesta-se por meio de sentença, palavra final do juiz, ou de acórdão, palavra final do Tribunal.

O jurisdicionado acredita no sistema, desde o momento no qual contrata advogado para obter o que lhe foi injustamente retirado.

Interessante e incompreensível é que o Estado, criador da lei, é o maior responsável pelo uso, abuso e pelo descrédito do Judiciário.

As estatísticas mostram que o Estado, como um todo, está requerendo ou respondendo a 70/80% de todas as causas no Judiciário. Isto se deve ao fato de que o Estado é o maior cliente dos serviços judiciais, ocupando assim espaço que deveria ser destinado ao cidadão; além disto, ousa descumprir as decisões quando contrárias aos interesses do governante do momento.

E o pior é que o sistema não possui os mesmos elementos aptos a dobrar a vontade do agente político. Com efeito, o Estado, através de seus órgãos, é ente inanimado, sem inteligência, sem sentimento e que não sente, no bolso, os efeitos das penalidades aplicadas pelo descumprimento das decisões judiciais.

A Justiça encolhe quando os prepostos do Estado descumprem as determinações do Estado-Juiz. Quantos idosos, quantos doentes, quantos contribuintes, quantos concurseiros esperam o cumprimento de decisões judiciais para recebimento de valores em precatório, para internamento ou recebimento de medicamento em garantia do direito à vida, para continuar com sua atividade livre de perseguições ou para ocupar a função para a qual foi aprovado!

E o Estado Juiz o que faz? Através do juiz expede ofícios e mais ofícios para determinar o cumprimento da medida judicial que é descumprida e, quando muito, é executada depois de muitos contratempos e danos para o credor.

Os agentes políticos recorrem, sabendo que não terão êxito, atrasam de toda a forma para a finalização do processo.

Chega a um momento no qual o julgador simplesmente confessa-se impotente para solucionar o impasse ou, pior ainda, se enerva com reclamações da parte buscando efetivar a decisão judicial.

O resultado é que o jurisdicionado, que contratou e pagou honorário e custas judiciais, que buscou e acreditou na Justiça, que esperou e perdeu muito tempo com as diligências judiciais, se vê no mundo da amargura, pois ganhou, mas não levou.

A magistratura tem o dever de buscar alternativas para evitar o uso e abuso do "jus esperiandi" por parte do Estado simplesmente para não cumprir a decisão judicial. (TRIBUNA DA BAHIA, 2011, p. 14).

Cabe sempre salientar que as disposições do ordenamento quanto ao que seja *ato jurídico*, *ato jurídico perfeito*, *direito adquirido*, *expectativa de direito*, etc., como também os conceitos e determinações dos elementos que lhes consubstanciam surgem do que é oficialmente preceituado pelos detentores do poder social, não sendo justo, destarte, que, comportando-se o ser humano conforme tais disposições, no futuro, venha registrar agressões

aos seus direitos em virtude do desrespeito às normas originadas e ou reguladas pelo próprio poder estatal.

7.2.1 O poder dominante

Temos atribuído o desrespeito ao *direito adquirido*, à *coisa julgada* e, mais concretamente, às *legítimas expectativas de direito*, ao que constantemente denominamos de *poder dominante*. Sendo necessário, assim, definirmos, no âmbito deste trabalho, o que ou quem na realidade pode ser considerado poder dominante ou detentor do mesmo, isto é, quem determina as normas do direito e por consequência determina a ação da justiça.

Em uma breve análise formal, poderíamos de imediato desembocar no entendimento de que o detentor do poder é, em um Estado Democrático de Direito, o povo, haja vista, por exemplo, o artigo 1º da Constituição da República portuguesa que afirma: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Entendemos cabível, nesse momento, tecer breves comentários a respeito do que seja Constituição no sentido aqui requerido. Assim, informamos que o vocábulo em apreciação pode ser entendido como sendo o conjunto das normas que se encontram no pico da pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico de um país e, dessa forma, representam determinações de caráter supremo.

As normas constitucionais surgem como resultante da atividade, nesse sentido, de quem tem o poder de elaborá-las e modificá-las, sendo este poder denominado de poder constituinte, resta agora saber quem do mesmo é o titular. E, neste ponto, registamos o que comenta o professor Canotilho:

O problema do titular do poder constituinte só pode ter hoje uma resposta democrática. Povo, porém, não é um conceito unívoco, mas plurívoco (F. Müller). Só o povo entendido como um sujeito constituído por pessoas - mulheres e homens - pode “decidir” ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social. Poder constituinte significa, assim, *poder constituinte do povo*. (CANOTILHO, 2003, p. 75).

Ainda, conforme preleciona o professor Canotilho,

... o povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma “grandeza pluralista” (P. Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de “opiniões”, “vontades”, “correntes” ou “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituíntes e nos procedimentos constituíntes. (CANOTILHO, 2003, p. 75).

Continuando a pesquisa na busca de quem, pelo menos em termos formais, detém o poder soberano, observamos que a Constituição da República Federativa do Brasil, no parágrafo único de seu artigo 1º, preceitua: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Comentando tal disposição, Bulos assim discorre:

Todo poder emana do povo, no sentido de que o regime democrático é a pedra de toque da República Federativa do Brasil. Democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo e em benefício dele.

Assim, a emanção da *potestade* advém do povo, porque ele não pode apresentar-se na função de governo. Todavia, os seus escolhidos o representam, governando e tomando decisões em seu nome, como se estivessem em seu próprio lugar, exteriorizando a vontade geral.

O poder, contudo, é exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente. São os mandatários ou representantes eleitos do povo os incumbidos de exercer mandatos. Tais mandatos obrigam politicamente os eleitos a agir em benefício dos seus eleitores (do povo), defendendo teses, fórmulas e propostas que pregaram, razão pela qual foram escolhidos em eleição popular.

Todavia, a eficácia social desse preceito só logrará realização plena se estiver nos termos desta Constituição.

A exigência visa assegurar que os representantes eleitos, através da manifestação do seu voto, livre e soberano, tenham a sua atividade política condicionada às balizas constitucionais. Exorbitá-las ou renegá-las a segundo plano é olvidar a democracia, consagrando, apenas do ponto de vista retórico, a ampla discussão das campanhas eleitorais, onde, não raro, são exteriorizados os desejos, as angústias e as preocupações do eleitorado.

Noutro prisma, ao aduzir-se que os representantes eleitos o serão conforme os ditames constitucionais, quer-se dizer com isso que o povo não pode exercer a soberania alijando a constituição, sob pena de desencadear uma convulsão social. (BULOS, 2001, p. 51-52).

Entretanto, mesmo diante dos constantes e prejudiciais desvios praticados pelos representantes do poder popular, tal convulsão, registramos, não acontece, pelo menos, com a urgência necessária, devendo-se creditar tal acomodação social, entre outros fatores, ao que o professor Passos, assim define, referindo-se à realidade brasileira:

Sempre me pareceu uma das mais graves deficiências de nosso tempo seu desinteresse pela atividade política e sua má compreensão do que ela seja. De tal modo se dissociou a sociedade do Estado, o econômico do político e o individual do social que findamos por entender a atividade política como algo específico de um segmento da sociedade profissionalizado para isto.

Dispomos de químicos, arquitetos, médicos, juristas e também de políticos. Cada qual deles com suas funções específicas e devendo à sociedade bons serviços. Se alguma postura é equivocada e tem acarretado sérias perdas para a vida social é esta da compreensão mofina e profissionalizante da atividade política.

A desvalia do político entre nós, inclusive, foi particularmente acentuada nas últimas décadas. O autoritarismo militar, pérfida e intencionalmente, enquanto fazia política e só fazia isto, criminalizava a atuação política dos outros segmentos sociais e desqualificava a formação política dos brasileiros.

Ser político tornou-se quase sinônimo de marginalidade social e este foi o maior desserviço da ditadura militar, talvez mais perverso que o próprio interregno de insanidade da repressão pós-67.

A desqualificação do político leva à desqualificação do indivíduo como cidadão, acentuando no Direito sua face de pura dominação, antes que seu caráter de resultante da livre interação dos segmentos sociais por meio da ação de seus atores. Por força disso, faz-se predominante uma vontade perversa, atuando de cima para baixo, que obstrui os canais de participação e reprime as divergências, na insensata crença de que dominação não consentida, ou melhor dizendo, não pactuada, tem possibilidade de gerar duradouramente dividendos.

Foi essa apatia que produziu o paradoxo de termos uma Constituição poeticamente democrática, enquanto discurso sobre direitos, mas perversamente autoritária e corporativa quando cuida da estruturação e funcionamento do que ainda se denomina entre nós, de modo subliminarmente expressivo, de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. (PASSOS, 2003, p. 107).

As coisas assim acontecem, tudo indica, em atenção ao verdadeiramente chamado poder dominante que, no escopo desse trabalho, sem se olvidar da posição dos detentores do poder delegado, pode ser definido como, também, o que resulta da agremiação dos grandes empresários mundiais, tendo como principal instrumento de execução para suas aspirações os atos, neste contexto, denominados de *lobby*, os quais, no sentido patológico da expressão, representam, em geral, nas grandes decisões, influências na atuação dos poderes do Estado, não sendo quimérico afirmar que tais grupos formam de fato o que podemos denominar como sendo a elite dominante em razão do poder econômico.

Conforme Chauí, tem-se que:

A elite está no poder, acredita-se não só porque detém a propriedade dos meios de produção e o aparelho do Estado, mas porque tem *competência* para detê-los, isto é, porque detém o saber.

Se, enquanto “maior”, o dominante é representado como um senhor, enquanto detentor do saber tende a ser representado como “melhor”. Nessa medida, a expressão autoritarismo das elites, embora em si mesma seja redundante e evasiva, contudo nos ensina alguma coisa: deixa mais nítido o lugar por onde passa a representação da diferença entre cultura do povo e a do não – povo.

Essa diferença já é visível na fala do dominado, pois embora continue a estabelecer uma distinção cujo corte é dado pela separação entre pobres e ricos, entretanto é frequente ouvi-lo referir-se ao “rico” como aquele que tem “leitura”.

Essa representação é extremamente ambígua, como sempre acontece com as representações dominadas, pois indica consciência de uma exclusão e, ao mesmo tempo, a legitimação da diferença entre os membros da mesma sociedade, como se a representação que o dominante possui de si fosse reproduzida pelo dominado, mas não sem a percepção difusa de que sob a diferença esconde-se, pelo menos, a injustiça. Em geral, tendemos a considerar o autoritarismo através de seus signos mais visíveis: o uso da força, a repressão, a censura, a invasão. Contudo, há uma outra forma mais sutil de exercê-lo no mundo capitalista. Aqui é a ideia de racionalidade que comanda a legitimação da autoridade... autoritária. (CHAUI, 2007, p. 58-59).

Ainda mais adiante, de formas diversas, voltaremos a abordar outros aspectos que mostram a enfática injustiça que é não ser garantido ao administrado sequer a realização do que é ou foi estipulado pelo próprio poder ou pela elite dominante.

7.3 A JUSTIÇA COMO INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VINGANÇA

Até este ponto, já se torna claro que o indivíduo que vive em sociedade tem a sua liberdade de agir delimitada pelos parâmetros sociais, o que não queremos, em nenhuma hipótese, como já afirmado, censurar, pois, não há de se entender, desde antes até o atual estágio das civilizações, outra forma de convivência coletiva.

Chamamos atenção, entretanto, para o fato de que essas delimitações devem buscar, de modo cada vez mais enfático, a distribuição equitativa dos direitos e deveres, sejam os mesmos do Estado ou dos cidadãos, haja vista que nos desvios, porventura, cometidos pelo jurisdicionado, este sentirá os efeitos do *jus puniendi*¹⁵³ do Estado, que na condição almejada de legítimo representante da sociedade, utilizando-se dos seus órgãos de distribuição da justiça, ao infrator o aplicará.

No ponto anterior, mostramos que, na prática, não raras vezes, a elaboração das normas, nos aspectos mais importantes da vida em sociedade, busca atingir interesses não tão sociais e, neste ponto, informamos (sem querer adentrar de modo mais profundo nas

¹⁵³ *Jus puniendi*. Refere-se ao direito de punir, que manifesta no exercício da justiça penal o poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar a condições de existência e continuidade da organização social. Enciclopédia Saraiva do Direito/Coordenação do Professor Rubens Limongi França. Comissão de Redação. v. 47, São Paulo - Brasil: Saraiva, 1977, p. 272.

distinções entre o que seja norma, princípio e regra) com base na doutrina majoritária, que a norma é gênero que apresenta como espécies, princípios e regras.

Transcrevendo o que preceitua o administrativista Melo, temos:

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

É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELO, 2003, p. 817-818).

E, quanto às regras jurídicas, assim Alencar discorre:

Podemos considerar as regras jurídicas como um padrão de comportamento, um guia da vida social, que se impõe seja aos cidadãos, e, ao menos em tese, em benefício deles próprios, pois que viabilizariam a vida em sociedade; é como tal que devemos aceitá-las.

Essa aceitação é explicável, e se evidencia, de um ponto de vista pragmático, pela alusão à prática dos membros do grupo se a usarem como base de fundamentação de pretensões ou exercício de poderes. Ela é uma prática social. As regras, juntamente com os princípios (seriam as espécies), formam as normas jurídicas (gênero). (ALENCAR, 2006, p. 3).

Entretanto, no contexto deste item - A Justiça como Institucionalização da Vingança - e tendo as regras como instrumento da justiça, cabe-nos informar que Foucault, deste modo, explicita sua opinião sobre a questão:

É justamente a regra que permite que seja feita violência a violência e que uma outra dominação possa dobrar aqueles que dominam.

Em si mesmas as regras são vazias, violentas, não finalizadas; elas são feitas para servir a isto ou àquilo; elas podem ser burladas ao sabor da vontade de uns ou de outros.

O grande jogo da história será de quem se apoderar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que as utilizam, de quem se disfarçar para pervertê-las, utilizá-las ao inverso e voltá-las contra aqueles que as tinham imposto; de quem, se introduzindo no aparelho complexo, o fizer funcionar de tal modo que os dominadores encontrar-se-ão dominados por suas próprias regras. (FOUCAULT, 1976, p. 17).

Assim, pretendemos chamar atenção para os aspectos que mostram o papel da justiça como instrumento também de repressão às legítimas reações dos administrados, quando agredidos nos seus direitos, em razão dos efeitos de normatizações antissociais.

Como acontece com o vocábulo *Direito*, a palavra *Justiça* também apresenta vários sentidos. Pode representar o que está em conformidade com o Direito; pode significar a virtude de dar a cada um aquilo que é seu; ou ainda, entre outros sentidos, a faculdade de julgar segundo o direito de melhor consciência.

A titular de Direito Civil da Universidade Católica de São Paulo - Brasil, professora Diniz, informa que o vocábulo *Justiça* em sentido próprio é,

... a virtude da convivência humana, ou seja, de dar a cada um o que lhe é devido, segundo uma igualdade simples ou proporcional, exigindo, portanto, uma atitude de respeito para com os outros, dando-lhes aquilo a que tenham o direito de ter ou fazer. Daí as três notas essenciais da justiça em sentido estrito: a alteridade (ou pluralidade de pessoa); o devido (ou exigibilidade), e a igualdade (ou relação de conformidade quanto à quantidade) simples ou proporcional. (DINIZ, 1995, p. 365).

No texto elaborado pela pesquisadora MADJAROF¹⁵⁴, registramos que:

Para Kelsen¹⁵⁵, a justiça é como a felicidade social. Uma explicação que seria quase matemática se o sentido da palavra felicidade não fosse tão complexo quanto o de justiça. Desta maneira, deve-se, portanto, perquirir o sentido da palavra felicidade, pois, o que pode ser a felicidade de alguns, pode também, ser a infelicidade de muitos outros, o que torna o termo felicidade um tanto quanto subjetivo. Hans Kelsen afirma, ainda, que o conceito de felicidade deverá sofrer radical transformação para tornar-se uma categoria social: a felicidade da justiça. É que a felicidade individual deve transfigurar-se em satisfação das necessidades sociais. Como acontece no conceito de democracia, que deve significar o governo pela maioria e, se necessário, contra a minoria. (MADJAROF, 2010, p. 2).

Independentemente dos ensinamentos perpetrados por ilustres juristas, determinando as mais variadas formas de conceituar o que seja *Justiça*, nos direcionamos pelo entendimento de que a mesma, sob determinado enfoque, apresenta-se como instrumento de institucionalização da vingança.

Assim, adotando o raciocínio desenvolvido pelo doutorando pela Universidade Autónoma de Lisboa, Neto, reproduzimos, do projeto de pesquisa que apresenta o tema “A justiça como vingança institucionalizada: uma análise Nietzscheana”, trechos que registram os seguintes posicionamentos:

¹⁵⁴ MADJAROF, Rosana. *Justiça. Como Entendê-la?*, Mundo dos Filósofos. Disponível em <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/rosana5.htm>>. Acesso em: 29 set. 2006.

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. *O Que é Justiça?* Tradução Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo - Brasil: Martins Fontes, 1997.

A justiça aparece, no ponto de vista NIETZSCHIANO, como uma forma civilizada de “mascarar a vingança”, resquício de nosso passado primevo que ainda se encontra latente. Para tanto, o autor demonstra ao longo de sua obra (sempre em fragmentos isolados), as facetas da nossa justiça com um carácter diferente do que estamos acostumados a nos deparar. Mostra-nos assim, uma forma dura e realista de enxergar a justiça austera e ostentativa apresentada por nossos tribunais. (NETO, 2003, p. 6).

E, ainda, conforme a obra citada, temos que:

Sabemos que a justiça não existe *a priori*, mas faz parte de um conjunto de abstrações elaboradas pela sociedade num determinado momento histórico. Logo num primeiro instante, Nietzsche deixa claro que sua noção foi criada com um propósito específico, o de nos proteger das pessoas que possam nos atingir, invertendo este papel e atingindo estas através dos fortes aparelhos estatais criados, por meio de prisões e sofrimentos legalizados (Como bem demonstra Michel Foucault em “Vigiar e Punir”. (NETO, 2003, p. 7).

Utilizando-se da matéria intitulada “Injustiça na Justiça”¹⁵⁶ veiculada no jornal A Tarde, periódico de grande circulação no nordeste brasileiro, podemos exemplificar a sensação de impotência, descrédito e *insegurança jurídica* com que o cidadão comum convive, sobremaneira, quando das suas relações com aquele que deveria lhe propiciar bem-estar social. Vejamos o teor da citada matéria:

Há 28 anos esperando que a Justiça mande cumprir a sentença que ela própria deu, obrigando o Estado a pagar-lhe uma diferença salarial, Elísio Antônio Alves, 67 anos, auditor fiscal aposentado, diz ter razões de sobra para acreditar que a velha máxima de que ‘*a justiça tarda, mas não falha*’ é pura falácia. No caso dele, tardou e só falhou. ‘Quando entramos com a ação, éramos 16. De lá para cá, 14 já morreram. Parece que estão aguardando a extinção do grupo’. Diz Elísio, que já recorreu a todas as instâncias possíveis, inclusive o Conselho Nacional de Justiça. E nada. (VASCONCELOS, 2010).

Como visto, enquanto de um lado a justiça deve expressar igualdade entre os cidadãos, do outro se pode entender como sendo o elemento institucionalizado de repressão para conter a reação diante das desigualdades e até servir como instrumento de procrastinação dos legítimos direitos dos administrados, mesmo quando por ela reconhecidos, como é o caso da questão judicial relatada no final deste tópico.

¹⁵⁶ VASCONCELOS, Levi. Injustiça na justiça. Jornal A Tarde, Salvador-BA-Brasil, seção A2, 16 out. 2010.

7.4 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Em razão dos comentários que foram realizados até este estágio do nosso trabalho, pelos menos, de modo sucinto, entendemos necessário abordar aspectos referentes aos efeitos da globalização na esfera jurídica do indivíduo.

Registramos que o desequilíbrio social consequentemente gera insegurança para o cidadão desprovido do comando do poder, seja este econômico ou delegado em razão da organização estatal.

Vimos que o Direito no cotidiano, em realidade, demonstra ser um legitimado instrumento do detentor do poder e, entre outras questões, neste ponto, observamos que se soma, ainda, o fato de que o cidadão comum encontra-se cada vez mais distante da possibilidade de, pelo menos reflexamente, decidir sobre seus desígnios, haja vista que até mesmo a soberania dos Estados vem sofrendo mitigação em razão de diversos e modernos fatores, podendo ser citado, entre outros, os sentidos efeitos da chamada globalização.

Valendo-nos das informações contidas na Enciclopédia Livre – Portal de Geografia¹⁵⁷, asseveramos que:

A globalização é um dos processos de aprofundamento da integração econômica, social, cultural, política, que teria sido impulsionado pelo barateamento dos meios de transporte e comunicação dos países do mundo no final do século XX e início do século XXI. É um fenômeno gerado pela necessidade da dinâmica do capitalismo de formar uma aldeia global que permita maiores mercados para os países centrais (ditos desenvolvidos) cujos mercados internos já estão saturados.

O processo de Globalização diz respeito à forma como os países interagem e aproximam pessoas, ou seja, interliga o mundo, levando em consideração aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos.

Com isso, gerando a fase da expansão capitalista, onde é possível realizar transações financeiras, expandir seu negócio até então restrito ao seu mercado de atuação para mercados distantes e emergentes, sem necessariamente um investimento alto de capital financeiro, pois a comunicação no mundo globalizado permite tal expansão, porém, obtêm-se como consequência o aumento acirrado da concorrência.

A globalização é um fenômeno capitalista e complexo que começou na era dos descobrimentos e que se desenvolveu a partir da Revolução Industrial. Mas o seu conteúdo passou despercebido por muito tempo, e hoje muitos economistas analisam a globalização como resultado do pós Segunda Guerra Mundial, ou como resultado da Revolução Tecnológica. (Enciclopédia Livre – Portal de Geografia).

¹⁵⁷ Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Globaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 25 out. 2013.

Este processo, analisado sob o aspecto do assédio moral, é da seguinte forma comentado por Aguiar:

A globalização é o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista, com transformações estruturais e instabilidade conjuntural no universo organizacional, colocando a empresa frente a frente com novas condições de mercado, voltada para a competitividade – inovação tecnológica, maior produtividade, melhor qualidade, redução de custos, mais eficiência – e preocupada com a sobrevivência organizacional, precarização das condições de trabalho, instabilidade econômica, incertezas profissionais, desemprego, fim da estrutura formal e hierarquizada, início da estrutura flexível e menos hierarquizada, ágil e enxuta (NOGUEIRA *et al.*, 1999; PIRES, 2001; SANTOS, 2000).

Com a globalização e a mundialização do capital, as organizações ajustam-se à nova realidade social, privilegiando a gestão estratégica de reorganização do trabalho e buscando outras formas de administrar, voltadas para flexibilização da produção, produtividade e competitividade (LAFETÁ, 2001).

A necessidade de aumentar a produtividade e de apresentar produtos com qualidade exigem avanço tecnológico e a otimização do uso do potencial do empregado como ativador do processo do trabalho nas organizações, além da transferência de responsabilidade, autonomia de decisão, autocontrole e auto-regulação e aumento de cobranças para apresentar resultados (NOGUEIRA *et al.*, 1999).

Segundo Pires (2001, p. 41), o que se espera desse novo profissional globalizado “é que ele seja cada vez mais comprometido, envolvido, participante, multifuncional, flexível, criativo, analítico, cooperativo para desempenhar as novas necessidades do mercado e, principalmente, estar preparado para mudanças em sua carreira”. (AGUIAR, 2005, p. 69).

E, continuando suas ponderações no tocante aos efeitos da globalização nas relações de trabalho, Aguiar ainda registra:

Isto significa que o grau de exigência do fator humano é maior nesse momento de modificações organizacionais.

No balanço final, incumbe ao trabalhador a adaptação e a submissão à ordem do empregador ou de quem detém o poder, mesmo que o trabalho não o leve à sublimação e ao bem-estar, principalmente quando a competitividade é valorizada, perseguida e posta como o diferencial de cada organização.

O processo de reestruturação produtiva, alinhado às diretrizes da globalização como a racionalização técnica e organizacional, termina por constituir um cenário de desemprego estrutural, tendendo “a excluir do mercado formal de trabalho as pessoas que não acompanham o desenvolvimento tecnológico e as mudanças de mentalidade e de comportamento organizacional (NOGUEIRA *et al.*, 1999, p. 29).

As relações de trabalho são alteradas e essas transformações afetam negativamente a classe trabalhadora com o enxugamento das estruturas, a insegurança no emprego, a desilusão com as instituições, e aumento de exigências no perfil do empregado, empregos multifuncionais, o fim do emprego estável. (AGUIAR, 2005, p. 70).

A defesa que nesta obra perpetramos, em torno da *segurança jurídica* que deve ser dirigida para o cidadão, encontra motivação em fatores de épocas remotas, entretanto, hodiernamente, a massificação do indivíduo tem apresentado um vertiginoso crescimento.

Mais uma vez, reproduzindo informações contidas na matéria já citada da Enciclopédia Livre – Portal da Geografia, concordamos com as afirmações de que:

“A rigor, as sociedades do mundo estão em processo de globalização desde o início da História, mas o processo histórico a que se denomina Globalização é bem mais recente, datando (dependendo da conceituação e da interpretação) do colapso do bloco socialista e o consequente fim da Guerra Fria (entre 1989 e 1991), do refluxo capitalista com a estagnação econômica da URSS (a partir de 1975) ou ainda do próprio fim da Segunda Guerra Mundial.” (Enciclopédia Livre – Portal da Geografia).

Como se pode depreender de tudo que até neste ponto comentamos, a *segurança jurídica* dos cidadãos depende da conjugação de vários fatores e, diante dos diversos outros elementos que atentam contra os direitos privados, não se configura aceitável que nem mesmo o estipulado pelos detentores do poder seja mantido para fins de garantir os já escassos direitos dos administrados.

Para mostrar a pertinência do que ora afirmamos com o cotidiano, buscamos as informações contidas na matéria intitulada “Globalização, ontem e hoje”¹⁵⁸, onde se registra:

A expressão “globalização” tem sido utilizada mais recentemente num sentido marcadamente ideológico, no qual se assiste no mundo inteiro a um processo de integração econômica sob a égide do neoliberalismo, caracterizado pelo predomínio dos interesses financeiros, pela desregulamentação dos mercados, pelas privatizações das empresas estatais, e pelo abandono do Estado de bem-estar social. Esta é uma das razões dos críticos acusarem-na de ser responsável pela intensificação da exclusão social (com o aumento do número de pobres e de desempregados) e de provocar crises econômicas sucessivas, arruinando milhares de poupadores e de pequenos empreendimentos. (Globalização, ontem e hoje).

Tudo isso ocorrendo, em grande parte, por intermédio de sucessivas normatizações que são erigidas em atendimento aos interesses de grandes grupos sem que a significativa massa de cidadãos comuns tome consciência da *insegurança jurídica* que vive a sociedade, em razão do desrespeito a, pelo menos, relativa estabilidade de que os atos sociais deveriam se impregnar.

Reproduzindo informações constantes da matéria “Ato Jurídico Perfeito: Um estudo entre doutrinas e ordenamentos brasileiro e português quanto a sua eficácia face à Emenda

¹⁵⁸ Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/seculo/2002/10/10/001.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

Constitucional”, de nossa lavra, registramos, conforme comentário do escritor lusitano José Nunos Matos, que existe hoje em dia a tendência para identificar o processo de globalização da economia, com a suposta erosão do poder do Estado.

Curiosamente, essa visão é partilhada por grande parte dos círculos políticos e partidários, da direita à esquerda.

Boaventura Sousa Santos, acadêmico e apoiante confesso do Bloco de Esquerda, chega mesmo a afirmar que a resposta aos processos de exclusão social gerados pela globalização capitalista deve passar pela emergência do “Estado, novíssimo movimento social”.

Esse novo modelo estatal teria como principal função a coordenação de “um conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não estatais, nacionais e globais”. Em suma, um Estado que, tal como todos os outros, seja capaz de “orientar” a sociedade civil.

Analisando os direitos humanos sob a égide da globalização, o já citado professor e filósofo, Acílio Rocha, assim preleciona:

Se qualquer época é marcada historicamente por um eixo referencial, a nossa sê-lo-á por aquela percepção de que vivemos na “era global” - “o desenvolvimento e o tema mais significativo na vida contemporânea e na teoria social desde o colapso dos sistemas comunistas” (Albrow, 1996, p. 89). Globalização é um neologismo, que, no entanto, expressa um processo antigo, cuja origem remota se pode situar na expansão geográfica iniciada pelos descobrimentos, que, com o avanço posterior do capitalismo mercantilista e da sociedade industrial, deu lugar a uma cada vez mais extensa rede de intercâmbio de populações, bens e serviços, capitais, culturas; como tal, o processo acelerou-se ao longo das últimas três décadas com a difusão da tecnologia informática, o desmantelamento das barreiras comerciais e a expansão do poder econômico e político das empresas transnacionais (Ellwood, 2001, p. 12). Se o capitalismo agrário e o industrial eram de tipo produtivo, o atual capitalismo financeiro é especulativo; como tal, não gera ordem nem coesão social, não promove a estabilidade e a harmonia como à primeira vista poderia parecer; ao invés, desencadeia tensões e riscos, acarreta contradições e desintegração, alastra as mais tremendas desigualdades; se o capitalismo era estável e organizado na sua configuração keynesiana, a instabilidade que agora impera só admite ganhadores e perdedores. (ROCHA, 2010, p. 305).

Disso tudo se depreende que os sistemas constitucionais vêm sendo fortemente pressionados por diversas demandas impostas por um cenário internacional em rápida reconfiguração.

Corroborando com este entendimento, podemos ainda nos valer de outro ponto da

matéria do autor, imediatamente retro citado, onde se referindo à erosão do Estado-providência ou Estado de bem-estar social, desta forma preleciona:

A diminuição do papel do Estado (os governos estatais já não governam, só gerem, repete-se constantemente) e da sua política redistributiva faz-se em prol da inviolabilidade absoluta do direito à propriedade privada e do esvaziamento dos direitos sociais econômicos, que se torna mais flagrante em consequência da imposição de privatizações massivas dos serviços públicos e da rejeição de direitos cujo enfoque seja coletivo ou comunitário.

Na verdade, a desigualdade e pobreza fragilizam a incapacidade das pessoas em reclamar os seus direitos; é também pelo acesso a melhores padrões de vida que a pessoa adquire concomitantemente capacidades e poder. (ROCHA, 2010, p. 307).

Assim, como vimos, hodiernamente, o Estado se vê quase sempre impelido a proceder respostas de forma mais dinâmica e urgente às conclamações oriundas das mais diversas relações jurídicas, não sendo demais por isso afirmar que também a sua atividade legislativa torna-se mais produtora de normas que atingem de forma mais intensa o ser humano, cabendo assim observar que, justamente em razão disto, mecanismos têm que constantemente ser erigidos com o fito de proteger aquele que deve ser entendido como centro das atenções das decisões governamentais, o que, desta forma, não se registra quando os atos legais praticados pelo cidadão, para o atingimento do seu direito, não são reconhecidos pelo Estado.

Não se configura demasiado, nesta oportunidade, demonstrar que a falta de combate ao descompasso social pode continuar impondo ao mundo um desequilíbrio cada vez mais enfatizado.

Neste jaez, próximo a conclusão deste capítulo intitulado “O desequilíbrio social e a *insegurança jurídica*”, fazendo uma simples compilação dos temas nele contidos, podemos nos valer da matéria “Desequilíbrio social”¹⁵⁹ da autoria de Marcos Barbosa da Silva, quando o mesmo afirma:

Pode designar desigualdade social, miséria, injustiça, exploração social e econômica, marginalização social, entre outras significações.

De modo amplo, exclusão social pode ser encarada como um processo sócio histórico caracterizado pelo recalcamento de grupos sociais ou pessoas, em todas as instâncias da vida social, com profundo impacto na pessoa humana, em sua individualidade.

¹⁵⁹ Desequilíbrio social. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/sociologia/desequilibrio-social.htm>>. Acesso em: 28 dez. 2013.

O desenvolvimento tecnológico e o acesso à informação, num mundo cada vez mais globalizado, vêm fazendo uma transformação radical nos sistemas de desigualdade. E o conhecimento torna-se significativo para a estratificação social e a formação do processo de desigualdade.

A passagem da Sociedade Industrial para a Sociedade da Informação muda o foco das teorias sobre estrutura e estratificação social. Mudando todo o processo de desigualdade e de mobilidade social. Onde o conhecimento torna-se peça chave para o entendimento das diferenças sociais. O capital intelectual torna-se moeda corrente para a troca. Nesse foco a educação entra como peça fundamental para a mudança na estratificação social.

Na Sociedade Industrial o conhecimento técnico-prático era a principal porta de entrada e ascensão social. Na Sociedade da Informação o conhecimento teórico e geral substitui o conhecimento técnico-prático. O indivíduo deve ter a capacidade de decodificar e filtrar as informações que chegam continuamente.

A educação, como geradora e portadora da transmissão do conhecimento, se transforma na principal chave de mudança. Aumentando o tempo de escolaridade dos indivíduos. Tendo que mudar o seu foco de formação técnica e prática, para uma formação teórica, capaz de desenvolver no indivíduo o aprender a aprender. (SILVA, 2013).

Conquanto a matéria tenha se direcionado para a grande necessidade de educação para a sociedade, acrescentamos que esta educação deve apresentar um fundamento humano e sociológico de forma a não registrarmos a incredulidade de profissionais com boa qualificação curricular diante da premissa de que, em um Estado Democrático de Direito, não se configura como plausível a insegurança vivida pelos indivíduos diante da incerteza do respeito por parte do Estado das normas pelo mesmo impostas.

Mais adiante a matéria retro citada, entre outras afirmações, referindo-se ao Brasil, ainda esclarece:

De fato, o Brasil conseguiu um maior grau de industrialização, mas o subdesenvolvimento não acabou, pois esse processo gerou uma acumulação das riquezas nas mãos da minoria, o que não resolveu os problemas sociais, e muito menos acabou com a pobreza.

As desigualdades sócias são enormes, e os custos que a maioria da população tem de pagar são muito altos.

Com isso a concentração de renda tornou-se extremamente perceptível, bastando apenas conversar com as pessoas nas ruas para notá-la.

Do ponto de vista político esse processo só favoreceu alguns setores, e não levou em conta os reais problemas da população brasileira: moradia, educação, saúde, etc. A pobreza do povo brasileiro aumentou assustadoramente e a população pobre tornou-se mais miserável ainda. (SILVA, 2013).

Sabemos que situações que justificam análises diferenciadas não podem ser tratadas como objetos de considerações e julgamentos sob o prisma da estrita delimitação de conceitos cerceadores da aplicação de princípios como os da plausibilidade, da razoabilidade, etc.

Contudo, também acreditamos que apenas situações especialíssimas autorizam veredictos fortuitos, não devendo, destarte, a *insegurança jurídica* ser a tônica na vida do cidadão.

Como previsto no item referente às *observações complementares*, neste final de mais um capítulo composto do que denominamos temas orbitais, com o intuito de mantermos o leitor conectado com o alvo principal da tese, que tem a ver com a defesa da *legítima expectativa de direito como bem jurídico*, chamamos atenção para o fato de que, nesta obra e neste momento, não estamos a querer modificar as feições do quadro que retrata a conformação dos elementos: *poder, direito e indivíduo* na fotografia do contexto social; não estamos a questionar o Direito como ferramenta do poder; não pretendemos combater o fato de que a justiça se institucionaliza como objeto de vingança de quem detém o comando estatal ou econômico e, também, nesta obra e momento, não queremos nos arvorar na condição de instrumento para mudança dos efeitos erigidos pelo fenômeno da globalização.

Apenas, diante de tais circunstâncias, defendemos que, no mínimo, a normatização surgida desta combinação de fatores não deve, ainda, contar com mais um elemento de agressão aos legítimos interesses dos administrados, o que ocorre quando se registra a possibilidade de, mesmo assim, ser desrespeitado o preestabelecido pela Administração Pública ou pela parte estipulante das cláusulas em um contrato de adesão, isto é, no futuro, os termos e condições componentes de um conjunto de *atos jurídicos perfeitos* serem modificados em detrimento dos justos direitos da parte hipossuficiente.

8 FORMAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

Como, *ipsis litteris*, informado no subitem 2.3 – Observações complementares – e sob análise de pertinentes temas sociais e econômicos explanados no capítulo anterior, perseveramos na prática de, no decorrer das exposições de temas orbitais, sempre que possível, repetirmos as reflexões sobre a nuclear pretensão do nosso trabalho, para que o destinatário desta obra não corra o risco de desconectar-se do seu objetivo principal, que é justificar a necessidade de atribuímos à *legítima expectativa de direito* a condição de *bem jurídico* para auferirmos a garantia de imutabilidade dos termos e condições presentes na referida situação, mesmo até que tal procedimento, o da repetição, possa parecer, ao leitor menos atento, uma despicienda e enfadonha tarefa.

Assim, neste contexto, observamos que, como nos demais casos de comentários sobre pontos extra nucleares, a explanação ocorre com a finalidade de mostrar a conexão, sob variados aspectos, do tema proposto com os assuntos trazidos à baila nesta peça.

Na abordagem da tese com fulcro nas observações imediatamente anteriores informamos ainda que a Filosofia e o Direito representam forças mantenedoras e propulsoras da civilização e, em alguns momentos, pode não parecer tão óbvia as distinções entre tais áreas do conhecimento humano, entretanto, em outros, as funções são bastante distintas e definidas. Tomando de empréstimo as palavras do professor Paulo Ferreira da Cunha no seu artigo “Direito, Filosofia e Educação”¹⁶⁰, temos que:

Não se pode avançar um passo no conhecimento do verdadeiro Direito sem esbarrar com a necessidade de uma concepção de Homem e de natureza humana, de bem e de mal, de responsabilidade e de culpa, de liberdade, etc., etc. E como o Direito não se limita a refletir sobre esses problemas - na verdade, reflecte sobre eles ou na Filosofia do Direito e outras disciplinas jurídicas humanísticas e ainda nos momentos de política jurídica, e afins -, antes tem de decidir, encontrando formas normativas, comandos, de acordo com as ideias gerais que acolhe, bem se pode dizer que é uma filosofia prática.

A linguagem do Direito tem, tal como a filosófica, o dever de ser muito rigorosa, e tal como a Filosofia necessita de conceitos claros e uma malha teórica, uma gramática, muito coerente. Mas o Direito não pode ficar por aí: tem de decidir o que deve ser lei, tem de afirmar o que considere a melhor doutrina, tem de decidir os litígios com sentenças... O Direito não pode prescindir da Filosofia, mas não fica

¹⁶⁰ Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand11/pfc.htm>. Acesso em: 06 out. 2011.

pela teoria, concretiza-se na acção. É da sua própria natureza essa normatividade. (CUNHA, 2003).

Com base em tais ensinamentos é que, neste momento, ainda com vistas à garantia de imutabilidade dos termos e condições de um ato jurídico aos quais se atrela o direito a ser adquirido, entendemos como necessários os estudos ligados aos fatos jurídicos, assunto que apresenta sede no campo do Direito Civil, o qual, de acordo com o já citado professor José de Oliveira Ascensão, na seara da ciência jurídica, afirma:

Só o Direito Civil tem condições de realizar sem deturpação o estudo dos direitos humanos, para usar a fórmula genérica que se tornou habitual. E o faz, pelo prisma dos direitos de personalidade, pressupondo o ser em que se ancora a própria validade da ordem jurídica: a pessoa. (ASCENSÃO, 2010, p. 292).

O Direito Civil é um importante ramo do direito privado, haja vista que as demais vertentes como o Direito do Trabalho, Direito do Consumidor, entre outros, encontram sua origem neste citado ramo.

A doutrina conceitua, em geral, o Direito Civil como sendo:

O conjunto de preceitos que regulam a personalidade do indivíduo e as relações de ordem privada concernentes à pessoa, aos bens e às obrigações daí surgidas, ou ainda, é o complexo de leis que tem por finalidade regular o interesse dos cidadãos entre si ou entre ele e as entidades coletivas, concernentes à sua capacidade, à sua família, a seu estado, a seus bens e às suas convenções, considerados, no entanto, como direitos e obrigações de ordem civil. (SIDOU, 2003, p. 284).

O professor lusitano Pedro Pais de Vasconcelos,¹⁶¹ diz que:

O Direito Civil constitui a parte fundamental do Direito Privado. Como tal, abrange a parte do Ordenamento Jurídico que se prende com as relações entre particulares, entre privados, que se estabelecem com base na igualdade ou paridade jurídica, na liberdade ou autonomia. (VASCONCELOS, 2005, p. 5).

Vale observar, na doutrina portuguesa, os ensinamentos do professor Domingos Pereira de Sousa no sentido de que:

¹⁶¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

O Direito Civil é o Direito privado comum, cujo campo de ação tende a abranger todas as relações jurídicas de Direito privado, constituindo o seu núcleo fundamental.

Daí que em relação aos outros ramos do Direito privado, nomeadamente o Direito Comercial, seja considerado um direito subsidiário, isto é, sempre que surja um caso a resolver que não esteja previsto ou cuja solução não seja possível obter nesse ramo de direito, terá de recorrer-se às normas contidas no Direito Civil.

O Direito Civil é constituído pelo conjunto de normas que regulam a generalidade das relações sociais que se estabelecem entre os particulares considerados enquanto pessoas de direito.

Dada a complexidade e diversidade das relações que abrange, coloca-se a questão de dividir o direito civil em vários ramos de direito, de acordo com a natureza dos direitos cuja disciplina importa assegurar de forma sistematizada. Dessa necessidade resulta que o Código Civil Português se apresenta dividido em cinco partes, designadas por livros, e que são as seguintes: Livro I – Parte Geral; Livro II – Direito das Obrigações; Livro III – Direito das Coisas; Livro IV – Direito da Família; Livro V – Direito das Sucessões. (SOUSA, 2013, p. 144).

O professor Cristiano Chaves de Farias¹⁶² preleciona que o Direito Civil apresenta como princípios basilares:

- a - a personalidade - todo ser humano é capaz de titularizar obrigações e direitos;
- b - a autonomia da vontade - têm as pessoas o poder de praticar ou se abster dos atos que lhes prover;
- c - a liberdade de estipulação negocial ou a autonomia privada - possibilidade de escolher o conteúdo e as categorias dos atos jurídicos praticados;
- d - a propriedade individual - possibilidade de constituir patrimônio;
- e - a intangibilidade familiar - querendo significar o equilíbrio entre a proteção da família e a *dignidade da pessoa humana*, constituindo-se a família na célula-mater. da sociedade e expressão imediata do ser;
- f - a legitimidade da herança e direito de testar - Decorrente do poder sobre os bens;
- g - a solidariedade social - Busca conciliar as exigências coletivas com interesses particulares.

Também, observa o citado doutrinador que não se pode olvidar do *princípio da boa-fé* que atualmente encontra-se no Código Civil brasileiro¹⁶³ mencionado nos artigos 113 e 422 como princípio interpretativo dos *negócios jurídicos* e das obrigações como um todo.

¹⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Parte Geral Direito Civil**. 1ª ed. JusPodivm, Salvador-BA-Brasil, 2003, p. 53-54.

Ainda, com referência aos princípios gerais do Direito Civil, acrescentamos entendimento do professor Ascensão que é externado da seguinte forma:

Os princípios gerais que alguns autores apontam são contestáveis.

Uma das razões está no facto de o Direito Civil ter sido sempre o ramo nuclear do Direito, que precedeu a evolução de todos os outros. Por isso, imputam-se frequentemente ao Direito Civil características que na realidade correspondem a todo o direito.

Assim, Larenz aponta-nos o personalismo ético como fundamento ideológico do Código Civil. Mas o personalismo ético é o fundamento de todo o nosso direito. A evolução do Direito Civil prefigurou uma evolução que se generalizou.

Por outro lado, a falta de unidade científica do critério que preside à demarcação dos ramos do Direito Civil dificulta a elaboração de princípios comuns.

Por isso, algumas tentativas realizadas neste domínio parece-nos não terem atingido o seu objectivo.

Assim, Mota Pinto, em capítulo dedicado aos princípios fundamentais do Direito Civil português, considera sucessivamente:

- 1.º - o reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade
- 2.º - o princípio da liberdade contratual
- 3.º - a responsabilidade civil
- 4.º - a concessão de personalidade jurídica às pessoas colectivas
- 5.º - a propriedade privada
- 6.º - a família
- 7.º - o fenómeno sucessório ou sucessão por morte.

É muito próxima a orientação de Carvalho Fernandes.

Na realidade, nestes pretensos princípios apenas se reproduzem as epígrafes dos vários ramos do Direito Civil ou se adianta parte do seu conteúdo. O método traz implícita uma descrição dos vários ramos do Direito Civil, mas de modo algum um enunciado de princípios caracterizadores. É matéria que nada tem que ver com uma disciplina da Teoria Geral do Direito Civil. (ASCENSÃO, 2000, p. 20-21).

Os pontos não comuns entre as diversas correntes conceituais, desde que não desnature os institutos de modo a desfigurá-los, não apresentam maiores empecilhos aos objetivos que pretendemos atingir, pois suas exposições, como sempre reafirmado, acontecem com o fito de mostrar a adequação do requerido com as disposições legais vigentes. Deste modo, continuamos nosso itinerário informando que na Parte Geral do Código Civil brasileiro encontram-se os regramentos no tocante às pessoas, aos bens e aos fatos jurídicos.

De modo semelhante, verificamos no Código Civil português, na sua Parte Geral, disposições a respeito dos mesmos institutos, além do que compõe o Título I que se refere às leis, sua interpretação e aplicação, matérias que, no ordenamento brasileiro, estão contidas na denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB que, como já

¹⁶³ Código Civil brasileiro.

Art. 113. Os *negócios jurídicos* devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

observado, é a nova denominação da Lei de Introdução ao Código Civil esta que, desde então, na realidade, representava diploma jurídico autônomo, ou seja, configurava-se, como a atual, uma lei de introdução às leis, por conter, conforme a professora Maria Helena Diniz¹⁶⁴, princípios gerais sobre as normas, sem qualquer discriminação.

Isto posto, fica claro que os assuntos levados em consideração para defesa do que ora nos propomos, carecem indubitavelmente de análise sobre matérias ligadas ao Direito Civil.

Não podemos falar de temas como *segurança jurídica*, *ato jurídico perfeito*, *expectativa de direito*, *direito adquirido*, etc., se não abordarmos aspectos relevantes da formação dos atos jurídicos conforme passamos a descrever.

Sem nos olvidar do compromisso técnico-científico que deve, inquestionavelmente, ser observado em uma peça de tese jurídica, buscamos sempre a maneira mais habitual e concisa que permita sua utilização prática pelos operadores do Direito. Deste modo, os relatos dar-se-ão da forma mais sintetizada possível, mas sempre com vistas a mostrar todo o itinerário porque passa uma relação jurídica até desembocar em situação na qual a pessoa, seja física ou jurídica, possa anunciar a sua *legítima expectativa de direito*, exclusive, naturalmente, as situações em que o detentor do direito sob condição, para este não desenvolveu qualquer ato, como no caso do nascituro.

Assim, neste ponto, vamos iniciar nossa viagem partindo dos conceitos de *fato* e *ato jurídico*, seus elementos de existência, validade e eficácia até atingirmos o que se encerra na expressão *expectativa de direito*.

Como já enunciado, não pretendemos inovar em matéria de conceitos do que já está consagrado, apenas nos pautaremos na criação do que for necessário para consubstanciar a tese que defendemos, utilizando dos elementos e conceitos registrados na doutrina e ordenamentos vigentes, buscando nestes, o respaldo para demonstrar a necessidade da garantia de inalterabilidade dos termos e condições na construção do caminho para o direito almejado e previsto em razão da sucessão de *atos jurídicos perfeitos*.

Destarte, neste momento, iniciamos nossos relatos no tocante à definição dos institutos que devem estar presentes no que entendemos como itinerário para aquisição de um direito.

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 10. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2004, p. 3.

Vivendo em sociedade, a pessoa se depara com acontecimentos que, nesta situação, merecem estudo e classificação. E, justamente, nesta tarefa, vamos, de início, identificar os acontecimentos que percebidos pelo ser humano têm relevância no nosso campo de pesquisa, isto é, os acontecimentos considerados como *atos jurídicos*.

Diz o Professor Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁶⁵:

Há factos sociais ou naturais indiferentes para o direito, isto é, desprovidos de qualquer eficácia jurídica. São factos *materiais*, *ajurídicos*, neutrais do ponto de vista do ordenamento jurídico (p. ex.: o convite para um passeio, uma visita de cortesia social, o uso de gravatas de certa cor, etc.). Nem todos os factos reais ou sociais são, portanto, factos jurídicos. (PINTO, 2005, p. 355).

O professor Marcos Bernardes de Mello¹⁶⁶, após afirmar que o Direito Romano em plano doutrinário não conheceu da Teoria do Fato Jurídico, também preleciona: “Parece ter sido Savigny, que primeiro empregou a expressão *fato jurídico* (*juristische Tatsache*), definindo-o: ‘Chamo fatos jurídicos os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam’”¹⁶⁷.

A definição de Savigny (1949, v. II, p. 142), naturalmente, sofreu a crítica da doutrina pela razão de se haver limitado a referir o nascimento e a extinção das relações jurídicas, sem mencionar as transformações por que elas passam e outros efeitos que se verificam, também, em virtude dos fatos jurídicos. Muitas outras definições têm sido propostas no sentido de corrigir as palavras de Savigny, na sua grande maioria, principalmente entre os juristas de língua latina, adotando esse critério de mencionar a eficácia que pode decorrer do fato jurídico. Assim, apenas como exemplo, é citada a doutrina de Santoro Passarelli¹⁶⁸: São fatos jurídicos os que produzem um evento jurídico que pode consistir, em particular, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou, também, na substituição duma relação nova a uma relação preexistente, e, ainda, na qualificação duma pessoa, duma coisa ou de um fato. (MELLO, 2010, p. 111-112).

O professor Mário Júlio de Almeida Costa, define Fato Jurídico com as seguintes palavras:

¹⁶⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª. ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005.

¹⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano de Existência*, 16 ed, São Paulo - Brasil: Saraiva, 2010.

¹⁶⁷ SAVIGNY, M. F. C. von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Messia y Manoel Poley Centro. 2. Ed. Madrid: Góngora. v. II, p. 142.

¹⁶⁸ PASSARELLI, F. Santoro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Trad. Manoel Alarcão. Coimbra: Atlântida Ed./S.A.R.L., 1967. p. 79.

Facto Jurídico – Para que uma relação obrigacional se transforme de abstracta em concreta – quer dizer, passe de mero arquétipo ou modelo a realidade efectiva – é sempre indispensável a existência de facto jurídico que lhe dê origem, que lhe sirva de fonte. Trata-se do elemento produtivo ou determinante da obrigação, o qual, verdadeiramente, permanece fora dela, mas que também concorre em maior ou menos grau para modelar a respectiva estrutura e fixar o seu regime.

Não há unanimidade quanto à classificação das fontes das obrigações. Aos pontos de vista históricos, outros se acrescentaram modernamente. Por agora, limitamo-nos a referir que os factos jurídicos voluntários determinantes do nascimento de obrigações podem ser lícitos ou ilícitos; e que, dentro dos lícitos, apresentam especial importância os negócios jurídicos, particularmente, no subtipo dos contratos. Até aqui mencionamos apenas os factos constitutivos ou fontes das obrigações. Contudo, além desses, assumem relevo na vida da relação obrigacional os factos modificativos, susceptíveis de a alterar, e ainda os factos extintivos, ou seja, os que lhe põem termo. (COSTA, 2001, p. 30-31).

O professor português, doutor *honoris causa*, no Brasil, pelas Universidades de São Paulo e Recife, Luiz da Cunha Gonçalves, já no ano de 1951, no seu compêndio “Princípios de Direito Civil luso-brasileiro, v. I, p. 189”, declara “Facto jurídico ou *jurígeno* é o facto ou acontecimento, ou o conjunto de condições necessárias para a realização de um *efeito jurídico*. ”

Continuando, de modo crítico, afirma “O facto jurídico não produz só *aquisição, modificação* ou *extinção dos direitos*, como alguns escritores dizem: esses são, apenas, alguns dos principais *efeitos jurídicos*. ”

Assim, podemos concluir que o facto jurídico, no seu contexto geral, quer expressar todo e qualquer acontecimento, voluntário ou não, originado da natureza ou da ação do homem, que, quando por este percebido, seja capaz de provocar consequências jurídicas, conservando, extinguindo, modificando ou criando uma relação de direito.

8.1 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

Valemo-nos, nesta oportunidade, das palavras contidas no subitem 5.5 – classificação dos bens – para demonstrar a pertinência da tarefa ligada à classificação dos diversos institutos no mundo jurídico.

Assim, voltamos a asseverar que classificar é, em regra, separar os diversos elementos de um determinado conjunto em específicas classes de acordo com estipulações de um

sistema ou método que agrupe tais elementos de um dado estudo levando-se em consideração determinadas características.

Deste modo, no contexto jurídico, com base nas diversas classificações, estabelecemos também o tratamento que deve ser dispensado a cada instituto por ocasião da dicção e aplicação da lei nos casos em concreto.

Como pretendemos enfocar apenas os aspectos mais relevantes para desembocarmos na situação jurídica da *legítima expectativa de direito*, não desenvolveremos maiores comentários no tocante as mais diversas subclassificações pertinentes ao *fato jurídico em sentido amplo*, situação em que registramos: o *fato jurídico em sentido estrito*, fatos jurídicos oriundos da natureza, seja ele ordinário ou extraordinário; o denominado *ato-fato jurídico*, situação onde verificamos que a repercussão jurídica de um determinado acontecimento surge de um procedimento involuntário para aquele fim ou de um ato praticado por quem não tem sua vontade, neste contexto, juridicamente qualificada e, ainda, os atos considerados, sob determinado prisma, não jurídicos ou *atos ilícitos*, haja vista que os mesmos não propiciam a condição de *legítima expectativa de direito*, para o agente que os pratica.

Deste modo, restringiremos nossas análises ao que for necessário, como já dito, para construir a estrada que tem como destino a situação que é objeto do tema em epígrafe a qual versa sobre a necessidade de inalterabilidade dos termos e condições de determinados *atos jurídicos perfeitos*, ou seja, inalterabilidade dos termos e condições dos *atos parcelares* que, em conjunto, quando perfeitos e acabados na sua totalidade ensejam o direito adquirido em relação a um especificado direito subjetivo.

Neste escopo, informamos que a principal classificação dos fatos jurídicos é a que apresenta de um lado os chamados *fatos jurídicos involuntários* ou *naturais* (fatos jurídicos *stricto sensu*), os quais são estranhos ao processo volitivo em razão de resultarem de causas de ordem natural, como os fenômenos da própria natureza (passagem do tempo, crescimento dos frutos, tempestade, inundações, nascimento, morte, aquisição de capacidade civil, etc.) e, do outro lado, os chamados *fatos voluntários* ou *atos jurídicos*, estes que surgem da vontade como elemento juridicamente relevante, isto é, são resultantes de ações humanas que apresentam importância no campo jurídico e, deste modo, são assim reconhecidos pelo Direito.

Entre outras figuras do Direito a do fato jurídico é um bom exemplo para demonstrar a pertinência dos estudos inerentes aos institutos do Direito Civil com as demais áreas da

Ciência Jurídica. Assim, trazemos à baila os ensinamentos do jurista lusitano professor Marcelo Caetano que, para falar de fatos e atos administrativos, no seu “Manual de Direito Administrativo”, Tomo I, primeira edição brasileira, inicia seus comentários conceituando o fato jurídico conforme segue:

Facto jurídico é todo o acontecimento que produza efeitos na Ordem jurídica, ainda que tais efeitos se traduzam numa reacção dela.

Quando o acontecimento se produz segundo leis causais (efeito necessário de uma causa) temos um *facto natural*.

Quando o acontecimento consiste na conduta de certa pessoa, quer se trate de uma acção quer de uma abstenção dependente da sua vontade, temos um *facto voluntário*. O homem não é alheio aos factos naturais porque também está sujeito a leis naturais que produzem factos humanos não voluntários juridicamente relevantes (nascimento, idade, morte...; de uma queda casual pode resultar um dano em propriedade alheia com a consequente responsabilidade civil).

Há, portanto, a par dos factos naturais a que o homem é estranho (*não humanos*) factos naturais *humanos*.

Os factos naturais ou voluntários que produzem efeitos na ordem jurídica são os *factos jurídicos*.

Os acontecimentos que não produzam efeitos na Ordem jurídica, mesmo que sejam eles próprios efeitos de um facto jurídico ou resultantes de aplicação de uma norma jurídica (que também é facto jurídico), chamam-se *factos* ou *operações materiais*. (CAETANO, 1970, p. 381-382).

Sintetizando, traçaremos o caminho que tem pertinência com a nossa proposta. Assim, informamos que dos infinitos acontecimentos que se registram no universo nos interessa aqueles percebidos pelos seres humanos, dentre estes, os que apresentam conexão com o campo do Direito, isto é, os fatos que têm relevância no mundo jurídico, por isso mesmo, denominados fatos jurídicos.

Em seguida, buscaremos os fatos que sejam oriundos do comportamento voluntário, os classificados como *atos jurídicos*.

Como pretendemos consubstanciar a necessidade de proteção para o cidadão não apenas diante dos atos da Administração Pública, mas também, em razão dos atos praticados no campo do Direito Civil, a partir dos *atos jurídicos* não faremos maiores distinções entre os *atos jurídicos* classificados como *estrito senso* ou *negócios jurídicos*, embora no capítulo seguinte venhamos a tecer comentários sobre estas e outras classificações.

Para não olvidarmos do foco que devemos atingir neste trabalho, sempre queremos, como em outras oportunidades, chamar atenção para o que perseguimos em todas as excursões que realizamos, tanto nos aspectos técnicos jurídicos quanto nas abordagens de cunho social e até quando recorremos, inclusive, às matérias jornalísticas, pois, temos como

objetivo principal mostrar a relação de determinados efeitos nas mais variadas situações que se registram na vida em sociedade e que são oriundas das diversas relações jurídicas, quando não, em alguns casos, de forma direta, mas, pelo menos, de modo reflexo.

Destarte, como veremos no capítulo a seguir, nos ateremos aos *atos jurídicos*, ou seja, os atos com repercussão na esfera do Direito e que, no contexto da *legítima expectativa de direito*, são decorrentes da lícita ação humana, compreendendo os *atos jurídicos não negociais* ou *atos jurídicos em sentido estrito* e os *negócios jurídicos*, estes que são atos jurídicos para os quais, em capítulo próprio, desenvolveremos maiores comentários em virtude de os mesmos, quanto as suas definições e regramentos, servirem de referência para os demais atos lícitos.

9 ATO JURÍDICO

O ato jurídico, como preceituado no capítulo anterior, resulta da ação humana, comissiva ou omissiva, destinada a constituir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, em razão de uma relação jurídica que se estabelece.

Neste sentido, cabe trazer a lume as palavras do professor Pedro Pais de Vasconcelos que, no tocante ao vocábulo “ação”, assim preleciona:

As pessoas não são inertes; agem. Na prossecução dos seus fins, para a satisfação das suas necessidades, movidas pelas suas apetências, as pessoas atuam no meio em que se inserem umas com as outras e perante as outras, agem e interagem.

As acções são o terceiro dos principais dados extrajurídicos com que o Direito Civil opera. São extrajurídicos porque não são pelo Direito instituídos, embora lhe não sejam diferentes.

O Direito valora e desvalora as ações, promove-as e hostiliza-as. Mas não é o Direito que está na sua origem. Não é o Direito que, por exemplo, conduz as pessoas a casar e constituir família, nem a procurar o seu sustento, a adquirir, alienar e acumular bens, e a prover à sua segurança.

As acções situam-se numa relação tensa entre as pessoas, os seus projectos e afins que lhe são próprios, e os bens que são hábeis para realizá-los.

As pessoas são o fundamento de todo o Direito; são o princípio e o fim. Os bens situam-se na tensão entre as pessoas e os seus projetos ou os seus fins, são os meios hábeis ou úteis para a realização dos fins das pessoas e, assim, para a sua realização como pessoas.

As acções são o que há de dinâmico na realização pelas pessoas dos projectos e dos fins que lhes são próprios, são a procura e o aproveitamento dos bens, são a vida. (VASCONCELOS, 2005, p. 237).

Desta mesma forma, sentencia o professor José de Oliveira Ascensão, quando, no que diz respeito à ação no campo jurídico, informa:

Além das pessoas e dos bens, há um terceiro elemento fundamental com que o Direito trabalha - a ação. Ocorre, pois previamente caracterizá-la na Teoria Geral.

O homem imprime a sua marca na realidade histórica por meio de ações. A ação é um elemento necessariamente dinâmico, que se contrapõe ao caráter estático da mera descrição das pessoas e dos bens. É também o elemento que manifesta a humanidade da pessoa, pois a ação é específica do homem e é por ela que se realiza e cria cultura e civilização. (ASCENSÃO, 2003, p. 9).

Assim, como visto, na classificação dos fatos jurídicos temos como uma das suas espécies, os atos jurídicos, os quais decorrem da atitude humana, isto é, da ação humana.

Os fatos jurídicos decorrentes da ação humana e, portanto, denominados atos jurídicos, formam na doutrina majoritária o conjunto identificado como atos jurídicos em sentido amplo ou atos jurídicos *lato sensu*.

Neste ponto, considerando que muito do defendido nesta tese respalda-se na premissa de que a *expectativa de direito* para ser considerada *legítima*, depende do registro da legalidade dos atos que compõem tal situação, mais uma vez, buscamos na doutrina o entendimento do que seja *ato jurídico perfeito*.

Desta feita, nos valem das informações de José Afonso da Silva quando, assim preleciona:

Ato Jurídico Perfeito. A LINDB, art. 6º, § 1º, reputa "ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou". Essa definição da ideia de que "ato jurídico perfeito" é aquela situação consumada ou direito consumado, referido acima, como direito definitivamente exercido. Não é disso, porém, que se trata.

Esse direito consumado é também inatingível pela lei nova, não por ser ato perfeito, mas por ser direito mais do que adquirido, direito esgotado. Se o simples direito adquirido (isto é, direito que já integrou o patrimônio, mas não foi ainda exercido) é protegido contra interferência da lei nova, mais ainda o é o direito adquirido já consumado.

A diferença entre "direito adquirido" e "ato jurídico perfeito" está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei.

"O ato jurídico perfeito, a que se refere o art. 153, § 3º, (atual, art. 5º, XXXVI) é o *negócio jurídico*, ou o ato jurídico stricto sensu; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os *negócios jurídicos* bilaterais, assim os *negócios jurídicos*, como as reclamações, interpretações, a fixação de prazo para a aceitação de doação, as comunicações, a constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a *prescrição* ou com sua eficácia (ato jurídico stricto sensu)"¹⁶⁹.

"Ato jurídico perfeito, nos termos do art. 153, § 3º, (atual art. 5º, XXXVI) é aquele que sob o regime da lei antiga se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensáveis".¹⁷⁰ É perfeito ainda que possa estar sujeito a termo ou condição. (SILVA, 2012, p.137).

Independentemente, do que possa ser depreendido das informações iniciais contidas na citação retro mencionada, chamamos atenção para a sua conclusão onde, em relação ao ato jurídico apto a produzir efeitos, registramos que "É perfeito ainda que possa estar sujeito a termo ou condição.", o que acontece quando estamos diante da *legítima expectativa de direito*.

¹⁶⁹ Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, t. V, p. 102.

¹⁷⁰ R. Limongi França. Direito Intertemporal Brasileiro, p. 427.

Não é despiciendo sempre chamar atenção de que, em termos jurídicos, para a configuração da *expectativa de direito* como legítima, devemos observar, além do que já externamos, mais alguns aspectos como, por exemplo: se a situação decorre de um comportamento objetivo do Poder Público, ou mesmo, se as possíveis mudanças se configuram plausíveis e coerentemente possíveis de ocorrência.

Os demais aspectos referentes à classificação dos atos jurídicos compõem o conteúdo do próximo item.

9.1 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS “LATO SENSU”

Utilizamos, para os atos jurídicos, como acontece em outras áreas do conhecimento humano, das mesmas considerações já contidas neste trabalho, onde, por exemplo, classificamos os bens jurídicos para justificarmos o porquê da necessidade de tal atividade.

O conjunto dos *atos jurídicos em sentido amplo* ou *atos jurídicos lato sensu* apresenta as seguintes espécies: *ato jurídico em sentido estrito* ou *ato jurídico stricto sensu*; *negócio jurídico*; *ato-fato jurídico* e, com ressalvas, os *atos ilícitos*.

Abrimos parênteses neste momento e chamamos atenção para o fato de que a classificação que defendemos não é de entendimento pacífico no que diz respeito, pelo menos, à localização dos *atos ilícitos*.

Alguns autores defendem o não enquadramento dos *atos ilícitos* como *atos jurídicos*. Outros, pelo contrário, os classificam como espécies de *atos jurídicos em sentido estrito*, a exemplo do professor José Abreu, quando expressa:

Portanto, sendo, como é, o *ato jurídico* nada mais, nada menos, que um *fato jurídico*, resultante de uma ação humana (fato conforme a vontade humana), o que importa é esta repercutibilidade na esfera do direito, seja ela *aprovada* ou *reprimida* pelo ordenamento.

Do que acabamos de consignar podemos enunciar uma conceituação de *ato jurídico*, segundo nosso entendimento. Esta noção poderia ser enunciada da seguinte maneira: *ato jurídico é todo evento, resultante de uma ação humana ou de sua vontade deliberada, aprovado ou reprimido pelo ordenamento jurídico, com a indispensável ressonância no âmbito do direito*.

Nessa conceituação estariam contidas as duas espécies do chamado *ato jurídico em sentido estrito*, quer os lícitos, quer os ilícitos. (ABREU, 1988, p. 11).

Luiz da Cunha Gonçalves, tudo indica, resultante de uma redação não tão recente, fala de *atos jurídicos de efeitos indiretos*, assim chamados em razão, segundo o autor, destes serem unilaterais, haja vista que o praticante não auferir direitos e fica sujeito a obrigações não desejadas. Situações que identificam os denominados delitos, os quase-delitos e até os quase-contratos.

Ainda, repetindo trecho já reproduzido neste trabalho, nos valem das palavras do professor Mário Júlio de Almeida Costa (2001, p. 31), quando o mesmo preceitua “...os factos jurídicos voluntários determinantes do nascimento de obrigações podem ser lícitos ou ilícitos;”.

As observações feitas nos parágrafos imediatamente anteriores têm caráter apenas ilustrativo, sem contudo, tais divergências (no tocante à inclusão dos atos ilícitos como atos jurídicos) influenciarem na questão nuclear do nosso trabalho, haja vista que, como constantemente temos enfatizado, a *legítima expectativa de direito* não se consubstancia em favor da pessoa em decorrência de atos ilícitos por ela praticados.

Como sempre, nos direcionando para a demonstração da necessidade de garantia da inalterabilidade dos termos e condições previstos em um *ato jurídico perfeito*, com o fito de permitir segurança para a materialização do futuro direito esperado, teceremos maiores comentários a respeito dos *atos jurídicos em sentido estrito* e dos *negócios jurídicos* os quais se registrarão após breve conceituação do *ato-fato jurídico* e, ainda, *ato ilícito*. Tal proposição tem fulcro no fato de que, em geral, são escassas as questões controversas oriundas da realização de *ato-fato jurídico*, e para o ensejador de *ato ilícito* não há de se falar em *legítima expectativa de direito* decorrente de tal prática.

Ato-fato jurídico. Pode-se afirmar que o *ato-fato jurídico* é representado pelo evento cujo fato foi produzido pela ação humana, sem, contudo ser levado em consideração, para tal definição, o aspecto volitivo.

Sobre o assunto, deste modo discorre o professor Marcos Bernardes de Mello:

Há outras espécies cujo suporte fáctico prevê uma situação de fato a qual, no entanto, somente pode materializar-se como resultante de uma conduta humana. Exemplos: a caça, a pesca, a especificação, a comistão, o achado do tesouro etc. É evidente que a situação fáctica criada pela conduta constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-lo definitivamente, sem que haja a possibilidade de, simplesmente, ser desconsiderada (como seria possível se se tratasse, exclusivamente, de conduta). Como o ato que está à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo

dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, *se houve, ou não*, vontade em praticá-lo. Com esse tratamento, em coerência com a natureza das coisas, ressalta-se a consequência fática do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade em realizá-lo. A essa espécie Pontes de Miranda denomina ato-fato jurídico, com o que procura destacar a relação essencial que existe entre o ato humano e o fato de que dele decorre. (MELLO, 2010, p. 136).

Assim, afirmamos que o *ato-fato-jurídico* é um fato jurídico qualificado pela atuação humana, sendo, neste caso, irrelevante para o direito se a pessoa teve ou não a intenção de praticá-lo.

O tema ainda comporta muitas opiniões e especificidades. Neste contexto, o professor Sílvio de Salvo Venosa citado por Flávio Tartuce, entende que:

O que se leva em conta é o efeito resultante do ato que pode ter repercussão jurídica, inclusive ocasionando prejuízos a terceiros. Como dissemos, toda a seara da teoria dos atos e *negócios jurídicos* é doutrinária, com muitas opiniões a respeito. (TARTUCE, 2007, p. 310).

Nesse sentido, costuma-se chamar à exemplificação, entre outros, os atos praticados por uma criança, na compra e venda de pequenos efeitos ou o resultado da atividade daqueles que se encontram no estado de alienação mental.

Não se nega, porém, que há um sentido de *negócio jurídico* do infante que compra confeitos em um botequim. Ademais, em que pese a excelência dos doutrinadores que sufragam essa doutrina, os professores Stolze Gagliano e Pamplona Filho prelecionam:

Em alguns momentos, torna-se bastante difícil diferenciar o *ato-fato jurídico* do *ato jurídico em sentido estrito*. Isso porque, neste, a despeito de atuar a vontade humana, os efeitos jurídicos produzidos pelo ato encontram-se previamente determinados pela lei, não havendo espaço para a autonomia da vontade. (GAGLIANO e FILHO, 2002, p. 306).

Ato ilícito. Outra espécie, contida no gênero *ato jurídico em sentido amplo*, neste ponto contrariando o citado professor José Abreu, que o define como espécie de *ato jurídico em sentido estrito*, e conforme o entendimento que, com ressalvas, defendemos, é o denominado ato ilícito, o ato jurídico praticado em desconformidade com a ordem jurídica e, sendo assim, por ela reprovado. Tal reprovação importa em sanção para o seu autor.

Definindo o conceito de ilícito, assim discorre o professor Caio Mário da Silva Pereira:

A conduta humana pode ser obediente ou contraveniente à ordem jurídica. O indivíduo pode conformar-se com as prescrições legais ou proceder em desobediência a elas. No primeiro caso encontram-se os *atos jurídicos*, entre os quais se inscreve o *negócio jurídico*, estudado antes, caracterizado como declaração de vontade tendente a uma finalidade jurídica, em consonância com o ordenamento legal, e os atos jurídicos lícitos que não sejam *negócios jurídicos* (Código Civil, art. 185). No segundo, estão os *atos ilícitos*, concretizados em um procedimento, em desacordo com a ordem legal. O ato lícito, pela força do reconhecimento do direito, tem o poder de criar faculdades para o próprio agente. É *jurígeno*. Mas o ato ilícito, pela sua própria natureza, não traz a possibilidade de gerar uma situação em benefício do agente. O ato lícito, pela sua submissão mesma à ordem constituída, não é ofensivo ao direito alheio; o ato ilícito, em decorrência da própria iliceidade que o macula, é lesivo do direito de outrem. Então, se o ato lícito é gerador de direitos ou de obrigações, conforme num ou noutro sentido se incline a manifestação de vontade, o ato ilícito é criador tão-somente de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem. . (PEREIRA, 2007, p. 653).

Vale neste ponto, mais uma vez, observar que somente em decorrência da realização de atos lícitos registra-se a condição de surgimento de direitos para o agente praticante. Isto é, somente os atos lícitos possibilitam a criação de direitos em favor do seu autor.

Neste sentido, cabe registrar as palavras do professor Levenhagem (1995, p. 99), quando preceitua: “...somente os atos lícitos são capazes de criar direitos. Isso, porém, não quer dizer que os ilícitos não produzam efeitos jurídicos. Somente os lícitos podem criar direitos em favor do agente. Os ilícitos, somente criam obrigações,...”

Como sempre, atinando para a questão central deste nosso trabalho que é justificar a condição de *bem jurídico* para a situação denominada como de *legítima expectativa de direito* com o fito de resguardar seus termos e condições dos, porventura, prejudiciais efeitos de um novo regramento, cabe reiterar que a referida situação somente se verifica quando em decorrência de uma sucessão de *atos jurídicos perfeitos*, os quais, entre outras exigências, reclamam licitude para as ações praticadas. Não sendo destarte compreensível a *insegurança jurídica* que atualmente norteia a legítima possibilidade de aquisição de um previsto direito juridicamente almejado.

Ato jurídico em sentido estrito. Esta espécie de ato jurídico é representação de situações onde a manifestação de vontade humana gera atos cujos efeitos estão previamente estabelecidos pelas respectivas normas jurídicas, sendo que estes não podem ser modificados

através da expressão da vontade dos agentes que os entabulam com vistas à pertinente relação jurídica.

Cabe acrescentar que embora boa parte da doutrina afirme que nesta espécie de ato a vontade do agente limita-se apenas a sua adesão à prática do mesmo, situações existem em que o agente sequer tem a possibilidade de não agir sem que esteja a cometer ato ilícito, como por exemplo, é o caso de um auditor fiscal que diante do fato gerador para constituição do pertinente crédito tributário assim não procede, ficando, destarte, passível de punição, haja vista, o que, no caso do Estado brasileiro, preceitua o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional ao expressar que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, referindo-se, neste caso, conforme o *caput* do citado artigo, ao lançamento como sendo o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Desta forma não pode a autoridade administrativa tributária, em razão do que foi expresso, diante da situação, definida em lei como determinante para a constituição ex officio do crédito em favor do Estado, assim não proceder.

Ainda, segundo corrente doutrinária majoritária, corroborando com o entendimento acima exposto, o *ato jurídico em sentido estrito* surge como mero pressuposto de efeito jurídico preordenado pela lei sem função e natureza de auto regulamento.

Podemos citar como outros exemplos de atos jurídicos em sentido estrito a fixação de domicílio, a citação do réu, o reconhecimento de paternidade, etc.. Nestas situações as partes não podem determinar as condições, termos ou efeitos do ato.

Sob a denominação *atos jurídicos em sentido restrito* Ascensão informa que:

O Código regula o *acto jurídico em sentido restrito* mediante uma remissão condicionada para a disciplina do negócio jurídico. Limita-se a dizer que aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos é aplicável, na medida em que a analogia das situações o justifique, o regime dos negócios jurídicos (art. 295^o). (ASCENSÃO, 2033, p. 15).

Sob tal prisma, voltaremos ao assunto no capítulo seguinte. Entretanto, ainda neste momento, acrescentamos que o referido autor, neste ponto, conclui afirmando: “Como o regime do acto jurídico em sentido restrito se molda sobre o do negócio jurídico,

consideraremos primeiro o negócio jurídico e só no final voltamos a referir o acto jurídico simples.”

Continuando os comentários em torno da classificação dos atos jurídicos temos que os mesmos podem ser considerados como: *inter vivos* e *causa mortis*, unilaterais e bilaterais, onerosos e gratuitos, simples e complexos, formais e causais, formais e informais, aleatórios e comutativos, patrimoniais e pessoais, constitutivos e declaratórios, de disposição e de simples administração, entre outras formas de classificação.

Vale observar que tanto o ordenamento civil de Portugal como o do Brasil, de modo explícito, no geral, não promovem, a classificação e conceitos dos diversos institutos o que, consequentemente, fica na dependência da intelectualidade de interpretação.

Contudo, o exame das diversas espécies de *ato jurídico em sentido amplo* será objeto do próximo capítulo o qual é destinado aos estudos pertinentes ao *negócio jurídico* considerando, como visto, que a abordagem dos temas ligados a esta espécie de ato, são, em geral, aplicáveis aos demais atos lícitos.

10 NEGÓCIO JURÍDICO

O assunto *negócio jurídico* entendemos merecer capítulo próprio, em razão de vários aspectos, pois embora o maior agente de agressão aos direitos adquiridos e, em maior escala, aos termos e condições na situação de *legítima expectativa de direito* seja o próprio Estado, o que, em regra, seria matéria para o Direito Administrativo, ramo do Direito Público, não é desprezível o número de questões levadas ao judiciário em razão do descumprimento de determinações que são estipuladas nos mais variados contratos entre particulares ou entre estes e a Administração Pública.

Neste ponto, mesmo levando em consideração que as questões ligadas ao desrespeito à *legítima expectativa de direito*, em tese, são pertinentes aos entabulamentos de ordem negocial com termos lavrados, não é dispensável observar que as declarações de vontade também podem ocorrer de forma tácita. Destarte, cabe atentar para as disposições contidas nos artigos 217º e 218º do Código Civil português, quais sejam:

Código Civil português

Artigo 217.º (Declaração expressa e declaração tácita)

1. A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.
2. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz.

Artigo 218.º (O silêncio como meio declarativo)

O silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção.

Como sabemos o contrato¹⁷¹ é a espécie mais representativa dos *negócios jurídicos* e assim, cabe comentar que mesmo quando nos referimos a modificações de regras contratuais e quando tais modificações se respaldam em nova lei, estamos diante da utilização, de modo reflexo, de uma nova disposição cogente, isto é, mesmo quando se tratando de uma relação

¹⁷¹ Contrato. Contrato é fonte de obrigação. Fonte é o fato que dá origem a esta, de acordo com as regras de direito. Os fatos humanos que o Código Civil brasileiro considera geradores de obrigação são: os contratos; as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos, dolosos e culposos. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das obrigações, parte especial: contratos. 14. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas; v. 6, t. 1), p.13.

jurídica entre particulares, se uma nova norma surge com cunho imperativo e modifica o anteriormente entabulado em favor de uma das partes, consequentemente, a outra será prejudicada, o que quase sempre ocorre em favor da parte dominante, seja pela condição econômica, seja pela detenção de poder delegado.

O Código Civil português, nos seus artigos 405.º e 406.º, sobre liberdade contratual e eficácia dos contratos, assim preceitua:

Código Civil português

Artigo 405.º (Liberdade contratual)

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.
2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

Artigo 406.º (Eficácia dos contratos)

1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.
2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei.

Neste ponto, analisando sobre outro aspecto, podemos dizer que as leis imperativas ou cogentes são leis que impõem ou proíbem de maneira categórica.

Quando se diz, por exemplo, “os ascendentes não podem vender aos descendentes bens materiais sem que os outros descendentes expressamente o consintam” (conforme dicção do artigo 1.132 do anterior Código Civil brasileiro, matéria com correspondência no artigo 496¹⁷² do atual ordenamento civil) tem-se aí uma regra de procedimento altamente imperativa. Se um casal vende, a um dos filhos, um imóvel, cuja venda os demais filhos não concordaram, a venda é nula. Os pais não podem vender bens a um dos filhos, a não ser com consentimento expresso dos demais. A norma é, portanto, imperativa.

No escopo do nosso trabalho pretendemos que mesmo em situações como as apontadas, não possa, em regra, a nova norma apresentar, para situações já iniciadas, efeito modificativo em torno das condições e termos preestabelecidos no acordo em andamento.

¹⁷² Código Civil brasileiro.

Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória

Também, não é despiciendo observar que as regras destinadas aos *negócios jurídicos* são indiscutivelmente aplicadas, em geral, aos demais atos lícitos, conforme prescrição registrada tanto no ordenamento brasileiro quanto no ordenamento português.

Observa-se ainda que o *negócio jurídico* é um instrumento de criação de normas, que passam a integrar o sistema, no que diz respeito aos direitos e deveres acordados por ocasião da avença, isto é, direitos e deveres estabelecidos na pertinente relação jurídica.

O Código Civil português no seu artigo 295.º determina que: “Aos actos jurídicos que não sejam *negócios jurídicos* são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente”.

E, o capítulo precedente, neste caso, refere-se justamente ao *negócio jurídico*.

Na mesma linha, o Código Civil brasileiro no seu artigo 185., informa que: “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam *negócios jurídicos*, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”.

Da mesma forma, o Título anterior, nesta situação, refere-se ao *negócio jurídico*.

Destarte, ao estudarmos o conceito, a classificação, os elementos, as formas de representação, os defeitos, a invalidade, a nulidade, a anulabilidade, a *prescrição* e a *decadência* dos *negócios jurídicos*, estamos, em regra, a analisar questões referentes aos demais atos jurídicos.

O exame das matérias constantes dos parágrafos anteriores, deste capítulo, torna-se necessário, neste contexto, para, como já prelecionado, podermos demonstrar o percurso e exigências de ordem legal por que passam os atos praticados pelas partes integrantes de dada relação de direito até os mesmos poderem ser considerados como *atos jurídicos perfeitos* e, desta forma, constituírem um conjunto complexo de ações que autorizam a consideração de pertinência e de cabimento legal do desejo de alcançar um determinado bem almejado, o que, repita-se, configura a denominada situação de *expectativa de direito* em termos jurídicos.

10.1 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

O atual Código Civil brasileiro, de modo contrário ao ordenamento anterior, de forma expressa, refere-se a tal instituto no Título I do seu Livro III da Parte Geral, onde além das disposições gerais vamos encontrar preceitos quanto ao instituto da representação, conceito e disposições quanto à condição, ao termo e ao encargo e quanto aos defeitos e invalidade dos *negócios jurídicos*.

No *negócio jurídico* há uma composição de interesses, um regramento, geralmente, bilateral de condutas como ocorre na celebração dos contratos.

Enquanto o *ato jurídico em sentido estrito* é delineado pela lei, na forma, nos termos e nos efeitos, com mínima margem de deliberação, o *negócio jurídico*, ao contrário, caracteriza-se por produzir efeitos jurídicos queridos e determinados pelos agentes, contudo cabe não olvidar que embora haja liberdade para escolha da forma, termos e efeitos do negócio a ser entabulado, tais elementos não podem ultrapassar os limites da lei sob pena de invalidade e, consequentemente, não se poderá arguir a situação como de *legítima expectativa de direito*.

Com fulcro em uma análise sob o enfoque voluntarista, o qual defendemos ser majoritário, buscamos as palavras do professor Antônio Junqueira de Azevedo quando, deste modo, define o *negócio jurídico*:

As definições do *negócio jurídico*, como ato de vontade, são as mais antigas na ordem histórica e talvez se possa dizer que, até hoje, mesmo na doutrina estrangeira, são elas ainda as mais comuns. Fala-se, então, para conceituar o *negócio jurídico*, em manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou, ainda, em declaração de vontade (adotada, porém, esta última expressão em sentido pouco preciso, através do qual não se a distingue de manifestação de vontade). (AZEVEDO, 2007, p. 4).

O professor Pedro Paes de Vasconcelos sobre o assunto preleciona:

Numa perspectiva substantiva material, os *negócios jurídicos* são actos de autonomia privada que põem em vigor uma regulação jurídica vinculante para os seus autores, com o conteúdo que estes lhe quiserem dar, dentro dos limites jurídicos da autonomia privada.

São actos de autonomia privada. Como reconhece G. B. FERRI a ideia de *negócio jurídico* funda-se sobre a constatação da insuprimível liberdade que as pessoas têm

de regular entre si os seus próprios assuntos e os seus próprios interesses. São fundamentalmente uma manifestação do Princípio da Autonomia Privada e são também a principal manifestação deste princípio. (VASCONCELOS, 2005, p. 247).

Resumindo, podemos afirmar que o *negócio jurídico* resulta dos atos em que as partes de uma relação convencional direcionam suas vontades, com o propósito de alcançar objetivos determinados, no escopo permitido pela lei, mas com liberdade de estipulação, dentro de um universo de possibilidades, quanto aos termos, condições e efeitos.

Referente aos demais tópicos do *negócio jurídico*, foram os mesmos, neste contexto, sintetizados da forma descrita a seguir, observando, como sempre, a intenção de trazer o leitor, a todo tempo, para o ponto central da discussão, objetivo principal do nosso estudo, que é traçar todo um arcabouço dos aspectos da doutrina, do ordenamento e da jurisprudência que sejam relevantes para demonstrar as observações que devem ser obedecidas a fim de que possamos configurar os denominados *atos jurídicos perfeitos* os quais, em conjunto, consubstanciam a situação definida como de *legítima expectativa de direito*.

10.1.1 Classificação

Como já observamos anteriormente, classificar tem a ver com a atividade de dispor os elementos de um conjunto em classes que reúnam espécies que se identificam em razão de determinadas características.

Considerando aspectos jurídicos, a classificação implica em definir o tratamento que, seja na órbita do *Direito Material* ou do *Direito Processual*, deva ser atribuído ao instituto em apreciação e quanto às expressões *Direito Material* e *Direito Processual* podemos deduzir, com base nas informações constantes da Enciclopédia Saraiva de Direito, editada sob a coordenação do professor R. Limongi França, que se denomina *Direito Material* o complexo de normas que disciplina as relações jurídicas referentes a bens, comportamentos, atividades que interessam ao convívio social. Compõem, destarte, o nível ou o estrato material do ordenamento jurídico, o *Direito Civil*, o *Direito Penal*, o *Direito Comercial*, o *Direito Trabalhista*, o *Direito Administrativo*, etc..

A concepção do *Direito Material* entende-se melhor quando contraposta à que lhe é correlata, vale dizer, ao *Direito Processual*, pois este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste, com o fito de buscar a justa solução diante dos conflitos surgidos quando da inobservância das regras previstas pelo próprio direito, sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas, o que entra na órbita do direito substancial.

As preleções do Direito Material existem independentemente da realização das atividades jurisdicionais, ou seja, estas já encontram a norma concreta consumada.

Aos processualistas que defendem de forma contrária ao que definimos, a exemplo do ilustre mestre J. J. Calmon de Passos¹⁷³, solicitamos *venia* para concordar com o entendimento contido nas palavras do professor Vicente Greco Filho, quando preleciona:

Direito material e processo, portanto, caminham juntos, de modo que este é instrumento daquele e, aliás, se dignifica na razão direta em que aquele se manifesta como buscando a estabilidade e a justiça.

Indaga-se, de fato, se o processo se insere no próprio mecanismo de criação do direito ou se a sentença simplesmente aplica o direito previamente estabelecido. (FILHO, 1993, p. 29).

Deste modo, vale reiterar que o fato de entendermos o *Direito Processual* como objeto para materialização do *Direito Material* não implica dizer que consideramos aquele ramo do Direito como de menor importância que os demais.

Quanto ao assunto central deste item, classificação do *negócio jurídico*, discorreremos da seguinte forma:

a - quanto ao número de declarantes, o *negócio jurídico* pode ser: unilateral, bilateral e plurilateral.

Unilateral, quando se aperfeiçoa com uma única manifestação de vontade, como no testamento ou promessa de recompensa. Assim, basta, por exemplo, o agente capaz externar a vontade de recompensar outrem, em razão de um determinado fato, para que tal compromisso registre-se perfeito e acabado sem a necessidade de aquiescência da outra parte que, no caso, pode até não existir.

¹⁷³ José Joaquim Calmon de Passos. Foi professor titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia-Brasil.

Contudo, deve ser ressaltado que numa subclassificação dos *negócios jurídicos* unilaterais temos os que são denominados como receptícios, são aqueles em que a declaração de vontade tem de se tornar conhecida do destinatário para a produção dos pertinentes efeitos, como no caso da resilição contratual.

Por outro lado, apresentam-se os não receptícios que são os *negócios jurídicos* onde o conhecimento da outra parte é irrelevante, o que acontece no testamento ou na confissão de dívida, por exemplo.

Bilateral, quando para seu aperfeiçoamento o negócio requer a manifestação de vontade de duas partes, coincidentes com o objeto, contudo, em sentidos antagônicos. É o consentimento mútuo, como na locação ou na compra e venda. Neste caso, também se registra subdivisão, situação em que vamos encontrar os *negócios jurídicos bilaterais simples* e os *negócios jurídicos bilaterais sinalagmáticos*. Os primeiros são aqueles em que apenas uma das partes do contrato auferir vantagem, tendo como exemplos a *doação pura e simples* e o *comodato*. Já no segundo caso, ou seja, no caso dos *negócios jurídicos sinalagmáticos*, registramos a reciprocidade de direitos e obrigações entre os que entabulam os atos do negócio, estando às partes em situação de igualdade patrimonial como sói acontecer no *contrato de compra e venda*, por exemplo.

Plurilateral, é o negócio que envolve a composição de mais de duas vontades paralelamente manifestadas por diferentes partes, como, por exemplo, o contrato de sociedade.

Nesta situação, em tese, não se registra antagonismo em relação ao objeto, os interesses e decisões da maioria são convergentes no que diz respeito ao propósito do negócio.

b - quanto ao momento da produção dos efeitos, o ato pode ser classificado como: *negócio jurídico inter vivos* e *negócio jurídico causa mortis*.

Quando *inter vivos*, temos o negócio destinado a produzir efeitos desde logo, enquanto vivas as partes, como no caso do *contrato de mandato*, do *contrato de compra e venda* ou do *contrato de comodato*.

Quando *causa mortis*, temos o ato negocial cujos efeitos somente decorrem após o óbito do declarante, registrando-se como exemplos o *testamento* e o *contrato de seguro de vida*.

c - quanto aos benefícios ou vantagens patrimoniais reconhecidos às partes, o *negócio*

jurídico pode ser classificado como: *oneroso*, *gratuito*, *neutro* e *bifronte*.

É *oneroso*, quando o negócio apresenta vantagens para ambas às partes, sendo exemplo, o contrato de compra e venda. Vale lembrar que o negócio oneroso pode ser comutativo ou aleatório, pois naquele há prévio conhecimento das vantagens das partes, como na aquisição de bem imóvel, enquanto que neste as vantagens a serem auferidas são incertas e não sabidas, como no contrato de seguro ou na cessão de direitos hereditários.

É *gratuito*, o ato onde somente uma das partes auferir benefícios, de que é hipótese a doação sem encargo, chamada de doação pura e simples.

É denominado *negócio jurídico neutro*, neste contexto, a espécie representada por um ato negocial desprovido de expressão econômica, como, por exemplo, a gestação em útero alheio, que será, necessariamente, destituída de qualquer envolvimento patrimonial, conforme, de início, se depreende da interpretação da advertência contida no artigo 9º ¹⁷⁴ da Lei brasileira n. 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento de saúde.

É *bifronte* quando estamos diante de um *negócio jurídico* em que o ato pode ser gratuito ou oneroso, a depender da vontade almejada pelas partes, como se nota do contrato de depósito, que permite convenção de remuneração do depositário, convertendo-se em oneroso, nos termos do art. 628¹⁷⁵ do Código Civil brasileiro.

Temos também como exemplos desta espécie, o *contrato de mútuo* e de *mandato*.

d - quanto à formalidade a ser observada, vamos encontrar o *negócio jurídico formal* e o *não formal*.

Formal, também dito solene, é o negócio para o qual é exigido, para sua validade, obediência a uma forma determinada por lei, sendo tal exigência da essência do ato, o que acontece, por exemplo, no caso da compra e venda de imóvel.

Não formal, informal ou não solene, é o ato negocial, para o qual não se exige forma

¹⁷⁴ Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento de saúde.

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.

¹⁷⁵ Código Civil brasileiro.

Art. 628. O contrato de depósito é gratuito, exceto se houver convenção em contrário, se resultante de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão.

Parágrafo único. Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelo uso do lugar, e, na falta destes, por arbitramento.

determinada, consistindo na regra geral.

Neste ponto, merece registro o fato de que vige no ordenamento brasileiro, em primeiro plano, a liberdade de forma, haja vista o que dispõe o artigo 107 do respectivo Código Civil brasileiro¹⁷⁶, o que, de modo semelhante, é também expresso no artigo 219.º do Código Civil português¹⁷⁷.

e - quanto ao modo de existência, o *negócio jurídico* pode ser denominado: *principal*, *acessório* ou *derivado*.

Principal é o *negócio jurídico* que tem existência própria, isto é, possui existência independentemente de qualquer outro *negócio jurídico*, como exemplos podem ser citados o contrato de compra e venda e o contrato de locação.

Acessório é aquele que não possui existência independente, ou seja, sua vigência fica condicionada a existência de outro negócio, como é o caso da fiança, que é contrato acessório, por exemplo, do contrato de locação.

Derivado é o que tem por objeto direito previsto em outro *negócio jurídico*, que é denominado de básico ou principal. Podemos citar como exemplo, o contrato de sublocação.

O *negócio jurídico derivado* não deve ser confundido com o acessório, haja vista que o derivado participa e tem a mesma natureza do básico.

f - quanto à duração, vamos encontrar o *negócio jurídico*: *instantâneo* e o *de duração ou de trato sucessivo*.

Instantâneo é o negócio cujos efeitos são exauridos em momento único tendo, como exemplo, o contrato de compra e venda à vista.

De duração ou de trato sucessivo é o negócio onde se registra que os efeitos são protraídos no tempo como é o caso do contrato de compra e venda em prestações.

g - quanto à causa, isto é, quanto à análise da necessidade ou não de motivação para elaboração do negócio, este pode ser classificado como *causal* ou *abstrato*.

Neste ponto vale a transcrição de Caio Mário da Silva Pereira quando, a respeito do

¹⁷⁶ Código Civil brasileiro.

Artigo 107º. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

¹⁷⁷ Código Civil português.

Artigo 219.º (Liberdade de forma).

A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei exigir.

assunto, assim descreve:

Tendo em vista essas considerações, os autores distinguem os negócios *causais*, também chamados *materiais*, que comportam a investigação da causa, daqueles outros negócios *abstratos*, também denominados *formais*; nos quais a declaração de vontade produz suas consequências jurídicas independentemente de se cogitar da razão determinante ou do fim a que visa o agente. Quase todos os contratos são causais, neste sentido de que se realizam em razão de um fim objetivo perseguido. Mas nem sempre o *negócio jurídico*, mesmo de enriquecimento, é vinculado a uma causa. Os de mera disposição, os de reconhecimento de dívida, como a emissão de um título ao portador, a emissão de nota promissória, a aceitação de letra de câmbio, são *negócios jurídicos* abstratos, porque neles o efeito patrimonial ocorre em razão da circunstância de atribuir o direito positivo plena eficácia à declaração de vontade, em decorrência apenas de se terem observado os requisitos externos do ato (Enneccerus).

Não quer dizer, porém, que tais atos não tenham causa, ou que se realizem totalmente indiferentes ao fim. Apenas significa que a lei atribui efeito à declaração de vontade, independentemente da indagação causal, ou que a sua validade independe do fim determinante (Oertmann). Nos títulos cambiais, e. g., a produção de consequências jurídicas é alheia à causa, estabelecendo o direito positivo que a emissão de vontade gera seus efeitos, por amor aos requisitos extrínsecos. Mas nem por isso se deve dizer que o *negócio jurídico* abstrato não tem causa.

Diante do problema relacionado com a indagação causal, a doutrina se divide. Uns escritores dão-lhe grande importância sustentando a sua unidade conceitual, embora admitam a variedade de aspectos que pode revestir. Outros, porém, negam-lhe relevância, e ainda outros vão mais longe, desprezando-a, por entenderem que a distinção causal nada mais é do que uma desnecessária duplicação dos elementos integrantes do *negócio jurídico*. (PEREIRA, 2007, p. 506-507).

h - quanto à eficácia, o *negócio jurídico* pode ser: *consensual*, *solene* ou *real*.

Consensual é o *negócio jurídico* que exige apenas, para o seu aperfeiçoamento, a exteriorização da vontade das partes.

Solene é o *negócio jurídico* que para tornar-se perfeito exige o atendimento à formalidade prevista em lei, assim acontece no caso do testamento ou da venda de imóvel.

Real, neste caso, estamos diante do *negócio jurídico* que para configuração do seu perfazimento requer a tradição, isto é, requer a verificação da entrega da coisa objeto do ato negocial, conforme acontece no contrato de depósito, de locação ou de penhor.

i - quanto aos interesses das partes, o *negócio jurídico* pode ser classificado como: *intersubjetivo*, *plúrimo*, *coletivo* ou *difuso*.

Intersubjetivo, é o ato que conta apenas com uma pessoa em cada um dos polos da relação como no típico exemplo do *contrato de mandato*.

Plúrimo é o negócio caracterizado pelo registro de, em um ou em ambos os polos da relação negocial, encontrar-se mais de um sujeito, como acontece na prestação de serviços por

duas ou mais pessoas.

Coletivo é o ato negocial onde registramos que os interesses defendidos são de abrangência coletiva, como na convenção coletiva de trabalho firmada por sindicato.

Difuso é o ato onde registramos a presença de entidade representativa de interesses difusos, como ocorre na hipótese do Ministério Público celebrar termo de ajustamento de conduta tendo como objeto a proteção ao meio ambiente¹⁷⁸.

Outras são as formas de classificação dos *negócios jurídicos*. Os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, por exemplo, assim discorrem:

Quanto ao conteúdo, os negócios jurídicos poderão ser:

- Patrimoniais, relacionados com bens ou direitos aferíveis pecuniariamente (negócios reais, obrigacionais etc.);
- Extrapatrimoniais, referentes a direitos sem conteúdo econômico (direitos puros de família, direitos de personalidade etc.).

Por fim, quanto à eficácia do negócio jurídico, classificam-se em:

- Constitutivos, cuja eficácia opera-se *ex nunc*, ou seja, a partir do momento da celebração;
- Declaratórios ou declarativos, negócios em que os efeitos retroagem ao momento da ocorrência fática a que se vincula a declaração de vontade, ou seja, *ex tunc*.

Esse esquema classificatório não é exaustivo, uma vez que a doutrina cuida de apresentar outros subtipos, de acordo com os mais variados critérios. (GAGLIANO e FILHO, 2002, p. 324).

Deve ser observado também, que um tipo de *negócio jurídico* pode apresentar, sob aspectos distintos, várias classificações, o que deixa claro que diante de ângulos diversos uma classificação não necessariamente elide outra.

10.2 REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

É imprescindível, sobremaneira, nas situações em que ocorre a lide, isto é, nas situações onde se apresenta a disputa judicial, que os termos e elementos de um ato jurídico

¹⁷⁸ Meio ambiente. O ambiente em que todos vivem e exercitam sua atividade, com direito a tê-lo ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e cuja defesa e preservação se impõe ao poder público e à coletividade. SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 557.

sejam devidamente analisados para que possamos definir quanto à existência ou não da *boa-fé*, quanto à aplicação dos princípios gerais do direito, entre outros aspectos.

Assim com vistas as expressões do parágrafo anterior, poderemos determinar a pertinência ou não do que cada uma das partes pretende ou rechaça como *só* acontecer quando se litiga em torno do direito a aposentadoria, do direito a nomeação e posse em razão de aprovação em um concurso público, do direito a determinada prestação de serviço a ser adimplida diretamente por qualquer órgão da Administração Pública ou através dos seus setores descentralizados, e assim por diante.

Cabe ressaltar que nestas condições, não raras vezes, vamos nos deparar com o questionamento quanto a legalidade ou não da exigência em torno desta ou daquela situação que se configura uma *expectativa de direito*.

Tais análises estão compreendidas, neste caso, no contexto que denominamos de interpretação do ato jurídico que, como já anteriormente observado, com base no que se estuda para a espécie *negócio jurídico*, possamos entender as exigências que devem ser perquiridas para a configuração de legitimidade quanto aos demais atos lícitos.

Quando requerido uma determinação juridicamente formal é importante frisar que somente em razão dos resultados obtidos com fulcro nas pertinentes decisões, oriundas do exercício interpretativo da situação em análise, o que em regra é atividade do julgador, é que se poderá concluir pela existência ou não da *legítima expectativa de direito*.

Interpretar o *negócio jurídico* é determinar o sentido que o mesmo deve ter, isto é, ao utilizarmos das diversas formas de buscar os propósitos do ato negocial, estamos também a buscar o seu conteúdo volitivo.

A interpretação do *negócio jurídico* guarda significativo paralelismo com a interpretação da lei, pois como se depreende do exposto, em ambas situações estamos a procura da determinação do verdadeiro sentido da manifestação de vontade.

Devemos apenas observar que, enquanto na interpretação da lei o resultado é dirigido a um número indeterminado de pessoas, em razão da generalidade que identifica o preceito legal, no caso do *negócio jurídico*, a aplicação das suas regras é dirigida apenas para os intervenientes da avença.

10.2.1 A boa-fé na interpretação do negócio jurídico

No que diz respeito às regras de interpretação, inicialmente, cabe chamar atenção para o que informa o artigo 113 do atual Código Civil brasileiro. “Os *negócios jurídicos* devem ser interpretados conforme a *boa-fé* e os usos do lugar de sua celebração.”

Ao se referir, neste contexto, à *boa-fé*, o citado ordenamento está a observar que a interpretação dos *negócios jurídicos* deve levar em consideração os princípios de ética e de lealdade.

Assim, de acordo com a professora Maria Helena Diniz, tem-se que:

O princípio da boa-fé está intimamente ligado não só à interpretação do negócio jurídico, pois segundo ele o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração da vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem agir com lealdade e também de conformidade com os usos do local em que o ato negocial foi por elas celebrado. (DINIZ, 1995, p. 365).

Ainda sob esta concepção, nos reportamos ao comando do art. 112 do Código Civil brasileiro que deste modo expressa: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

Tal disposição, com pequena alteração, tem como seu correspondente o art. 85 do revogado Código Civil¹⁷⁹ brasileiro, o qual, interpretado por Levenhagen apresenta o seguinte entendimento:

O ato jurídico é como que a exteriorização da vontade, e essa exteriorização se dá comumente pela palavra, pela escrita.

Algumas vezes, porém, essa exteriorização não revela fielmente a vontade e, por isso, a lei determina que se atenda de preferência a intenção, desde que a isso se possa chegar pela interpretação, quando o modo de exprimir tenha sido imperfeito, obscuro ou cause indecisão.

É preciso notar, todavia, que a lei manda atender mais à intenção, e não somente a esta. Desse modo, a interpretação deve conjugar as duas coisas: o sentido literal e a vontade ou a intenção, com prevalência desta no caso de dúvida, e isso porque a

¹⁷⁹ Código Civil brasileiro (revogado).

Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.

parte essencial do ato jurídico é a vontade e a esta, portanto, desde que manifestada legalmente, é que o direito dá eficácia. (LEVENHAGEN, 1995, p. 102).

A importância do exercício da *boa-fé* na efetivação e interpretação dos *negócios jurídicos* é bastante enfatizada, tanto na doutrina quanto no ordenamento.

O escritor e advogado lusitano, Durval Ferreira, preleciona:

Princípio de *boa-fé*, como dever de conduta, realmente enforma toda a vida do *negócio jurídico*: desde os seus preliminares, passando pela sua formação, na sua integração, no seu cumprimento e até ao exercício final dos direitos criados (arts. 227.º, 239.º, 762.º e 334.º do C. Civil). (FERREIRA, 1998 p. 29).

Os artigos acima citados do Código Civil português, nas pertinentes disposições, assim preceituam:

Código Civil português

ARTIGO 227.º (Culpa na formação dos contratos).

1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

ARTIGO 239.º (Integração).

Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

ARTIGO 762.º (Princípio geral)

1....

2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.

ARTIGO 334.º (Abuso do direito)

É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

Continuando, Ferreira (1998, p. 29), ainda expressa: “Isto é, cabe à parte um ónus de bem pensar e bem declarar, antes de emitir a fundamental ‘declaração-negocial’ que vai dar vida ao negócio. Mas se o cumpre, também beneficia do seu resultado”.

10.2.2 A boa-fé e a reserva mental na interpretação do negócio jurídico

O agente que age de *boa-fé*, regra geral, fica protegido dos efeitos de uma falsa declaração de vontade da parte que assim procede com o intuito de enganar outrem, como acontece na chamada reserva mental. A este respeito, o novo Código Civil brasileiro, no seu artigo 110, informa: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.”

O Código Civil português no seu artigo 244.º, números 1 e 2, assim expõe:

Código Civil português

Art. 244.º (Reserva mental)

1. Há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratório.
2. A reserva não prejudica a validade da declaração, excepto se for conhecida do declaratório; neste caso, a reserva tem os efeitos da simulação.

Como visto a reserva mental implica em ser exteriorizada uma declaração em que o conteúdo não condiz com o verdadeiro propósito do declarante, tendo este por único objetivo iludir o declaratório.

Vale, entretanto, observar que nem sempre a reserva mental é utilizada para o exercício da torpeza. O professor Carlos Roberto Gonçalves, nesse sentido, informa o seguinte:

Alguns exemplos são mencionados, ora agindo o declarante de *boa-fé*, ora de *má-fé*. Da primeira hipótese é aquele em que o declarante manifesta a sua vontade no sentido de emprestar dinheiro a um seu amigo (contrato de mútuo), porque este tinha a intenção de suicidar-se por estar em dificuldades financeiras. A intenção do declarante não é a de realizar o contrato de mútuo, mas, tão-somente, salvar o amigo do suicídio. Ainda assim, o propósito de engano se encontra presente, sendo hipótese típica de reserva mental. E, da segunda hipótese, a declaração do testador que, com a preocupação de prejudicar herdeiro, dispõe em benefício de quem se diz falsamente devedor. (GONÇALVES, 2009, p. 316).

Neste momento, requeremos licença ao leitor para efetuarmos pequeno desvio na sequência da explanação e reafirmarmos que o assunto, objeto do nosso tema, não registra, de forma direta, sede no ordenamento jurídico brasileiro e a escassa doutrina no tocante à

matéria, em geral, não lhe é favorável, o mesmo ocorrendo com boa parte da jurisprudência quando considera como mera *expectativa de direito* o estágio onde já se registra a realização de vários *atos jurídicos perfeitos* tendentes a aquisição de um pretendido direito subjetivo e, por conseguinte, a este estágio não atribui nenhuma proteção do ordenamento jurídico.

Também, nesta oportunidade, voltamos a informar que, no desenvolver das pesquisas pertinentes à execução da presente peça científica nos deparamos com material de Tese de Doutorado elaborado pelo professor Rafael Da Cás Maffini que apresenta o tema intitulado “Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro” onde se registra pontos comuns quanto ao que ora defendemos, motivo pelo qual, nos capítulos seguintes, da referida tese, utilizaremos determinadas outras preleções, devendo, entretanto, ser observado que os enfoques e direcionamentos, para o ponto final em cada um dos trabalhos, apresentam-se com formas variadas, tendo os mesmos como ponto comum apenas a defesa, em torno de distintos aspectos, quanto à *expectativa de direito*.

Retornando à questão central desses dois últimos subitens, sobremaneira no que concerne à interpretação do *princípio da boa-fé objetiva* nos *negócios jurídicos*, de pronto, nos reportamos ao professor retro citado para afirmar que:

O *princípio da boa-fé* é noção que deitou raízes e se desenvolveu no Direito Privado. Nesta seara, chamamos a atenção para o grau de desenvolvimento teórico que tal princípio alçou, com matizes de evolução teórica especialmente voltadas ao estudo dos *negócios jurídicos* e das obrigações.

A *boa-fé*, em termos gerais, dicotomiza-se em dois sentidos básicos, um subjetivo e outro objetivo. No sentido subjetivo (*Guter Glaube*, no alemão), significa um verdadeiro estado anímico, residente no campo das intenções, qualificado pelo sentimento pessoal (daí a qualificação de “subjetiva”) de atuação conforme a ordem jurídica.

No sentido objetivo (*Treu und Glauben*), a *boa-fé* enseja imposições de natureza comportamental, sem agressão nem frustração às expectativas legitimamente criadas, qualificando, pois, “uma norma de comportamento leal”, da qual decorrem consequências hermenêuticas, bem como a imposição de deveres jurídicos ou limites à fruição de direitos subjetivos. (MAFFINI, 2005, p. 51).

Nesta seara, entendemos oportuno trazer à baila transcrição das palavras da professora Judith Costa Martins¹⁸⁰ feita por Camila Vicenci Fernandes no seu trabalho intitulado

¹⁸⁰ MARTINS, Judith Costa. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil. v. 22 (set. 2002), p. 237 – 239.

“Segurança jurídica, proteção das legítimas expectativas e a Administração Pública: Estabilidade e auto vinculação”, no sentido de que:

“A confiança, traduzida nos deveres de agir com *boa-fé* e com adstrição à lealdade implicará, por evidente, a relativa restrição de certos poderes da Administração Pública. Considera-se que, quando órgãos ou autoridades públicas provocam, com suas declarações no mundo jurídico, o nascimento de legítimas expectativas, devem essas ser tuteladas, ocorrendo mesmo, por vezes, o dever de não revogar ou revisar atos lícitos, porém inoportunos, ou mesmo o dever de não invalidar atos ilegais, se já consolidadas no tempo certas situações, tendo-se, então, por sanada a invalidade originária. Trata-se aí da eficácia negativa do princípio de *proteção da confiança*, impondo à Administração deveres de não fazer”. (FERNANDES, 2010).

A seguir, utilizando da didática disposição do professor Wander Garcia¹⁸¹, embora com ressalvas quanto à análise de mérito, realizamos transcrição de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em razão de recurso especial¹⁸², tendo em vista que a citada decisão desenvolve preleções em torno da *boa-fé objetiva*.

“Boa-fé objetiva. Manutenção forçada. Contrato.

Trata-se, na origem, de ação cautelar (situação em que é requerida medida cautelar¹⁸³ no sentido de garantir o resultado e eficácia de outro processo) proposta por concessionária de veículos, ora recorrida, contra a montadora de automóveis, ora recorrente, noticiando ser concessionária exclusiva da marca da região delineada nos autos, desde 1º/1/1973, em razão de contrato de concessão.”

¹⁸¹ GARCIA, Wander (Coord.): *Como passar! Jurisprudência classificada*. Campinas – São Paulo – Brasil: Editora Foco, 2011, p. 28-29.

¹⁸² Recurso especial. Recurso peculiar ao Superior Tribunal de Justiça do Brasil, para conhecimento das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; ou julgar válida lei ou ato de governo local, contestado em face de lei federal; ou der a lei federal interpretação diversa da que lhe aja atribuído outro tribunal. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p.733.

¹⁸³ Medida cautelar. É providência de caráter urgente, com o fim de prevenir possível prejuízo se a ação principal for julgada procedente em favor do requerente. Sua finalidade é, portanto, preventiva, denominada de ação incidental, se proposta no curso da própria ação principal. O juiz, em qualquer caso – antes ou no curso da ação principal – será sempre o competente para aquela. Às vezes, tem o caráter de preparatória e, portanto, tem de ser proposta antes da ação principal, por ser necessária à mesma. LIMA, Alcides de Mendonça. *Dicionário do Código de Processo Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo - Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 397.

Neste caso, concessão mercantil¹⁸⁴ nos moldes da lei brasileira de n. 6.729,¹⁸⁵ de 28 de novembro de 1979.

“Informou que a recorrente a notificou acerca da rescisão do contrato de concessão em 6/10/2006, impedindo-a de dar continuidade as suas atividades.

Alegou que a rescisão do contrato é nula, configurando abuso do poder econômico e exercício arbitrário de posição dominante em face do que dispõem os artigos 21, 22 e 30 todos da Lei n. 6.729/1979 (Lei Ferrari)¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Concessão mercantil. A concessão mercantil (ou comercial) é o contrato de colaboração empresarial por intermediação em que um empresário (concessionário) se obriga a comercializar os produtos fabricados por outro (concedente). Nota-se prontamente, por esse conceito, que a concessão é contrato muito próximo ao de distribuição-intermediação. A diferença, como já referida, encontra-se no maior grau de ingerência, notável no contrato de concessão, do fornecedor (no caso o concedente) na organização da empresa do colaborador (o concessionário), quando comparado com o peculiar a distribuição-intermediação. Essa maior interferência faz-se necessária se for do interesse do empresário fornecedor acompanhar e controlar mais intensamente as relações que o colaborador mantém com os consumidores dos produtos escoados. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. 3, 5. ed, São Paulo - Brasil: Saraiva, 2005, p. 106.

¹⁸⁵ Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

¹⁸⁶ Lei n. 6.729/1979.

Art. 21. A concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de prazo indeterminando e somente cessará nos termos desta Lei.

Parágrafo único. O contrato poderá ser inicialmente ajustado por prazo determinado, não inferior a cinco anos, e se tornará automaticamente de prazo indeterminado se nenhuma das partes manifestar à outra a intenção de não prorrogá-lo, antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada.

Art. 22. Dar-se-á a resolução do contrato:

I - por acordo das partes ou força maior;

II - pela expiração do prazo determinado, estabelecido no início da concessão, salvo se prorrogado nos termos do artigo 21, parágrafo único;

III - por iniciativa da parte inocente, em virtude de infração a dispositivo desta Lei, das convenções ou do próprio contrato, considerada infração também a cessação das atividades do contraente.

§ 1º A resolução prevista neste artigo, inciso III, deverá ser precedida da aplicação de penalidades gradativas.

§ 2º Em qualquer caso de resolução contratual, as partes disporão do prazo necessário à extinção das suas relações e das operações do concessionário, nunca inferior a cento e vinte dias, contados da data da resolução.

Art. 30. A presente Lei aplica-se às situações existentes entre concedentes e concessionários, sendo consideradas nulas as cláusulas dos contratos em vigor que a contrariem.

§ 1º As redes de distribuição e os concessionários individualmente continuarão a manter os direitos e garantias que lhes estejam assegurados perante os respectivos produtores por ajustes de qualquer natureza, especialmente no que se refere a áreas demarcadas e quotas de veículos automotores, ressalvada a competência da convenção da marca para modificação de tais ajustes.

§ 2º As entidades civis a que se refere o art. 17, inciso II, existentes à data em que esta Lei entrar em vigor, representarão a respectiva rede de distribuição.

Art. 17. As relações objeto desta Lei serão também reguladas por convenção que, mediante solicitação do produtor ou de qualquer uma das entidades adiante indicadas, deverão ser celebradas com força de lei, entre:

II - cada produtor e a respectiva rede de distribuição, esta através da entidade civil de âmbito nacional que a represente, designadas convenções da marca.

Pleiteou a concessão de liminar para imposição da continuidade do contrato dos seus exatos termos, até o final da demanda principal a ser proposta, abstendo-se a referida montadora de nomear outra concessionária para a região de exclusividade sob pena de multa, bem como para permitir à recorrida a utilização da integridade do saldo depositado em sua conta no fundo de capitalização.

A liminar foi concedida pelo juiz de piso em outubro de 2006, e contra a decisão, foi interposto Agravo de Instrumento, desprovido monocraticamente (art. 557 caput. do CPC)¹⁸⁷, em um primeiro momento e também pelo colegiado em um segundo momento, em sede de Agravo Interno¹⁸⁸.

No Recurso Especial, preliminarmente, foi afastada a incidência do art. 542, § 3º, do CPC¹⁸⁹, uma vez que esta Corte Superior tem temperado a regra ordinária de retenção do recurso especial no caso de decisão concessiva de liminar em ação cautelar, pois, in casu, isso inviabilizaria a própria solução da controvérsia tratada nesse momento processual, haja vista que, por ocasião da eventual ratificação do recurso, o próprio mérito da ação já teria sido julgado e mostrar-se-ia irrelevante a discussão acerca da tutelar provisória.

No mérito, a celeuma travada nos autos diz respeito à possibilidade de o judiciário determinar a manutenção forçada de contrato de concessão comercial de venda de veículos automotores celebrado por prazo indeterminado, malgrado tenha o concedente manifestado sua vontade de não mais prosseguir na avença.

*No exame da matéria, entendeu-se que, apesar dos fundamentos levantados pelo acórdão recorrido, insculpidos todos no **princípio da boa-fé objetiva**, afigura-se por demais elastecido o alcance atribuído pelo tribunal a quo ao mencionado princípio. Isso porque o **princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes um padrão de conduta pautada na***

¹⁸⁷ Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

¹⁸⁸ Agravo Interno. O mesmo que Agravo Regimental. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 41.

¹⁸⁹ Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contrarrazões.

§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

probidade, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, conforme dispõe o art. 422 do Código Civil¹⁹⁰ brasileiro de 2002. (grifos da transcrição)

Nessa linha, embora o comportamento exigido dos contratantes deva pautar-se pela boa-fé contratual, tal diretriz não obriga as partes a se manterem vinculadas contratualmente ad aeternum, mas indica que as controvérsias nas quais o direito ao rompimento contratual tenha sido exercido de forma desmotivada, imoderada ou anormal resolvem-se, se for o caso, em perdas e danos.

Registrrou-se, ainda, que a própria Lei n. 6.729/1979, no seu art. 24¹⁹¹, permite o rompimento do contrato de concessão automobilística, pois não haveria razão para lei preconceber uma indenização mínima a ser paga pela concedente, se ela não pudesse rescindir imotivadamente o contrato.

Diante desses fundamentos, a Turma conheceu do Recurso Especial e lhe deu provimento para revogar a liminar concedida na origem.

Precedentes citados: AgRg no REsp 1.162.579-DF, Dje 6/4/2010; MC 2.411-RJ, DJ 12/6/2000; REsp 981.750-MG, Dje 23/4/2010; REsp 1.127.960-SP, Dje 26/3/2010; REsp 534.105-MT, DJ 19/12/2003, e REsp 200.856-SE, DJ 4/6/2001. REsp 966.163-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26/10/2010. (Inform. STJ 453).”

Como observamos, embora com ressalvas quanto à decisão de mérito, nesta oportunidade utilizamos este acórdão em razão do mesmo conter no seu corpo alusões quanto ao *princípio da boa-fé objetiva*. E, no geral, pudemos neste tópico registrar referências dirigidas ao interesse social de segurança nas relações jurídicas, à necessidade de garantia ao

¹⁹⁰ Código Civil brasileiro.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁹¹ Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Art. 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário:

I - readquirindo-lhe o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual;

II - efetuando-lhe a compra prevista no art. 23, inciso II;

III - pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão;

IV - satisfazendo-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.

exercício final dos direitos criados e, inclusive, à previsão de responsabilidade por danos causados em razão do inadimplemento de determinações contratuais.

Entre outros, ainda teceremos comentários a respeito do *princípio da boa-fé* em tópico futuro.

No decorrer dos nossos estudos, continuaremos a demonstrar as exigências que são requeridas para a construção de um ato lícito mostrando nos pontos seguintes outros aspectos a serem observados até atingirmos a situação que autoriza o reconhecimento da *legítima expectativa de direito*.

10.2.3 Outras regras de interpretação do negócio jurídico

Decorrente da análise de variadas disposições do ordenamento vigente, podemos sintetizar outras regras de interpretação, quais sejam:

- as palavras e expressões ambíguas devem ser interpretadas pelos costumes legais;
- as expressões não compreensíveis são tidas como não escritas;
- o conteúdo negocial só compreende as coisas sobre as quais podem as partes pactuar;
- os *negócios jurídicos* que estabeleçam benefícios, privilégios, a renúncia e as cláusulas sancionatórias devem ser interpretados restritivamente;
- as cláusulas de uso são subentendidas no negócio;
- na dúvida, interpreta-se favoravelmente ao devedor;
- em se tratando de negócio consumerista, na dúvida, interpreta-se em favor do consumidor, considerado, no ordenamento brasileiro, como hipossuficiente nesta relação sem ser levado em conta seu poder aquisitivo ou grau de instrução;
- o testamento é interpretado pelo sentido que pretendeu o testador conforme preceitua o Código Civil¹⁹² brasileiro no seu artigo 1.899.

¹⁹² Código Civil brasileiro.

O Código Civil português, de forma direta, refere-se à *interpretação e integração* do negócio jurídico em específica subsecção (artigos 236º a 239º)¹⁹³.

Mais uma vez, chamamos atenção para o fato de que o relato desta peça doutrinária tem como principal objetivo respaldar a propriedade dos argumentos que nesta tese defendemos, ou seja, com os conceitos e disposições legais já consagrados, almejamos consubstanciar os argumentos e elementos para a materialização dos motivos que autorizam considerar “*A expectativa de direito como bem jurídico*”.

Deste modo, é importante observar as exigências que tanto à doutrina quanto o ordenamento jurídico impõem para que os atos praticados entre os particulares possam ser considerados legítimos, não sendo, destarte, concebível que tais atos não garantam ao cidadão a certeza do cumprimento dos mesmos, nos moldes preestabelecidos como cabíveis e suficientes para o atingimento do estágio propiciador da aquisição do futuro direito pretendido, configurando-se mais agressivo ainda, o desrespeito perpetrado, quando tal incerteza atinge direitos esperados em razão de atos entabulados com o próprio Estado, haja vista que estes atos, na sua maioria, são oriundos de um processo de criação bem mais discutido e se destinam, regra geral, à diligência da vida coletiva, inclusive, impondo ao cidadão o dever de obediência e, não raras vezes, a impossibilidade de alternativa legal, como no caso das normas não dispositivas, ou seja, os atos praticados em torno de relações jurídicas com a Administração Pública, normalmente, apresentam regras que não podem ser afastadas pelas partes, assim, a vontade dos intervenientes no ato jurídico perpetrado não tem o poder

Art. 1.899. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.

¹⁹³ Código Civil português.

Artigo 236.º (Sentido normal da declaração)

1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

Artigo 237.º (Casos duvidosos)

Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.

Artigo 238.º (Negócios formais)

1. Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expreso.

2. Esse sentido pode, todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.

Artigo 239.º (Integração)

Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissio, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

de modificar o que já está determinado na lei, ou sequer suprir lacunas.

10.3 ELEMENTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Por elementos dos atos jurídicos, e o *negócio jurídico* é um deles, devemos compreender certas características que todo ato possui ou pode possuir.

A este respeito, assim comenta o professor Carlos Alberto da Mota Pinto:

Corre, como moeda corrente, de manual em manual, uma tradicional classificação tripartida dos elementos dos *negócios jurídicos*. É a tripartição em elementos essenciais (*essentialia negotii*), elementos naturais (*naturalia negotii*) e elementos acidentais (*accidentalia negotii*). (PINTO, 2005, p. 383).

Tal divisão, inclusive, se registra desde o período romano, conforme podemos depreender das lições do professor Magela Cantalice que, de forma semelhante à classificação retro citada, em Noções de Direito Romano, preleciona:

De acordo com a classificação convencional, os elementos dos atos jurídicos são os seguintes:

I – Elementos essenciais (*essentialia negotii*) – sem eles o ato jurídico não pode existir: o preço na compra e venda;

II – Elementos naturais (*naturalia negotii*) – são vinculados, de pleno direito, ao ato jurídico, mas não indispensáveis à sua existência: a evicção;

III – Elementos acidentais (*accidentalia negotii*) – são introduzidos no *negócio jurídico*, acidentalmente, pelas partes, com o propósito de modificá-lo: pacto adjeto de melhor oferta na compra e venda. (CANTALICE, 1977, p. 105-106).

Nos itens seguintes abordamos mais informações ligadas ao tema.

10.3.1 Elementos naturais

Tecendo outros comentários no tocante a tal classificação, iniciamos, com vistas ao

nosso plano didático, pelo ponto que se refere aos elementos naturais, estes que embora não façam parte da essência dos atos, decorrem naturalmente deles.

Destarte, são elementos naturais àqueles que integram a natureza do negócio e, desta forma, não necessitam de expressamente estarem presentes nos negócios entabulados, haja vista que, previstos no ordenamento jurídico, automaticamente, se aderem aos atos realizados no contexto negocial.

Assim, não é demais sempre observar que, nestes casos, para o estabelecimento de legitimidade de um determinado ato, é requerida a existência de certas garantias ou disposições, mesmo que estas não estejam, de forma expressa, contidas no teor do acordo perpetrado.

Comentamos, ainda, ser possível até prelecionar que para tais elementos, em verdade, deve ser atribuída a condição de efeitos decorrentes da própria natureza do negócio que, inclusive, em razão de cláusula contrária, podem ser excluídos. Mas, repita-se, a invalidade do elemento natural depende de cláusula expressa neste sentido.

Podemos, no ordenamento brasileiro, citar como exemplos de disposições onde se apresentam situações que configuram a existência de elementos naturais no *negócio jurídico*: a responsabilidade assumida pelo vendedor no que diz respeito a perda do bem em razão da “evicção”, art. 447, como já visto, e a responsabilidade do vendedor em razão do “vício redibitório”, art. 441, ambos do Código Civil¹⁹⁴ brasileiro.

O professor lusitano, Carlos Alberto da Mota Pinto, quanto aos elementos naturais, afirma:

Elementos naturais. São os efeitos negociais derivados de disposições legais supletivas. Não é necessário que as partes configurem qualquer cláusula para a produção destes efeitos, podendo, todavia, ser excluídos, por estipulação adrede formulada.

Na disciplina dos vários negócios de tipo obrigacional abundam as disposições supletivas – abunda o *jus dispositivum*. Já os negócios familiares pessoais – sabemos-lo – contêm na sua regulamentação quase somente normas imperativas (*jus cogens*). São exemplos de normas supletivas, e, consequentemente, de efeitos correspondentes a elementos naturais dos respectivos tipos de *negócio jurídico*, os

¹⁹⁴ Código Civil brasileiro.

Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

artigos 964.^o ¹⁹⁵ (doação), 885.^o ¹⁹⁶ (compra e venda), 1030.^o ¹⁹⁷ (locação), etc. (PINTO, 2005, p. 384).

10.3.2 Elementos essenciais

Neste ponto, começamos a observar que alguns elementos do *negócio jurídico* são chamados de essenciais porque constituem requisitos de existência e de validade, isto é, integram a própria essência dos atos, como é o caso do preço e do produto que integram a compra e venda, e da forma escrita que integra o testamento.

A respeito do tema diz o professor Carlos Alberto da Mota Pinto que:

Reina nesta matéria grande diversidade de opiniões entre os autores, que distinguem muitas vezes entre *elementos*, *pressupostos*, *requisitos*, etc., dos negócios. Essa variedade de pontos de vista importa principalmente diversidades de sistematização ao explanar-se a teoria do *negócio jurídico*, não tendo repercussões no plano pragmático da solução dos casos da vida.

Rigorosamente, elementos do negócio deveriam ser as realidades sem as quais o negócio não chegaria sequer a ter existência material – não chegaria sequer a constituir-se. Nesta perspectiva, elementos do negócio seriam a *declaração*, os *sujeitos* (na medida em que não estejam – e parece não estarem – implícitos na própria noção de declaração) e o *conteúdo*.

Sendo, porém, o *negócio jurídico* um acto que só desempenha a sua função na medida em que for válido, não vemos razão para afastar a sistematização tradicional que considera *elementos essenciais* de todo e qualquer *negócio jurídico* os *requisitos ou condições gerais de validade* de qualquer negócio. São eles a capacidade das partes (e a legitimidade, quando a sua falta implique invalidade e não apenas ineficácia), a declaração de vontade sem anomalias e a idoneidade do objecto.

Pode igualmente falar-se de elementos essenciais no sentido de *elementos essenciais de cada negócio típico ou nominado* (venda, locação, doação, mútuo, etc.). Trata-se, agora, das cláusulas que contra-distinguem um certo tipo negocial dos restantes tipos. São as características próprias de cada modalidade negocial, que a separam

¹⁹⁵ Código Civil português.

Artigo 964.^o Pagamento de dívidas

1. Se a doação for feita com o encargo de pagamento das dívidas do doador, entender-se-á a cláusula, na falta de outra declaração, como obrigando ao pagamento das que existirem ao tempo da doação.

2. ...

¹⁹⁶ Código Civil português.

Artigo 885.^o Tempo e lugar do pagamento do preço.

1. O preço deve ser pago no momento e no lugar da entrega da coisa vendida.

1. Mas, se por estipulação das partes ou por força dos usos o preço não tiver de se pago no momento da entrega, o pagamento será efectuado no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento.

¹⁹⁷ Código Civil português.

Artigo 1030.^o Encargos da coisa locada

Os encargos da coisa locada, sem embargo de estipulação em contrário, recaem sobre o locador, a não ser que a lei os imponha ao locatário.

dos tipos vizinhos. Assim, p. ex., na locação, a obrigação de proporcionar à outra parte o gozo temporário de uma coisa e a obrigação desta de pagar a correspondente retribuição (renda ou aluguer) – é o que resulta do artigo 1022.^o ¹⁹⁸. (PINTO, 2005, p. 383-384).

Quando do estudo dos elementos essenciais nos deparamos com as análises do que se denominam *plano de existência e de validade do negócio jurídico*.

10.3.2.1 Plano de existência

O plano da existência é relativo ao ser, isto é, a sua estruturação. Depende da presença de elementos básicos, fundamentais, para que possa ser admitido, ser considerado, em suma, existir.

Assim, são pressupostos de existência do *negócio jurídico*: o agente, o objeto, a forma e a manifestação de vontade.

Buscamos dos ensinamentos de Silva, quanto aos elementos de existência dos *negócios jurídicos* (agente, objeto, forma e manifestação de vontade), as seguintes informações:

Agente. No Direito Civil, agente é toda pessoa que atua na execução de um ato jurídico, sendo o autor, tendo-o executado por conta própria ou de outrem.

Objeto. No sentido jurídico, assim se diz a coisa, qualquer que seja, sobre que recai o direito.

Forma, em sentido amplo, quer exprimir o aspecto exterior ou o revestimento exterior, a configuração externa, indicativa da maneira porque a manifestação da vontade se opera ou o ato jurídico se executa. Mostra-se a maneira de compor a coisa, ou modo de apresentá-la ou o efeito que deve ter.

Manifestação. Derivado do latim *manifestatio*, significa a *declaração*, feita a respeito de certas coisas.

Assim, *manifestação da vontade* entende-se o ato pelo qual se dá a entender que se quer ou não se quer alguma coisa, significando, pois, o mesmo que declaração da vontade. (SILVA, 2003, p.76, 968, 631e 889).

¹⁹⁸ Código Civil português.

Artigo 1022.^o Noção

Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição.

Neste ponto vale observar que na falta de qualquer dos elementos, estaremos diante da impossibilidade da formação do *negócio jurídico*.

10.3.2.2 Plano de validade

O plano de validade tem a ver com a aptidão do negócio de, frente ao ordenamento jurídico, poder produzir efeitos concretos.

Presentes os elementos necessários para confirmação da existência do ato, a seguir vamos perquirir da adequação daqueles às exigências para sua valência no mundo jurídico. Assim, entre outras análises, questionamos se o agente é capaz, se o objeto não fere as determinações legais, se a forma é permitida ou não contrária ao estipulado pelo ordenamento e se a vontade não está eivada de vícios.

Neste sentido, diz o artigo 104 do Código Civil brasileiro:

Código Civil brasileiro
Art. 104. A validade do **negócio jurídico** requer:
I - agente capaz;
II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III- forma prescrita ou não defesa em lei. (grifos da transcrição)

A capacidade prevista no inciso I do artigo 104 do citado Código, deve ser entendida de forma abrangente, ou seja, o agente será considerado capaz não apenas pela sua maioridade e sanidade mental, mas também, quando assim exigir a situação, pela demonstração de legitimação. Isto é, a capacidade do agente para validar o ato pode ser geral ou especial. Nesta última situação, valemo-nos das palavras da professora lusitana Ana Prata quando, no tocante ao vocábulo *legitimidade*, preleciona:

No campo do *Direito Civil*, diz-se que uma pessoa tem legitimidade para praticar certo acto quando é sujeito (passivo ou activo) da situação jurídica sobre a qual o referido acto vai exercer o seu efeito, quando tem título jurídico que lhe permite desencadear efeitos em esfera jurídica alheia (por exemplo, poderes de representação) ou quando, excepcionalmente, a lei expressamente lhe permite a prática do acto (por exemplo, o cumprimento da obrigação pode, em princípio, ser feito por terceiro, interessado ou não nesse cumprimento – artigo 767.º do Código

Civil de Portugal)¹⁹⁹.

Trata-se, portanto, de uma qualidade do sujeito jurídico, mas que – diversamente da capacidade – é aferida em cada relação e diz respeito ao conteúdo concreto desta. (PRATA, 2006, p. 711).

Cabe observar que quando, neste segundo parágrafo da citação, a doutrinadora fala de *capacidade*, neste ponto, para efeito do que ora explanamos, devemos entender a expressão como *capacidade geral*, em comparação com a *capacidade especial*, ou seja, com a *legitimidade*.

Assim, por exemplo, no Brasil, o cidadão com idade superior a dezoito anos e inferior a trinta e cinco, embora tendo atingido a maioridade e conseqüentemente capacidade plena para o exercício dos atos da vida civil, não poderá ser eleito senador da república em razão de disposição constitucional que define, entre outras exigências, a idade mínima de trinta e cinco anos para que a pessoa tenha condições de elegibilidade, na forma da lei, para o referido cargo.

Ainda, para a validade do *negócio jurídico* exige-se que a manifestação de vontade seja livre e de *boa-fé*.

A vontade é pressuposto básico do *negócio jurídico* e é imprescindível que se exteriorize. Esta exteriorização pode acontecer de forma expressa, por palavra escrita, por palavra falada, por gestos, por mímica, etc., ou de forma tácita, a que se infere da conduta do agente, sendo esta forma considerada válida quando a lei não exigir que seja de outro modo.

Sendo atendidos os requisitos de que foram enunciados, não se registram dúvidas quanto à validade do ato entabulado.

Neste sentido, citamos como exemplo, decisão da Turma de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região - Brasil, que por unanimidade dos seus membros conheceu e deu provimento a recurso impetrado pela União para determinar validade a acordo celebrado entre a Caixa Econômica Federal, empresa pública, e determinado particular.

¹⁹⁹ Código Civil português.

Artigo 767.º (Quem pode fazer a prestação).

1. A prestação pode ser feita tanto pelo devedor como por terceiro, interessado ou não no cumprimento da obrigação.

2. ...

Vale observar, neste caso, que a Caixa Econômica recorreu de decisão que reconheceu o direito do recorrido de obter o levantamento dos valores relativos aos complementos de atualização monetária do saldo da sua conta vinculada do FGTS, desconsiderando o termo de adesão firmado pelo autor, de que trata a Lei Complementar n. 110/2001²⁰⁰.

A Caixa Econômica Federal²⁰¹ interpôs, com fulcro no artigo 476 e seguintes²⁰² do Código de Processo Civil brasileiro, Incidente de Uniformização, o que se configura instrumento processual com vistas à uniformidade na interpretação de uma certa questão em um determinado tribunal, alegando que o termo de adesão é perfeitamente válido, estando em consonância com nosso ordenamento jurídico, constituindo ato jurídico perfeito, não existindo prova da existência de vício na formação do acordo e, ainda, insurge-se contra a condenação em honorários advocatícios, argumentando a constitucionalidade da Medida Provisória 2.164/2001²⁰³, que deu origem ao art. 29-C, da Lei 8.036/90²⁰⁴.

A ementa da referida Decisão, apresenta o seguinte teor:

²⁰⁰ Lei Complementar n. 110, de 30 de junho de 2001. Institui contribuições sociais e autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

²⁰¹ Caixa Econômica Federal (CEF). Também conhecida como Caixa Econômica ou apenas Caixa é uma instituição financeira, sob a forma de empresa pública do governo federal brasileiro, com patrimônio próprio e autonomia administrativa com sede em Brasília (DF) e com filiais em todo o território nacional. É um órgão vinculado ao Ministério da Fazenda.

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caixa_Econ%C3%B4mica_Federal>. Acesso em: 15 jul. 2014.

²⁰² Código de Processo Civil brasileiro (Da Uniformização da Jurisprudência).

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

²⁰³ Medida Provisória 2.164, 24 de agosto de 2001. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional...

²⁰⁴ Lei 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS.

Art. 29-C. Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios.

“FGTS. Termo de adesão. Lei Complementar n. 110/2001. Ato jurídico perfeito. Condenação em honorários advocatícios. MP’s n^{os} 2.180-35/2001 e 2.164-40/2001.

O acordo celebrado pelas partes, com base na Lei Complementar 110/2001, é perfeitamente válido, constituindo ato jurídico perfeito e acabado (STF-RE418918).

A anulação de negócio jurídico realizado por **agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei** não é possível se **inexistente vício na manifestação de vontade dos agentes**. Incabível condenação em honorários advocatícios, a partir do art. 24-A, caput e parágrafo único, da Lei n. 9.028/95²⁰⁵ (Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório), com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001²⁰⁶ e do art. 29-C da Lei n.º 8.036/90²⁰⁷ (Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), introduzindo pela MP n.º 2.164/2001²⁰⁸, respectivamente.

A aplicação do art. 29-C da Lei n. 8.036/90 não afronta o princípio da sucumbência, positivado no artigo 20 do CPC²⁰⁹, nem contraria o art. 22 da Lei 8.906/94²¹⁰ (Estatuto da OAB). (grifos da transcrição)

Pedido de Uniformização conhecido e provido.”

²⁰⁵ Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995. Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório.

Art. 24-A. A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo a todos os processos administrativos e judiciais em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS seja no polo ativo ou passivo, extensiva a isenção à pessoa jurídica que o representar em Juízo ou fora dele.

²⁰⁶ Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivo das Leis n.s 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis n.s 5. 869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964.

²⁰⁷ Lei 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS.

Art. 29-C. Nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais, não haverá condenação em honorários advocatícios.

²⁰⁸ Medida Provisória n. 2.164-41, de 24 de agosto de 2001. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis n.s 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601, de 21 de janeiro de 1998.

²⁰⁹ Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

²¹⁰ Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

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

Neste ponto, antes de adentrarmos nas análises dos elementos acidentais, observamos que a Caixa Econômica Federal é integrante da Administração Indireta Federal²¹¹ na condição de empresa pública²¹². Assim, podemos afirmar que, quando o Estado participa da avença, seja de forma direta ou indireta, o *ato jurídico perfeito* é respeitado para que o Estado não seja prejudicado com tal desconsideração, não se configurando, destarte, plausível se entender que possa o mesmo ou, a depender da situação, o detentor do poder econômico, desconsiderar termos e condições constantes de entabulamentos de *atos jurídicos perfeitos* em detrimento da *segurança jurídica* do administrado ou do hipossuficiente nas relações jurídicas que com este mantiver.

Devemos também relembrar que ao invalidarmos os *termos e condições* que erigem uma *legítima expectativa de direito*, estamos a invalidar os *atos jurídicos perfeitos* que consubstanciam tal situação.

10.3.3 Elementos acidentais

Neste contexto, além dos elementos essenciais, isto é, elementos de existência e validade do *negócio jurídico*, ainda devemos falar dos chamados elementos acidentais, estes embora não exigidos pela lei, quando introduzidos pela vontade das partes passam a figurar, em geral, na qualidade de requisitos de eficácia do negócio como: a *condição*, o *termo* e o *encargo* ou *modo*.

Valendo-nos mais uma vez das lições do professor Calos Alberto da Mota Pinto, transcrevemos, quanto aos elementos acidentais, as seguintes assertivas:

²¹¹ Administração Indireta – conjunto de pessoas administrativas (autarquias, fundações públicas de direito público, fundações públicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas) que, vinculadas à Administração Direta, têm a competência para o exercício de forma descentralizada de atividades administrativas.

Disponível em: <<http://professorarmando.blogspot.com.br/2008/05/administracao-direta-e-indireta-conceito.html>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

²¹² Empresa Pública: pessoa jurídica de direito privado, de natureza administrativa, integrante da administração indireta, com capital exclusivamente público, cuja criação é autorizada por lei específica, sob qualquer forma jurídica adequada à sua natureza (Ltda., S/A, etc.), para que a administração direta exerça atividades econômicas ou, em algumas situações, preste serviços públicos (alguns exemplos: Correios, BNDES, Caixa Econômica Federal, Casa da Moeda do Brasil).

Disponível em: <<http://professorarmando.blogspot.com.br/2008/05/administracao-direta-e-indireta-conceito.html>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

Elementos acidentais. São as cláusulas acessórias dos *negócios jurídicos*. Trata-se das estipulações que não caracterizam o tipo negocial em abstracto, mas se tornam imprescindíveis para que o negócio concreto produza os efeitos a que elas tendem. É o caso das cláusulas de juros, da cláusula condicional, submetendo os efeitos do negócio a um evento futuro e incerto, da estipulação de lugar e tempo para o cumprimento da obrigação, da cláusula modal, na qual se impõe um encargo ao beneficiário de uma doação ou de um testamento, etc. (PINTO, 2005, p. 384).

Como se pode depreender, depois de identificados os elementos de existência e validade, de pronto, o *negócio jurídico* está apto a provocar os efeitos dele esperado. Entretanto, caso venha a figurar no ato entabulado as chamadas cláusulas acessórias, como a *condição*, o *termo* ou o *encargo*, o *negócio jurídico* tem a sua eficácia postergada para um outro momento, onde se registre a ocorrência dos mesmos. Assim, estamos a falar do plano de eficácia do ato, assunto do próximo item.

10.3.3.1 Plano de eficácia

O plano de eficácia tem pertinência com a análise da capacidade do ato entabulado de produzir desde logo efeitos jurídicos ou de ficar submetido a determinados elementos acidentais, que podem conter ou liberar tal eficácia.

Depois de reconhecida a sua existência (através da presença de seus elementos mínimos) e a sua validade (ou seja, atendimento dos requisitos exigidos por lei), deverá o *negócio jurídico* demonstrar, finalmente, a sua plena eficácia. Isto é, vencidas quaisquer situações limitativas, possa o *negócio jurídico* surtir na sua plenitude os efeitos que dele são esperados.

É neste momento das análises, pois, que se averigua, quando for o caso, a presença dos elementos acidentais do *negócio jurídico*.

10.3.3.1.1 A condição

A *condição* é exigência que ocorre de modo eventual. É evento futuro e incerto e, esta

incerteza, atinge não só o “quando” vai ocorrer o fato condicional, mas também o questionamento do “se” vai acontecer.

Como visto, é possível que acidentalmente o *negócio jurídico* tenha a sua eficácia submetida a determinado acontecimento sem a garantia de sua realização.

Diz o artigo 121 do Código Civil brasileiro, “Considera-se *condição* a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do *negócio jurídico* a evento futuro e incerto.” (grifos da transcrição)

Dentre as diversas classificações da “condição” como elemento de eficácia do *negócio jurídico*, iniciamos pela que consideramos mais utilizada e que as identifica como “condições suspensivas” e “condições resolutivas”.

Neste ponto trazemos à baila palavras do advogado e escritor lusitano Durval Ferreira, quando a respeito do tema assevera:

Entre os tipos de condições, é usual - e o próprio Código Civil o faz - referir como básicas, duas: as “condições suspensivas” e as “condições resolutivas”.
Naquelas, até à verificação do facto futuro e incerto - os efeitos do negócio não se produzem. Estão em suspenso. E se o facto não se vem a verificar, jamais se produzem.
Nas condições resolutivas, os efeitos do negócio produzem-se concomitantemente com a sua celebração. Mas não de modo solidificado e definitivo. Certo que, não vindo a verificar-se o facto futuro e incerto (portanto, no reverso, como resolutivo), os efeitos caducam, resolvem-se. “E, retroativamente (embora com muitas restrições), como se o negócio não tivesse sido celebrado. (FERREIRA, 1998, p. 15).

Como visto a *condição suspensiva* impedirá a produção de qualquer efeito até que se realize o evento a que se subordinou a eficácia negocial. A este respeito, assim preceitua o artigo 125 do novo Código Civil brasileiro: “Subordinando-se a eficácia do *negócio jurídico* à *condição suspensiva*, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.”. (grifos da transcrição)

Deste modo, diz-se que ocorrendo a *condição* tem-se o implemento, caso contrário, registramos a frustração. Contudo, vale lembrar que mesmo não se implementando a referida *condição*, o negócio pode produzir alguns efeitos, garantindo o direito futuro do credor, conforme se depreende da análise do que dispõe o artigo 126 do Código Civil brasileiro, isto é: “Se alguém dispuser de uma coisa sob *condição suspensiva*, e, pendente esta, fizer quanto àquelas novas disposições, estas não terão valor, realizada a *condição*, se com ela forem

incompatíveis”. (grifos da transcrição)

A *condição resolutiva*, repetindo, é aquele que em decorrência de realização de evento futuro, faz cessar os efeitos que estão se produzindo. Vale pontuar o que dispõe o artigo 127 do novo Código Civil brasileiro: “Se for *resolutiva a condição*, enquanto esta se não realizar, vigorará o *negócio jurídico*, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.”. (grifos da transcrição)

O Código Civil português sobre o tema preceitua no seu artigo 270º (noção de condição) o seguinte: “As partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução: no primeiro caso, diz-se suspensiva a condição; no segundo, resolutiva.”.

Conforme comentário prolatado por Neto (2004, p. 202): “O negócio sob condição suspensiva não produz efeitos desde a sua realização, mas apenas a partir da verificação da condição; por seu turno, o negócio sob condição resolutiva produz imediatamente os seus efeitos, os quais cessam quando a condição se verifica.”.

Ainda, no tocante as observações relativas a este elemento de validade do *negócio jurídico*, cabe observar os preceitos contidos nos artigos 122, 123 e 129 do Código Civil brasileiro:

Código Civil brasileiro

Art.122. São lícitas, em geral, todas as *condições* não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as *condições* defesas se incluem as que privarem de todo efeito o *negócio jurídico*, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. (grifos da transcrição)

Art.123. Invalidam os *negócios jurídicos* que lhe são subordinados:

I - as *condições* física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas;

II - as *condições* ilícitas, ou de fazer coisa ilícita;

III - as *condições* incompreensíveis ou contraditórias. (grifos da transcrição)

Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a *condição* cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a *condição* maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento. (grifos da transcrição)

Quanto a ilicitude ou impossibilidade da *condição* o Código Civil português no seu artigo 271º (Condições ilícitas ou impossíveis), nos números 1 e 2, de forma elucidativa, assim determina: “1. É nulo o negócio jurídico subordinado a uma condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes. 2. É igualmente nulo o negócio sujeito a

uma condição suspensiva que seja física ou legalmente impossível; se for resolutiva, tem-se a condição por não escrita.”

Concluindo este ponto, asseveramos que *condição* no campo jurídico representa uma cláusula ou disposição que, existindo no ato negocial, atrela a execução do mesmo a um ato ou fato futuro de realização não garantida.

10.3.3.1.2 O termo

Outro elemento de validade relativo ao *negócio jurídico* é o *termo*. Este elemento é representado pela cláusula que subordina os efeitos do ato negocial a um acontecimento futuro e certo.

Difere do elemento condição o qual subordina a eficácia do *negócio jurídico* a evento futuro e incerto. Contudo, pode o *termo* ter data incerta para a sua verificação.

Vários são os tipos de *termos* registrados na doutrina, quais sejam:

Termo convencional que é caracterizado por cláusula contratual inserida no negócio, isto é, convencionalizada pelos próprios interessados que subordina a eficácia do mesmo a evento futuro e certo.

Termo de direito é o que, independentemente da vontade das partes, decorre da lei.

Termo de graça é o que provém de decisão judicial, consistindo em uma dilação de prazo ou em uma autorização de pagamento parcelado.

Termo inicial (*dies a quo*) ou suspensivo é o que fixa o momento em que a eficácia do negócio deve ter início. Ainda neste ponto cabe informar o que diz o artigo 131 do Código Civil brasileiro, “O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

Termo final (*dies ad quem*) ou resolutivo é o que fixa o momento de cassação da eficácia negocial.

Termo certo (quanto ao momento da ocorrência) é o que estabelece uma data do calendário, dia, mês e ano, por exemplo, 15 de dezembro de 2001, ou então quando fixa certo lapso de tempo. Por exemplo: daqui a três anos; no dia em que alguém atingir a maioridade.

Termo incerto (quanto ao momento da ocorrência) é o que se refere a acontecimento futuro, que ocorrerá em data indeterminada.

Diz o Código Civil brasileiro, no seu artigo 135 que: “Ao *termo inicial e final* aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à *condição suspensiva e resolutive*”. (grifos da transcrição)

Contudo cabe salientar que *termo* e *condição* não devem ser confundidos.

O *termo* não suspende a aquisição do direito, mas somente protela o seu exercício.

O *termo* é futuro e certo. A *condição suspensiva* atrela a eficácia do *negócio jurídico* a ato futuro e incerto.

O Código Civil português refere-se ao *termo* no seu artigo 278º, da seguinte forma: “Se for estipulado que os efeitos do *negócio jurídico* comecem ou cessem a partir de certo momento, é aplicável à estipulação, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 272.º e 273.º.” (grifos da transcrição)

Os citados artigos 272.º e 273.º, assim preceituam:

Código Civil português

Artigo 272.º (Pendência da condição)

Aquele que contrair uma obrigação ou alienar um direito sob *condição suspensiva*, ou adquirir um direito sob *condição resolutive*, deve agir, na pendência da *condição*, segundo os ditames da boa fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte. (grifos da transcrição)

Artigo 273.º (Pendência da condição: actos conservatórios)

Na pendência da *condição suspensiva*, o adquirente do direito pode praticar actos conservatórios, e igualmente os pode realizar, na pendência da *condição resolutive*, o devedor ou o alienante condicional. (grifos da transcrição)

Quanto às regras para fixação do *termo* temos, conforme o artigo 279.º do Código Civil português, as seguintes disposições:

Código Civil português

Artigo 279.º (Cômputo do termo)

À fixação do *termo* são aplicáveis, em caso de dúvida, as seguintes regras:

- a) Se o *termo* se referir ao princípio, meio ou fim do mês, entende-se como tal, respectivamente, o primeiro dia, o dia 15 e o último dia do mês; se for fixado no princípio, meio ou fim do ano, entende-se, respectivamente, o primeiro dia do ano, o dia 30 de Junho e o dia 31 de Dezembro;
- b) Na contagem de qualquer prazo não se inclui o dia, nem a hora, se o *prazo* for de horas, em que ocorrer o evento a partir do qual o *prazo* começa a correr;

- c) O *prazo* fixado em semanas, meses ou anos, a contar de certa data, termina às 24 horas do dia que corresponda, dentro da última semana, mês ou ano, a essa data; mas, se no último mês não existir dia correspondente, o prazo finda no último dia desse mês;
- d) É havido, respectivamente, como *prazo* de uma ou duas semanas o designado por oito ou quinze dias, sendo havido como *prazo* de um ou dois dias o designado por 24 ou 48 horas;
- e) O *prazo* que termine em domingo ou dia feriado transfere-se para o primeiro dia útil; aos domingos e dias feriados são equiparadas as férias judiciais, se o acto sujeito a *prazo* tiver de ser praticado em juízo. (grifos da transcrição)

Finalmente neste tópico cabe também lembrar que não há que se confundir o *termo* com o *prazo*, sendo que este é o lapso de tempo compreendido entre a declaração de vontade e a superveniência do *termo* (certo ou incerto) em que começa o exercício do direito ou extingue o direito até então vigente.

10.3.3.1.3 O modo

O *modo* ou *encargo* é atribuição ou ônus que o disponente impõe à pessoa favorecida. Trata-se de cláusula acessória às liberalidades (doações, testamentos).

A esse respeito, assim preceitua o Código Civil brasileiro nos seus artigos 136 e 137:

Código Civil brasileiro

Art. 136. O *encargo* não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no *negócio jurídico*, pelo disponente, como *condição suspensiva*. (grifos da transcrição)

Art. 137. Considera-se não escrito o *encargo* ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o *negócio jurídico*. (grifos da transcrição)

Alguns aspectos podem ser observados no tocante ao *modo*, tendo como exemplos:

- a- que o mesmo, como os demais elementos acidentais, é exigido por intermédio de cláusula acessória, ou seja, esta não se mostra indispensável ao ato;
- b- pode tal estipulação compor ato negocial gratuito ou não;
- c- e, entre outras características, como os demais atos lícitos, não pode ser contrário à lei nem pautado pela impossibilidade de execução.

10.3.4 Observações complementares

Considerando que os elementos *condição*, *termo* e, por vezes, *modo* ou *encargo*, são quase sempre constantes nos diversos tipos de atos jurídicos, sobremaneira a *condição* e o *termo*, registramos as palavras de Ferreira quando o mesmo, face ao ordenamento civil português, observa:

O actual Código Civil não define o negócio condicional: como já o não definia o Código Civil de Seabra.

Apenas no art. 270.º exprime a “noção” de condição suspensiva ou resolutiva. Com duas referências, a primeira a um “facto futuro e incerto”; a segunda, de cuja verificação fica dependente a “produção” dos efeitos do negócio jurídico. E dizer-se que esse facto é condição suspensiva, quando suspende e é resolutiva quando resolve a produção de efeitos: é dizer o mesmo por palavras diferentes (tautologia).

Importante, no entanto, é que o regime do negócio condicional vem no Código Civil logo no capítulo de negócio jurídico e como subsecção da secção da Declaração negocial.

Na verdade, definir o negócio condicional não é definir apenas um seu elemento (a condição); nem definir uma cláusula (art. 114 do C. Civil brasileiro): é definir o negócio condicional; como declaração negocial unitária. (FERREIRA, 1998, p. 137-138).

Adiante, também transcrevemos as palavras de Ferreira quando o mesmo, conceituando o elemento *condição*, preleciona:

A condição é um facto futuro e incerto. Quanto a esta característica a incerteza refere-se não só ao “quando” possa ocorrer o facto, como essencialmente a “se” ele se verificará ou não. Se o facto é certo quando (p. ex., 15 dias, a contar de Y; o dia 15 de Março; o dia de Natal) ou se o facto é certo que vai acontecer (p. ex., a morte de alguém) – então trata-se dum negócio a termo e não de negócio condicional.

No entanto os regimes são cumuláveis, *mutatis mutandis* (art. 278º do C. Civil). E a principal distinção é a de que no negócio a termo os efeitos negociais produzem-se; e apenas a sua exercibilidade é que só pode ser efectivada a partir de quando (termo inicial) ou até quando (termo final) o facto futuro ocorrer. (FERREIRA, 1998, p. 163).

O Código Civil português, nos seus artigos 270º a 279º, trata dos elementos *Condição* e *Termo*, sendo oportuno o inteiramente das disposições contidas nos artigos deste conjunto que não foram trazidos a lume neste tópico (270º, 271º, 274º a 277º)²¹³.

²¹³Código Civil português.

Muitos ainda são os conceitos e orientações inerentes ao tema “elementos do negócio Jurídico”. Poderíamos, ainda, trazer à baila considerações a respeito das pendências da condição, efeitos do encargo, retroatividade da condição, etc. Entretanto, entendemos que os assuntos abordados neste subitem configuram-se o bastante para demonstrarmos, também, sob este prisma, que são várias as exigências com o fito de não termos vícios na elaboração dos diversos atos componentes de uma relação jurídica.

10.4 REPRESENTAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Pode parecer despiciendo, aos olhos do leitor menos atento, a exposição de determinados assuntos, como é o caso da representação do *negócio jurídico*, para o atingimento do que pretendemos neste estudo, que é justamente consubstanciar os necessários argumentos em torno da premissa de que a *legítima expectativa de direito* deve ser considerada como *bem jurídico* e como tal deve merecer a proteção do ordenamento.

Artigo 270.º (Noção de condição)

As partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução: no primeiro caso, diz-se suspensiva a condição; no segundo, resolutive.

Artigo 271.º (Condições ilícitas ou impossíveis)

1. É nulo o negócio jurídico subordinado a uma condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes.

2. É igualmente nulo o negócio sujeito a uma condição suspensiva que seja física ou legalmente impossível; se for resolutive, tem-se a condição por não escrita.

Artigo 274.º (Pendência da condição: actos dispositivos)

1. Os actos de disposição dos bens ou direitos que constituem objecto do negócio condicional, realizados na pendência da condição, ficam sujeitos à eficácia ou ineficácia do próprio negócio, salvo estipulação em contrário.

2. Se houver lugar à restituição do que tiver sido alienado, é aplicável, directamente ou por analogia, o disposto nos artigos 1269.º e seguintes em relação ao possuidor de boa fé.

Artigo 275.º (Verificação e não verificação da condição)

1. A certeza de que a condição se não pode verificar equivale à sua não verificação.

2. Se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada.

Artigo 276.º (Retroactividade da condição)

Os efeitos do preenchimento da condição retrotraem-se à data da conclusão do negócio, a não ser que, pela vontade das partes ou pela natureza do acto, hajam de ser reportados a outro momento.

Artigo 277.º (Não retroactividade)

1. Sendo a condição resolutive aposta a um contrato de execução continuada ou periódica, é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 434.º

2. O preenchimento da condição não prejudica a validade dos actos de administração ordinária realizados, enquanto a condição estiver pendente, pela parte a quem incumbir o exercício do direito.

3. À aquisição de frutos pela parte a que se refere o número anterior são aplicáveis as disposições relativas à aquisição de frutos pelo possuidor de boa fé.

Contudo, numa observação mais amiúde, vislumbramos que direitos podem ser adquiridos por intermédio de outrem, e que tal situação, como é óbvio, requer também o atendimento às exigências de ordem legal, e se os diversos atos parcelares ainda não se configurarem concluídos pelo representante, o direito subjetivo a ser atingido logicamente ainda não estará formalizado, implicando, destarte, nesta situação, na mesma possibilidade de desrespeito aos termos e condições preestabelecidos, como pode ocorrer em qualquer outra circunstância, onde os atos tenham sido praticados diretamente pelo agente detentor da esperança de materializar a “propriedade” do direito almejado. Assim, entendemos pertinentes, como nos demais temas, as abordagens que, neste momento, fazemos a respeito da representação no estudo do *negócio jurídico*.

Haverá representação sempre que uma pessoa for incumbida por outra de realizar declaração de vontade em seu lugar.

Assim, o direito tanto se adquire por ato do próprio adquirente, como por intermédio de outrem, visto que a manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

De modo que, em regra, podem ser praticados por via de intermediário todos os atos, excluídos os personalíssimos.

Nos próximos parágrafos referentes ao assunto em epígrafe neste tópico, quando entendido conveniente e com moderação, serão utilizados os pertinentes acréscimos extraídos do compêndio “Código Civil Anotado”, da lavra de Abílio Neto.

Destarte, no tocante ao artigo 258º do supra mencionado Código Civil português (NETO, 2004, p. 193).que cita os efeitos da representação da seguinte forma: “O negócio jurídico realizado pelo representante em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe competem, produz os seus efeitos na esfera jurídica deste último.”, temos a observação de que são: “Pressupostos da representação: a) realização de um negócio em nome do representado; b) declaração em maior ou menor escala de uma vontade própria do representante e não pura e simples de uma vontade do representado (Mota Pinto, *Teoria Geral*, 1976, 280).”

A representação pode ser: *voluntária (convencional)*, *legal* ou *judicial*.

Representação voluntária (*convencional*). É a instituída espontaneamente pelo mandante para que, em seu nome, alguém empreenda *negócio jurídico*. Abílio Neto (2004, p. 196), neste contexto, apresenta a seguinte anotação: “A representação voluntária pode ser

originária ou subsequente. Há a primeira se os poderes são conferidos antes de celebrado o negócio representativo; há a segunda se o representado só posteriormente aprovou ou ratificou o negócio (*Cavaleiro Ferreira, Sc. Iur., XVIII-269*).”.

Tal situação, a expressa pela execução da representação voluntária, é a manifestação identificada como *mandato* e tem como instrumento a *procuração*, o que, também, conforme transcrição de Abílio Neto (2004, p. 196): “... é o acto pelo qual alguém confere a outrem poderes de representação, tendo por consequência que, se o procurador celebrar o negócio jurídico para cuja conclusão lhe foram dados esses poderes, o negócio produz os seus efeitos em relação ao representado (V. Serra, *RLJ*, 112.º-222).”

O Código Civil português, nos seus artigos 262º a 268º, expõe sobre o tema *representação voluntária* e na primeira disposição desta sequência, nos números 1 e 2, a respeito do que seja *procuração*, registra: “1. Diz-se procuração o acto pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos. 2. Salvo disposição legal em contrário, a procuração revestirá a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar.”

Como sói acontecer nas relações jurídicas, em razão das mesmas envolverem aspirações humanas, os detalhes são por demais frondosos, vejamos como exemplo, as questões relativas à capacidade do procurador no exercício da representação, o que exporemos através da seguinte anotação de Neto:

Para se poder operar a anulação de uma procuração com fundamento em incapacidade accidental ao abrigo do art. 257.º, n.º 1, do Cód. Civil alegando o autor doença psíquica, necessário se torna que o mesmo faça a prova de que no momento em que a procuração foi outorgada, mercê de comprovada doença do foro neurológico de que padecia, estava privado de capacidade de entender e querer e, outrossim, que esse estado era notório ou conhecido da outra parte (STJ, 15-2-1989: BMJ, 384.º-584). (NETO, 2004, p. 197).

Continuando, neste tema, temos ainda:

I – O art. 263.º do Cód. Civil, ao dispor sobre a capacidade do procurador, não exclui a possibilidade de serem atribuídos voluntariamente poderes de representação a pessoas colectivas.

II – Conferidos voluntariamente a uma pessoa colectiva poderes de representação, a determinação das pessoas físicas que, de facto, os exercerão, dependerá – observadas as disposições legais aplicáveis – do disposto nos respectivos estatutos e, sendo o caso, da deliberação dos órgãos competentes (Parecer dos Serviços Jurídicos da DGRN, de 22-10-1998: BRN, n.º 10/98, pag. 18). (NETO, 2004, p. 197).

Retornando aos tipos de representação, como já dito, temos a *legal* e a *judicial*. A primeira, quando a norma jurídica confere poderes a alguém para administrar bens alheios, como: pais em relação aos filhos menores, tutores quanto aos pupilos, entre outros. A segunda, quando decorre da decisão do magistrado, tendo como exemplos: a condição de síndico e de inventariante.

O instituto da *representação* é mais um elemento carecedor de análises quanto aos seus aspectos, para que, no itinerário da relação jurídica intermediária dirigida para aquisição do bem pretendido, isto é, quando do registro de todos os elementos para a configuração do direito adquirido, não se apresente nenhum óbice.

Deste forma, para a devida aquisição do bem pretendido, além dos já expostos, vários outros pontos têm que ser observados, inclusive os que dizem respeito a figura do *abuso de representação*.

Neste escopo vale referências às palavras de Helena Mota, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Porto, quando na sua dissertação “Do Abuso de Representação”, assim explana:

Vimos que esta figura espelha claramente o ponto de convergência entre as relações internas e externas da representação: a permeabilidade e tangibilidade dos poderes representativos ao desvio meramente obrigacional do representante aos deveres assumidos com o representado, é o efeito directo da cominação do abuso de representação.

E como aí se justificava, a definição conceptual foi feita, ainda que deficientemente. Devemos alertar para a escassa produção doutrinal interna sobre a questão, o que nos remete para os grandes manuais que definem em termos mais ou menos similares o abuso de representação.

É consensual o entendimento da figura como o exercício da actividade representativa dentro dos limites formais dos poderes conferidos, embora de modo substancial ou materialmente contrário aos fins da representação ou às indicações do representado ao representante.

Assim, o abuso de representação poderá ocorrer em virtude de um desvio puro e simples aos deveres contratuais específicos da relação gestória, ou devido a um desvirtuamento real dos interesses do representado, do fim visado com o negócio representativo, causado igualmente pela actuação do representante e pelo negócio representativo que este realizou em nome do representado. (MOTA, 2001, p. 135-136).

Segundo anotação seleccionada por Neto (2004, p. 201): “ Há abuso de representação quando o representante actua dentro dos limites formais dos poderes conferidos, mas de modo substancialmente contrário aos fins da representação. (M. Brito, C.C. Anot., 1º - 329).”

O Código Civil português preceitua no seu artigo 269.º (Abuso da representação) “O disposto no artigo anterior é aplicável ao caso de o representante ter abusado dos seus poderes, se a outra parte conhecia ou devia conhecer o abuso.”.

E o artigo anterior, isto é o artigo 268.º (Representação sem poderes), em seus números de 1 a 4, expõe as seguintes disposições:

Código Civil português

1. O negócio que uma pessoa, sem poderes de representação, celebre em nome de outrem é ineficaz em relação a este, se não for por ele ratificado.
2. A ratificação está sujeita à forma exigida para a procuração e tem eficácia retroactiva, sem prejuízo dos direitos de terceiro.
3. Considera-se negada a ratificação, se não for feita dentro do prazo que a outra parte fixar para o efeito.
4. Enquanto o negócio não for ratificado, tem a outra parte a faculdade de o revogar ou rejeitar, salvo se, no momento da conclusão, conhecia a falta de poderes do representante.

O ordenamento civil brasileiro, de forma direta, trata da figura da *representação*, a nosso ver, de modo limitado, em apenas seis disposições (artigos 115 a 120 do Código Civil)²¹⁴ entre as quais, como também no ordenamento português encontramos a disposição referente à celebração de *negócio jurídico tratado consigo mesmo* que no ordenamento luso, de forma semelhante, é denominado *negócio consigo mesmo*, assunto do próximo tópico.

²¹⁴ Código Civil brasileiro.

Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.

Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido subestabelecidos.

Art. 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.

Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

Art. 120. Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código.

10.4.1 Auto negócio

O *auto negócio* ou *negócio jurídico celebrado consigo mesmo*, a nosso ver, possui uma situação atípica na execução do ato da representação, pois, nesta situação, o representante assume papéis antagônicos emitindo vontade na condição de representante e na condição de agente com interesse próprio no objeto do pacto que realiza ou da situação que representa.

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras, referindo-se a uma espécie de *negócio jurídico* celebrado consigo mesmo, no caso, o autocontrato, assim discorre sobre o assunto:

Contrato consigo mesmo. Improriedade linguística, por ambos os elementos vocabulares, para definir o *negócio jurídico* concluído por aquele que exercita mandato e em cuja pessoa se fundem os interesses diversos de credor e devedor. Nesse caso, o representante emite duas vontades distintas, a sua e a do mandante. Obs. O exemplo clássico é do procurador que tem poderes para vender uma coisa por preço determinado e a compra para si próprio. Ademais, o mandato *in rem propriam* é característico da espécie. (SIDOU, 2003, p. 86).

O art. 117 do Código Civil brasileiro trata do *auto negócio* ou *negócio jurídico celebrado consigo mesmo*, considerando-o, em princípio, anulável e, de modo semelhante, o Código Civil português trata deste assunto no artigo 261²¹⁵.

De forma lógica, sabendo que o assunto não se esgota nestas linhas, em outras situações, registramos que seria também pertinente tecer comentários a respeito dos mecanismos de elaboração e delimitação do instituto, das questões de autonomia ou dependência do representante, dos conflitos de interesses, etc. Todavia, entendemos que para as pretensões, nesta obra, os pontos levantados permitem um produtivo conhecimento e enquadramento do instituto no específico contexto.

²¹⁵ Código Civil português.

Artigo 261.º (Negócio consigo mesmo)

1. É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificadamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses.

2. Considera-se celebrado pelo representante, para o efeito do número precedente, o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação.

10.5 DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Defeito, neste contexto, é todo vício que macula o *negócio jurídico*, tornando-o nulo ou passível de anulação. Algumas situações já foram descritas em tópicos anteriores, quando, por exemplo, nos referimos às *condições ilícitas* e ao *negócio consigo mesmo*.

O Código Civil brasileiro trata do tema que dá nome a este subitem, no capítulo “Dos defeitos do negócio jurídico” enquanto que o Código Civil português, refere-se a tais assuntos em subseção denominada “Falta e vícios da vontade” registrando-se, naturalmente, algumas diferenças. O ordenamento brasileiro, por exemplo, de forma direta, preceitua o que seja, neste contexto, *estado de perigo*, *lesão* e *fraude contra credores*, por outro lado, o ordenamento português dedica disposição específica para as chamadas “Declarações não serias”.

Continuando as preleções sobre os defeitos ou vícios dos negócios jurídicos os classificamos em *vícios de consentimento* e *vícios sociais*.

10.5.1 Vícios de consentimento

São aqueles em que a vontade não é expressa de maneira absolutamente livre, isto é, são vícios que se apresentam na formação do ato de decidir ou escolher. Como espécies de tais vícios temos: o *erro*, o *dolo*, a *coação*, a *lesão* e o *estado de perigo*.

10.5.1.1 Erro ou ignorância

É a noção inexata, não verdadeira, sobre alguma coisa, objeto ou pessoa que influencia a formação da vontade.

O Código Civil português no seu artigo 247º expressa:

Código Civil português

Artigo 247º. (Erro na declaração) – Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro.

Comentando sobre os vícios na formação da vontade, diz Ascensão:

O erro consiste numa falsa representação da realidade. Poderia distinguir-se erro e ignorância. Mas como em qualquer caso – mesmo no da ignorância – o resultado é sempre uma falsa representação da realidade pelo agente, não é costume em Direito distinguir.

O erro é assim sempre um vício involuntário: um erro voluntário suporia uma consciência, incompatível com o estado de espírito errante. Não se pode estar em erro de propósito. Realidade diferente é porém o erro *indesculpável*, de que falaremos depois.

Observemos, porém, que o que aqui nos ocupa é apenas o erro na formação de vontade. Há outro tipo de erro, o erro-obstáculo ou *erro na declaração*, que consiste em o agente exprimir defeituosamente a sua intenção. A intenção, aí, formou-se bem. O vício está apenas na exteriorização.

Temos então hipóteses de divergência entre intenção e exteriorização. Estas serão estudadas, embora sujeitas a regime análogo, quando examinamos a exteriorização ou declaração da vontade. (ASCENSÃO, 2003, p. 135-136).

Pode o *erro* se apresentar como; *erro substancial*, *erro decorrente de falso motivo*, *erro resultante da transmissão errônea da vontade* e *erro de cálculo*.

Erro substancial. Diz o artigo 138 do Código Civil brasileiro: “São anuláveis os *negócios jurídicos*, quando as declarações de vontade emanarem de *erro substancial* que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.” (grifos da transcrição)

E, quanto à descrição de *erro substancial*, tem-se no art. 139, deste diploma, que:

Código Civil brasileiro

Art. 139. O erro é *substancial* quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do *negócio jurídico*. (grifos da transcrição)

A informação resultante da combinação do caput do artigo retro citado com os seus incisos I e II, isto é “o erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto

principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais e II- concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante”, pode ser equiparada a que se extrai do conteúdo do artigo 251º (Erro sobre a pessoa ou sobre o objecto do negócio) do Código Civil português que expõe: “O erro que atinja os motivos determinantes da vontade, quando se refira à pessoa do declaratório ou ao objecto do negócio, torna este anulável nos termos do artigo 247.º”.

Erro decorrente de falso motivo. Neste caso, falso motivo, é a argumentação enganosa, utilizada para induzir alguém em erro no entabulamento do *negócio jurídico*. Contudo, o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante, conforme expressa o artigo 140 do Código Civil brasileiro.

Erro resultante da transmissão errônea da vontade. Este, previsto no art. 141 do Código Civil brasileiro, refere-se à transmissão feita por meios interpostos. O citado artigo de lei assim regula: “A transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta.”.

Com aparente identidade, temos no Código Civil português o teor do artigo 250º (Erro na transmissão da declaração) que, nos seus números 1 e 2, da seguinte forma expressa: “1. A declaração negocial inexactamente transmitida por quem seja incumbido da transmissão pode ser anulada nos termos do artigo 247.º e 2. Quando, porém, a inexactidão for devida a dolo do intermediário, a declaração é sempre anulável.”

Erro de cálculo. O artigo 143 do Código Civil brasileiro, diz: “O *erro de cálculo* apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.” (grifos da transcrição), de forma semelhante o artigo 249º (Erro de cálculo ou de escrita) diz: “O simples erro de cálculo ou de escrita, revelado no próprio contexto da declaração ou através das circunstâncias em que a declaração é feita, apenas dá direito à rectificação desta.”

Vale observar as determinações dos artigos 142 e 144 do Código Civil brasileiro e do artigo 252º (Erro sobre os motivos) do Código Civil português:

Código Civil brasileiro.

Art. 142. O *erro de indicação* da pessoa ou da coisa, a que se referir à declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada. (grifos da transcrição)

Art. 144. O *erro* não prejudica a validade do *negócio jurídico* quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante. (grifos da transcrição)

Código Civil português

Artigo 252.º (Erro sobre os motivos)

1. O erro que recaia nos motivos determinantes da vontade, mas se não refira à pessoa do declaratório nem ao objecto do negócio, só é causa de anulação se as partes houverem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo.

2. Se, porém, recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável ao erro do declarante o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído.

A doutrina ainda nos remete para outras explicitações quanto, por exemplo, a espontaneidade ou provocação do erro, essencialidade, culpabilidade, etc.

10.5.1.2 Dolo

O *dolo* consiste em práticas ou manobras ardilosas, maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro. Geralmente, temos a figura do *dolo* ligada ao *erro*. Uma pessoa age com *dolo*, levando a outra a *erro*.

Sob este *prima* temos, de acordo com Ascensão (2003, p. 156), que “O dolo, como acção, é um acto (ilícito) de outrem, que não o errante. O seu fim é induzir ou manter em erro o autor da declaração.

Mais adiante, o citado autor (2003, p. 157), declara “Não se exige que tenha havido a intenção de induzir em erro para que haja dolo. Basta a consciência de que a outra parte versa realmente em erro.”

O ordenamento civil de Portugal, neste escopo, em apenas duas disposições preceitua sobre o conceito e efeitos do dolo, quais sejam:

Código Civil português

Artigo 253.º (Dolo)

1. Entende-se por dolo qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratório ou terceiro, do erro do declarante.

2. Não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções.

Artigo 254.º (Efeitos do dolo)

1. O declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração; a anulabilidade não é excluída pelo facto de o dolo ser bilateral.
2. Quando o dolo provier de terceiro, a declaração só é anulável se o destinatário tinha ou devia ter conhecimento dele; mas, se alguém tiver adquirido directamente algum direito por virtude da declaração, esta é anulável em relação ao beneficiário, se tiver sido ele o autor do dolo ou se o conhecia ou devia ter conhecido.

Com fulcro na doutrina podemos ainda consubstanciar tal assunto observando os aspectos que seguem.

Requisitos do *dolo*: intenção de prejudicar, artifícios fraudulentos e motivos determinantes para a realização do ato.

Espécies de dolo: *Dolus bonus* ou *dolus malus*. O primeiro, não induz à anulabilidade. É um comportamento lícito e tolerado. O segundo, consiste no emprego de manobras astuciosas destinadas a prejudicar alguém.

Dolus causam ou principal e *dolus incidens* ou accidental. O *dolo principal* é aquele que dá causa ao *negócio jurídico*, sem o qual ele não se teria conseguido.

Assim, o artigo 145 do Código Civil brasileiro, expressa o seguinte: “São os *negócios jurídicos* anuláveis por *dolo*, quando este for a sua causa.” (grifos da transcrição)

O *dolo accidental* é o que leva a vítima a realizar o negócio, porém em condição mais onerosa ou menos vantajosa, não afetando sua declaração de vontade, mas provoca desvios.

Conforme expressão do artigo 146 do Código Civil brasileiro registra-se que: “O *dolo accidental* só obriga a satisfação das perdas e danos, e é *accidental* quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.” (grifos da transcrição)

Dolo positivo ou negativo: O *dolo positivo* ou *comissivo* é o artifício astucioso que consta de ação dolosa, ou seja, é o *dolo por comissão* em que a outra parte é levada a contratar, por força de artifícios positivos, ou seja, afirmações falsas sobre a qualidade da coisa.

O *dolo negativo* ou *omissivo* é a manobra astuciosa que constitui uma omissão dolosa ou reticente, dá-se quando uma das partes oculta alguma coisa que o co-contratante deveria saber e se sabedor não teria realizado o negócio.

Diz o artigo 147 do Código Civil brasileiro: “Nos *negócios jurídicos* bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria

celebrado.” (grifos da transcrição)

Dolo de representante legal ou convencional: Neste ponto, cabe informar que o *dolo de representante legal* ou *convencional* de uma das partes não pode ser considerado de terceiro, pois, nessa qualidade, age como se fosse o próprio representado, sujeitando-o à responsabilidade civil até a importância do proveito que tirou do ato negocial, com ação regressiva contra o representante.

O representado deverá restituir o lucro ou vantagem oriunda do ato doloso de seu representante. E se o representante for *convencional*, deverá responder solidariamente com ele por perdas e danos.

O artigo 149 do Código Civil brasileiro estabelece que:

Código Civil brasileiro

Art. 149. O *dolo do representante legal* de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o *dolo for do representante convencional*, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos. (grifos da transcrição)

Dolo de ambas as partes ou dolo recíproco: Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização. O artigo 150 do Código Civil brasileiro reza que: “Se *ambas as partes* procederem com *dolo*, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.” (grifos da transcrição)

Ainda, neste item, pode ser expresso o conteúdo do art. 148 do Código Civil brasileiro que expressa:

Código Civil brasileiro

Art. 148. Pode também ser anulado o *negócio jurídico* por *dolo de terceiro*, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o *negócio jurídico*, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou. (grifos da transcrição)

10.5.1.3 Coação

Coação. É a violência física ou moral, que impede alguém de proceder livremente, isto

é, a violência empregada por uma parte a fim de forçar a outra à consecução de um determinado ato jurídico.

A *coação física (vis absoluta)* é o constrangimento corporal que retira toda a capacidade de querer, implicando a ausência total de consentimento, o que acarreta a nulidade do ato, não se tratando de vício de vontade.

Em torno das determinações do ordenamento Civil de Portugal Ascensão comenta:

A coacção física, a *vis absoluta* dos romanos, entra dentro desta categoria.(s.i.c)
O art. 246 prevê a figura, determinando que a declaração **não produz qualquer efeito**. Com isto quer dizer que é inexistente; é a fórmula coerentemente constante da lei, por contraposição às hipóteses em que o vício é a invalidade. Em todos os outros casos em que há vícios da vontade (arts. 240 a 257) indica-se especificamente se o efeito é a nulidade ou a anulabilidade. A fórmula aqui usada ficou reservada para as hipóteses de inexistência (veja-se também o art. 245).
A coacção física consiste na supressão da vontade do agente através de meios físicos. Distingue-se da *coacção moral* ou *psicológica* (art. 255), em que sempre houve vontade, embora defeituosamente formada em consequência da ameaça dum mal. Aqui, um sujeito é instrumento material dum comportamento exterior que tem a aparência de uma declaração negocial. (ASCENSÃO, 2003, p. 121-122).

Como visto, o Código Civil português, sobre *coação física* revela no seu artigo 246.º (Falta de consciência da declaração e coacção física) o seguinte:

Código Civil português
Artigo 246.º (Falta de consciência da declaração e coacção física)
A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for *coagido pela força física* a emití-la; mas, se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratário.(grifos da transcrição)

A *coação moral (vis compulsiva)* atua sobre a vontade da vítima, sem aniquilar-lhe o consentimento, pois conserva ela uma relativa liberdade, podendo optar entre a realização do negócio que lhe é exigido e o dano com que é ameaçada.

Para que se configure a *coação moral* alguns requisitos devem estar presentes, quais sejam:

- a- a *coação* deve ser a causa determinante do *negócio jurídico*;
- b- a *coação* deve incutir à vítima um temor justificado;
- c- o temor deve dizer respeito a um dano iminente;

d- o dano deve ser considerável.

Conforme anotação constante do compêndio de Neto, quanto à *coação moral*, registramos:

São elementos da coacção moral: a) ameaça de um mal (ameaça que pode consistir no surgir desse mal ou na sua continuação; b) intencionalidade da ameaça (esta tem de ser feita com o fim de obter a declaração negocial); c) ilicitude da ameaça (esta ilicitude pode resultar ou da actuação fora do direito, contra um dever, ou do abuso do direito).

Estes são os requisitos necessários para haver a coacção moral, mas um outro requisito é ainda necessário para a coacção ser relevante e que é a dupla causalidade – a coacção deve ter sido causa do medo e este do negócio em concreto (Castro Mendes, *Teoria Geral*, 1979, III-249). (NETO, 2004, p. 189).

Continuando, no tocante à *coação moral*, temos no Código Civil português as preleções conforme o artigo 255.º (Coacção moral), ou seja:

Código Civil português

Artigo 255.º (Coacção moral)

1. Diz-se feita sob coacção moral a declaração negocial determinada pelo receio de um mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração.
2. A ameaça tanto pode respeitar à pessoa como à honra ou fazenda do declarante ou de terceiro.
3. Não constitui coacção a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial.

Quanto à primeira parte do número 3 do artigo 255.º do Código Civil português, regista-se, no estudo da coação, a seguinte anotação:

Na coacção moral, a ilicitude da ameaça tanto pode resultar da ilegitimidade dos meios utilizados, como da ilegitimidade do objectivo prosseguido, ou, para utilizar a formulação de Mota Pinto, *Notas sobre alguns temas*, pág. 156, da ilegitimidade da prossecução daquele fim com aquele meio, de que este Autor dá como exemplos, o da ameaça de recurso às vias de direito (participação criminal, penhora, declaração de falência) para conseguir uma vantagem indevida e o de uma ameaça de exercício abusivo extrajudicial dum direito, como no caso, qualificado de coacção pela jurisprudência francesa, de uma doação consentida por um velho paralítico aos seus meeiros, numa parceria agrícola (*métayage*), que ameaçavam abandoná-lo. (NETO, 2004, p. 189).

Cabe ressaltar que a *coação* pode se verificar em decorrência de dano que venha a atingir pessoa não pertencente à família da vítima. Ainda, é importante frisar que nem sempre

uma situação que impede alguém de proceder livremente se configura coação, como é o caso da *ameaça de um exercício normal de um direito* e o *simples temor reverencial*, conforme expresso no já transcrito número 3 do artigo 255.º do Código Civil português que apresenta teor semelhante ao contido no artigo 153 do Código Civil brasileiro.

Na coletânea intitulada “Jurisprudência Seleccionada de Teoria Geral do Direito Civil II (Negócio Jurídico), Tiago Soares da Fonseca, traz a lume decisão de tribunal sobre coação absoluta, onde no pertinente sumário é registrada distinção entre coação física e coação moral conforme segue:

Tribunal: Relação do porto

Juiz Relator: Durval Morais

Data: 3 de Dezembro de 1996

Fonte: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/6ed3325238e4596a8025686b0066e63e?OpenDocument>

Sumário: I – A coacção física não se confunde com a coacção moral.

II – Naquela falta inteiramente a vontade e a sanção é a ineficácia do acto.

III – Na coacção moral, pelo contrário, há vontade, embora viciada e o acto é anulável.

O ordenamento do Brasil nos artigos 151 a 155 do Código Civil, sem, neste conjunto de disposições, separar o que seja coação física ou coação moral, assim dispõe:

Código Civil brasileiro

Art. 151. A *coação*, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito à pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve *coação*. (grifos da transcrição)

Art. 152. No apreciar a *coação*, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela. (grifo da transcrição)

Art. 153. Não se considera *coação* a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial. (grifo da transcrição)

Art. 154. Vicia o *negócio jurídico* a *coação* exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos. (grifos da transcrição)

Art. 155. Subsistirá o *negócio jurídico*, se a *coação* decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da *coação* responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto. (grifos da transcrição)

10.5.1.4 Estado de perigo

A figura do *estado de perigo* é prevista no ordenamento civil brasileiro e guarda certa semelhança com o *estado de necessidade*²¹⁶, figura constante do Direito Penal do Brasil, haja vista que nas duas situações existe a exclusão de um dever ou punibilidade. No *estado de perigo* pelo afastamento do dever de adimplir com obrigação excessivamente onerosa que foi adquirida em razão da premente necessidade de salvar-se ou de salvar outrem de grave dano conhecido pela parte que exige o crédito. No *estado de necessidade*, em razão da retirada da condição de antijuridicidade de fato tipificado como ilícito penal.

O Código Civil brasileiro não tem disposição específica para o *estado de necessidade* e o equivalente Código de Portugal no artigo 339.º (Estado de necessidade)²¹⁷ trata de matéria próxima do conteúdo que é regulado pelo Código Civil brasileiro no artigo 188, inciso II mais seu parágrafo único²¹⁸.

²¹⁶ Código Penal brasileiro.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

(...)

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

²¹⁷ Código Civil português.

Artigo 339.º (Estado de necessidade)

1. É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.

2. O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade.

²¹⁸ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

De acordo com o preceituado no *caput* do artigo 156 do Código Civil brasileiro registramos que “Configura-se o *estado de perigo* quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”(grifos da transcrição)

O parágrafo único do citado artigo acrescenta “Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.”

10.5.1.5 Lesão

O instituto da *lesão* é um vício da vontade que se apresenta desde o nascimento do negócio jurídico e implica no enfático desequilíbrio das prestações contratuais em virtude de uma das partes, por premente necessidade ou inexperiência, entabular o ato assumindo ou aceitando grande desvantagem.

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Código Penal brasileiro.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

(...)

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

²¹⁸Código Civil português.

Artigo 339.º(Estado de necessidade)

1. É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.

2. O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade.

²¹⁸ Código Civil brasileiro

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

(...)

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Por oportuno, em torno da figura em análise, registra-se que, com a citada denominação, o instituto não aparece no atual Código Civil de Portugal, o qual, de acordo com o elucidativo histórico perpetrado por Ascensão (Direito Civil Teoria Geral – Volume II, tópico *lesão*²¹⁹) apresenta funções semelhantes em outras disposições.

Conforme artigo 157 do Código Civil brasileiro (*caput* e parágrafos) tem-se que:

Código Civil brasileiro

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o **negócio jurídico**.

§2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. (grifos da transcrição)

Finalizando este subitem, é interessante ainda observar que, tanto quanto o *estado de perigo* a figura da *lesão* não possuía expressa previsão no anterior Código Civil do Brasil, sendo entretanto aplicada por analogia em razão de constar em leis especiais.

²¹⁹ Lesão. No direito antigo, mais sensível ao equilíbrio substancial das posições das partes, a lesão era causa de invalidade dos contratos. Chamava-se **lesão enorme**, para significar a desproporcionada vantagem obtida por uma parte sobre a outra.

Com o seu espírito individualista, o Código de Seabra silenciou sobre a categoria. A lesão só relevaria se concorressem os pressupostos gerais dos vícios na formação da vontade.

Nos últimos tempos de vigência do Código a figura ressurgiu, numa situação particular. Trouxe-a o Código do Direito de Autor de 1966, no seu art. 60/1. Preocuparam-no situações historicamente frequentes de grandes artistas que alienam na juventude as suas obras por preço vil, vindo estas depois a fazer a fortuna dos adquirentes. Previa aquele preceito uma alienação a título oneroso dum direito do autor relativo a uma obra intelectual: “se por deficiente previsão dos lucros prováveis da mesma exploração vier a sofrer lesão enorme, por estarem os seus proventos em grande desproporção com os lucros auferidos pelo adquirente daquele direito, poderá reclamar deste uma compensação suplementar, que será fixada pelo juiz...”.

Previu-se pois expressamente a categoria da lesão enorme. O actual Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos deixou de mencionar a categoria mas manteve no essencial o regime, falando em grave lesão patrimonial (art. 49). Em qualquer caso, parece que o que está primacialmente em causa é a evolução subsequente das relações contratuais.

Com o actual Código Civil, figuras com função semelhante vieram a ser previstas nos arts. 437 e seguintes (resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias). Mas não se retomou a lesão, como defeito autónomo e instituto jurídico diferenciado.

Em lugar dela, a lei preferiu regular a *usura*, no art. 282, fundando esta no aproveitamento consciente da situação de necessidade, inexperiência, dependência ou deficiência psíquica de outrem, bem como num proveito manifestamente excessivo ou injustificado. Como está em causa antes de mais o aspecto objectivo de equilíbrio de interesses, trataremos desta matéria mais tarde, por esta figura ter índole mista, como vício subjectivo associado a uma injustiça do conteúdo. Veremos que a velha figura da lesão continua a ter vários afloramentos, embora fragmentários, no Direito actual. (ASCENSÃO, 2003, p. 154-155)

10.6 VÍCIOS SOCIAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Vícios sociais do negócio jurídico são defeitos que afetam o *negócio jurídico* por torná-lo desconforme ao Direito.

Neste caso, registra-se que a vontade é perfeita, mas os efeitos são nefastos à sociedade, isto é, são contrários ao Direito.

Dois são os *vícios sociais*: a *fraude contra credores* e a *simulação*. Esta última espécie de vício, ao contrário das demais, até aqui citadas, representa causa para invalidade do *negócio jurídico*.

10.6.1 Fraude contra credores

Fraude contra credores, é a manobra engenhosa levada a efeito com o fito de prejudicar credores, conforme diz o artigo 158 do Código Civil brasileiro:

Código Civil brasileiro

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Assim, pratica *fraude contra credores* o devedor insolvente, ou na iminência de o ser, que desfalca seu patrimônio, onerando ou alienando bens, subtraindo-se à garantia comum dos credores.

Se a alienação for gratuita, presume-se a fraude.

Se a alienação for onerosa, só haverá fraude no caso de anterior insolvência notória, ou se havia motivo para ser conhecida do outro contraente.

A insolvência é notória, por exemplo, quando há protestos contra o devedor, anteriores

ao negócio que se reputa fraudulento.

Certas circunstâncias podem indicar que o outro contraente não ignorava a insolvência do devedor, como, por exemplo, o parentesco próximo, a amizade íntima, o preço vil, a venda ou doação do único bem do devedor, etc., o que se pode depreender do preceito contido no artigo 159 do Código Civil brasileiro, isto é: “Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.”

Caracteriza-se também a fraude pela simulação de dívida, pagamento de dívida não vencida, remissão de dívida, entre outros, desde que esses atos acarretem ou agravem a insolvência do devedor.

A fraude contra credores não deve ser confundida com a *fraude à execução*.

Como visto, a *fraude contra credores* é alienação de bens ou atos fraudulentos que acarretam ou agravam a insolvência do devedor, tendo como consequência que o credor pode obter a revogação do ato através da *ação pauliana* ou *revocatória*²²⁰.

Já, a *fraude à execução* é a alienação ou oneração de bens quando já se registra a demanda contra o devedor, implicando em tornar o ato ineficaz em relação ao processo de execução.

O Código Civil de Portugal de modo literal não dedica nenhuma sessão ou capítulo para o tema *fraude contra credores*. Entretanto, no seu livro referente às Acções e Factos Jurídicos, Ascensão (2003, p. 322), preleciona: “Manifestação típica desta ordem surge no art. 418²²¹. Se as partes convencionam uma estipulação acessória para afastar a preferência de terceiro, o preferente não é obrigado a satisfazê-la.”

²²⁰ Ação Pauliana. Diz-se Pauliana ou Revocatória a ação que têm os credores para alcançar a revogação dos atos praticados pelo devedor em fraude de seus direitos. Ação de caráter pessoal. A ação é também denominada Rutiliana, e ambos os qualificativos são tomados de Paulo Rutilios Calvo, pretor no ano 169 a.C. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p.17.

²²¹ Código Civil português.

Artigo 418.º (Prestação acessória)

1. Se o obrigado receber de terceiro a promessa de uma prestação acessória que o titular do direito de preferência não possa satisfazer, será essa prestação compensada em dinheiro; não sendo avaliável em dinheiro, é excluída a preferência, salvo se for lícito presumir que, mesmo sem a prestação estipulada, a venda não deixaria de ser efectuada, ou que a prestação foi convencionada para afastar a preferência.

2. Se a prestação acessória tiver sido convencionada para afastar a preferência, o preferente não é obrigado a satisfazê-la, mesmo que ela seja avaliável em dinheiro.

Na sequência, o referido autor acrescenta: “Acentuemos o carácter intencionalmente fraudulento da cláusula, e a consequência especificamente trazida pela ordem jurídica.”

10.6.2 Simulação

Simulação é uma declaração falsa, enganosa, da vontade, visando aparentar negócio diverso do efetivamente desejado.

Negócio simulado, assim, é o que tem aparência contrária à realidade.

A *simulação* é produto de um conluio entre os contratantes, visando obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir.

É a *simulação* chamada de *vício social*, porque objetiva iludir terceiros ou violar a lei.

Analisando as semelhanças e diferenças entre *simulação* e *reserva mental* o autor e professor lusitano Luiz da Cunha Gonçalves, comenta:

A simulação é também o desencontro entre a vontade íntima e a vontade declarada, como na reserva mental, mas com as diferenças seguintes: na reserva mental, o declarante não quer atingir diverso efeito jurídico, mas apenas *não tenciona cumprir a declaração*, por exemplo, quando promete pagar as dívidas de um jogador, que pretende suicidar-se, para o dissuadir, mas não executa a promessa logo que o jogador muda de intenção; na simulação o declarante, ou ambos os declarantes querem alcançar diverso efeito; na reserva mental, a vontade íntima não é causa de acto jurídico; pelo contrário, na simulação a vontade declarada tem por fim alcançar um proveito, por isso o declarante o quis ocultar, quer à outra parte, quer a terceiros. (GONÇALVES, 1951, p. 215).

De modo a não propiciar dúvidas, o ordenamento civil de Portugal atribui legitimidade ao simulador para arguir nulidade do negócio simulado. Neste ponto cabe observar os comentários de Pinto:

O artigo 242.º, n.º 1, atribui legitimidade aos próprios simuladores para a arguição da nulidade do negócio simulado, mesmo que a simulação seja fraudulenta. Trata-se da solução que, pelo menos desde o Assento de 10 de Maio de 1950, estava já consagrada no nosso sistema jurídico.

Advirta-se, no entanto, que esta possibilidade de a nulidade ser invocada pelos próprios simuladores entre si sofre uma *apreciável restrição indireta por força do artigo 394.º, n.º 2*. Aí se estatui que é *inadmissível a prova testemunhal do acordo simulatório* e do negócio dissimulado, quando invocados pelos simuladores, solução

oposta à defendida anteriormente. A prova da simulação pelos simuladores é assim praticamente restringida à prova documental (contradeclarações ou outros documentos) e à confissão, pois não é admissível a prova por presunções (cfr. art. 351.º), nem a testemunhal (art. 394.º, n.º 2, já citado) e poucos ou nenhuns ensejos de utilização terão a prova pericial ou a prova por inspeção. (PINTO, 1999, p. 480-481).

A simulação pode ser absoluta ou relativa.

Na primeira, as partes na realidade não realizam nenhum negócio, apenas fingem para criar uma aparência, uma ilusão externa, sem que na verdade desejem o ato.

Na segunda, as partes pretendem realizar determinado negócio, prejudicial a terceiro ou em fraude à lei. Para escondê-lo, ou dar-lhe aparência diversa, realizam outro negócio.

O artigo 167 do novo Código Civil brasileiro, informa:

Código Civil brasileiro

Art. 167. É nulo o **negócio jurídico** simulado, mas subsistirá o que se **dissimulou**, se válido for na substância e na forma.

E, no seu §1.º, define:

§1º Haverá **simulação** nos **negócios jurídicos** quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. (grifos da transcrição)

Por fim, cabe observar o que determina o parágrafo segundo do artigo 167 do Código Civil brasileiro, isto é: “Ressalvam-se os direitos de terceiros de *boa-fé* em face dos contraentes do *negócio jurídico simulado*.” (grifos da transcrição)

10.7 INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Conforme o professor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 433): “A expressão ‘Da invalidade do negócio jurídico’, dada a este capítulo, abrange a *nulidade* e a *anulabilidade* do negócio jurídico. É empregada para designar o negócio que não produz os efeitos desejados pelas partes, o qual será classificado pela forma supramencionada de acordo com o grau de imperfeição verificado.”

10.7.1 Nulidade do negócio jurídico

O Código Civil brasileiro dedica dezenove artigos para, de modo direto, expor suas disposições quanto ao tema *invalidade do negócio jurídico*. No pertinente ordenamento de Portugal, dez disposições (artigos 285.º a 294.º) referem-se aos comandos dirigidos à nulidade e anulabilidade do referido ato. Nas três primeiras disposições (artigos 285.º a 287.º)²²² desta secção, encontramos preceitos quanto à aplicação residual das normas, o tempo para arguição da nulidade e a legitimidade para requerer a anulabilidade. Nas disposições seguintes, outros aspectos são observados como, por exemplo, efeitos da declaração e inoponibilidade da nulidade.

Diz o ordenamento brasileiro que é *nulo o negócio jurídico* quando:

- a- celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- b- for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- c- o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- d- não revestir a forma prescrita em lei;
- e- for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- f- tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- g- a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção;
- h- foi praticado com simulação (observando-se, neste caso, ressalva legal).

O *negócio jurídico nulo* não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

²²² Código Civil português.

Artigo 285.º (Disposição geral)

Na falta de regime especial, são aplicáveis à nulidade e à anulabilidade do negócio jurídico as disposições dos artigos subsequentes.

Artigo 286.º (Nulidade)

A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.

Artigo 287.º (Anulabilidade)

1. Só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento.

2. Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabilidade ser arguida, sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de excepção.

Se, porém, o *negócio jurídico nulo* contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido se houvessem previsto a nulidade.

10.7.2 Anulabilidade do negócio jurídico

Comentando sobre as diferenças e semelhanças entre *nulidade* e *anulabilidade*, Pedro Pais de Vasconcelos, de modo bastante elucidativo informa:

A diferença entre a nulidade e a anulabilidade decorre fundamentalmente da diversidade dos interesses envolvidos numa e noutra. Na nulidade estão tipicamente em jogo interesses de ordem pública, enquanto na anulabilidade, estão tipicamente em jogo interesses interprivados. Por isso, na nulidade, é a própria Ordem Jurídica que não tolera o vício e que não permite que o negócio chegue a ter eficácia, não aceita que o vício seja sanado, permite a sua arguição por qualquer interessado sem limite de tempo, e determina o seu conhecimento oficioso. Ao contrário, na anulabilidade, estando tipicamente apenas postos em causa interesses interprivados, o Direito permite às pessoas cujo interesse esteja em jogo que escolham e decidam livremente entre manter, confirmar ou anular o acto, não permite a arguição do vício por qualquer interessado nem o seu conhecimento oficioso, e estabelece prazos relativamente curtos para a anulação, esgotados os quais o vício se sana. Na nulidade, o Direito recusa a validade; na anulabilidade, confere a certas pessoas especialmente protegidas a faculdade de se libertarem do negócio pedindo ao tribunal que o anule. (VASCONCELOS, 2005, P. 579).

Quanto, de modo específico, à *anulabilidade*, o ordenamento brasileiro determina que é anulável o *negócio jurídico* praticado:

- a- por agente relativamente incapaz;
- b- com vício resultante de *erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão* ou *fraude contra credores*.

Vale reiterar que o *negócio anulável* pode ser confirmado pelas partes, observando-se, entretanto, o direito de terceiros, e quando a *anulabilidade* do ato resulta da falta de autorização, o mesmo, o ato, será validado se a autorização for concedida posteriormente.

Ainda, como sempre, em se tratando das relações humanas, o assunto não encontra parâmetros estanques e, conseqüentemente, outros aspectos podem ser levantados, como, por exemplo, as análises sobre a inexistência, caducidade e modo de arguição da invalidade do ato, e assim por diante.

11 ATOS JURÍDICOS LÍCITOS E ATOS JURÍDICOS ILÍCITOS

O tratamento dos assuntos contidos no presente capítulo serve como adendo para as explicitações das questões que devem ser observadas na elaboração dos *atos jurídicos perfeitos*, conforme literal expressão do ordenamento constitucional brasileiro, ou dos atos que não devam ser atingidos pelos efeitos da retroatividade da nova lei, de acordo com o que preceitua o artigo 18º, número 3, da Constituição da República portuguesa, além de, e principalmente, como será visto adiante, mostrar o desequilíbrio desvantajoso que atinge o praticante de *ato lícito* se comparado ao praticante de *ato ilícito* considerando, em cada caso, o surgimento de um novo regramento legal.

Em tópicos anteriores externamos várias situações que não atendem as exigências do ordenamento legal para se registrar a configuração de um objeto detentor do direito de proteção do arcabouço jurídico, como por exemplo, a *simulação*, a *fraude* e a *coação*. Por outro lado, observamos requisitos de validade dos atos, como a *forma prevista em lei* e a *capacidade das partes*, isto é, falamos de elementos que viciam o ato e abordamos sobre elementos que devem compor os atos lícitos. Contudo, em continuidade, vamos levantar outros aspectos sobre as pertinentes conceituações.

Assim, quanto aos *atos jurídicos lícitos*, observamos que após as considerações referentes aos *negócios jurídicos*, os quais são espécies de atos jurídicos lícitos, retornamos a este conjunto de fatos, com relevância jurídica, para observar, mais uma vez, o que se registra no artigo 295.º do Código Civil português e no artigo 185 do Código Civil brasileiro.

Os dispositivos retro mencionados, respectivamente, assim preceituam: artigo 295.º “Aos *actos jurídicos* que não sejam *negócios jurídicos* são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente.” e o artigo 185. “Aos *atos jurídicos lícitos*, que não sejam *negócios jurídicos*, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.” (grifos da transcrição)

E, nestes casos o *Capítulo precedente* e o *Título anterior* referem-se justamente ao *negócio jurídico*.

Além das exigências até aqui enunciadas para que os atos jurídicos possam ser considerados perfeitos, ainda, para que, com fulcro nos mesmos, possa o detentor do direito subjetivo fazer valer sua pretensão, outros aspectos devem ser verificados, como é o caso da

necessidade de afastamento da *prescrição* ou *decadência*, assuntos que serão tratados adiante.

Quanto aos *atos jurídicos ilícitos*, para os que defendem esta terminologia, vale observar que os mesmos são os praticados com infração ao dever legal dos seus agentes não lesarem a outrem.

O Código Civil de Portugal, em disposições espaçadas, faz referências aos *actos e factos ilícitos*, como, por exemplo, nos artigos 45.º, número 1²²³; 498.º, número 3²²⁴ e o 805.º número 2, alínea “b”²²⁵. Enquanto que o Código Civil brasileiro dedica um Título, específico, com três artigos para o tema *ato ilícito*.

Assim, conforme depreende-se do preceito constante no artigo 186 do Código Civil brasileiro, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Vale ainda observar o que dispõe o artigo 187 do citado Código Civil: Art. 187. “Também comete *ato ilícito* o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela *boa-fé* ou pelos bons costumes.” (grifos da transcrição)

Não constituem *atos ilícitos*, segundo o que preceitua o artigo imediatamente posterior, as seguintes situações:

Código Civil brasileiro

Art. 188. Não constituem *atos ilícitos*:

I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

²²³ Código Civil português.

Artigo 45.º (Responsabilidade extracontratual)

1.A responsabilidade extracontratual fundada, quer em *acto ilícito*, quer no risco ou em qualquer conduta lícita, é regulada pela lei do Estado onde decorreu a principal actividade causadora do prejuízo; em caso de responsabilidade por omissão, é aplicável a lei do lugar onde o responsável deveria ter agido.

(...)

²²⁴ Código Civil português.

Artigo 498.º(Prescrição)

(...)

3.Se o *facto ilícito* constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável.

(...)

²²⁵ Código Civil português.

Artigo 805.º(Momento da constituição em mora)

(...)

2.Há, porém, mora do devedor, independentemente de interpelação:

(...)

b) Se a obrigação provier de *facto ilícito*;

(...)

II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (grifos da transcrição)

Diante de tudo que foi relatado neste capítulo, resta indubitável que para a configuração do que denominamos *ato jurídico perfeito*, carecemos de atendimento às múltiplas exigências do ordenamento vigente. E, neste momento, é importante lembrar que a agremiação de tais atos, os *atos jurídicos perfeitos*, neste ponto, considerados *atos parcelares*, é que vai configurar a situação denominada como de *legítima expectativa de direito*.

Assim, repetindo, deve ser observado se existem todos os elementos para perfeita configuração do ato, isto é, devemos perquirir quanto a: existência do agente, existência do objeto, existência da forma e exteriorização das vontades para o entabulamento da avença. Quanto à validade do ato, cabe observar: se as partes são capazes e legitimadas para a realização do específico procedimento, se o objeto em apreço é lícito e se a forma escolhida para perpetração do ato está prevista na lei ou a esta não ofende. No tocante à eficácia, ou seja, à produção de efeitos do ato entabulado, temos de investigar sobre existência de *condição*, *modo* ou *encargo*, haja vista que sem a observação dos mesmos não há de se requerer legítimos resultados, para uma das partes, em razão do referido fato jurídico.

Não podemos deixar de investigar se durante o decorrer das inerentes ações ligadas ao desenvolvimento do acordado não se apresentou nenhum procedimento que venha viciar a prática da avença, isto é, se o ato não foi vitimado pelo *erro*, pela *coação*, pelo *dolo* ou, entre outras situações, pela *simulação*, implicando, a depender do caso, na anulabilidade ou nulidade da relação.

Devemos observar se os atos praticados não são inidôneos para os fins propostos.

Continuando, observamos, ainda, que para exigência quanto aos efeitos do ato jurídico realizado não é despiciendo preceituar que ficamos na obrigação de atentar para a existência ou não da *prescrição* ou da *decadência*, assuntos que teceremos breves comentários no capítulo seguinte, e assim por diante.

Depois da observação e atendimento a todas as exigências legais, como descritas nos parágrafos anteriores, não se configura como razoável e, muito menos, aceitável, a mudança das regras por determinação unilateral em detrimento do direito de uma das partes que, como

fazemos questão de repetir, quase sempre é a mais fragilizada, em decorrência da hipossuficiência econômica ou da legítima, quando plausível, submissão aos ditames do direito.

Não olvidamos que todos devem obediência às leis, mas como já demos-
tramos anteriormente, estas nem sempre são elaboradas para o atendimento dos legítimos anseios da coletividade.

Como sempre, estamos a enfatizar: o indivíduo não diz o direito; fica sob a égide das normas e da justiça; sofre, de forma contrária aos seus legítimos anseios, os efeitos das transformações socioeconômicas e, ainda é desrespeitado em virtude de não poder garantir que seus direitos se registrarão no final de uma sucessão de atos legais devidamente preestabelecidos para tais fins.

Repetindo a afirmação contida no primeiro parágrafo deste capítulo, temos que ainda vive o cidadão com o desequilíbrio desvantajoso que atinge o hipossuficiente praticante de *ato lícito* se comparado a quem realiza *ato ilícito* considerando, em cada caso, o surgimento de um novo regramento legal, ou seja, também, convive o indivíduo com o fato de saber que o *ilícito* é, como veremos adiante, tratado pelo ordenamento jurídico de forma a permitir certeza da aplicação da norma mais benéfica para quem o pratica.

Não nos cabe, neste momento, tecer maiores comentários sobre os assuntos das imediatas e anteriores unidades de texto, até mesmo porque classificamos como coerente tal entendimento em decorrência das mudanças e percepções sociais.

Diante dos questionamentos perpetrados nestes últimos parágrafos, chamamos a atenção para o fato de que as observações que serão realizadas neste tópico, no mínimo, propiciam elementos para profundas indagações, pois, como dito, em regra, a nova lei não poderá atingir de forma mais gravosa o praticante de um ato ilícito, haja vista, por exemplo, o que preceitua o art. 2º, *caput*, mais parágrafo único, do Código Penal²²⁶ brasileiro.

O Código Penal português de modo semelhante preceitua no seu artigo 1.º, número 1 da seguinte forma: “Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática.” E no referido artigo segundo o seu número 2

²²⁶ Código Penal brasileiro.

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

registra-se: “O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais.”

Em contrapartida, a nova lei poderá prejudicar, dificultar e até mesmo anular a possibilidade de consecução de um direito pretendido. Tudo isto, em razão da alteração na sucessão de *atos jurídicos perfeitos* que, gradativamente, se complementariam na busca de um bem futuro e, como observado, não produzirão os efeitos esperados em virtude das mudanças que inesperadamente se apresentaram.

Para demonstrar o benefício da lei para quem pratica ato ilícito, voltamos a informar que atos ilícitos são aqueles praticados com infração ao dever legal de não lesar a outrem.

Assim, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, venha a violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Na esfera criminal, podemos registrar o comentário expresso na Comissão de Redação da Enciclopédia Saraiva do Direito (1978, p. 18), quando explicita: “Ato ilícito criminal é, essencialmente, ato jurídico. É ação humana voluntária, tipificada pela lei penal, contrária ao ordenamento jurídico global e culpável (censurável). O mesmo que ato ilícito penal.”

Para enfatizar a comparação, repetimos que os *atos jurídicos perfeitos* são aqueles que já podem gerar a plenitude dos seus efeitos considerados completos em conformidade com o regime de determinada lei, isto é, os atos foram realizados em perfeita sintonia com as exigências do direito positivado e vigente à época do entabulamento dos mesmos, quanto aos seus elementos de existência, validade e eficácia.

Como observado no decorrer deste tópico, a *insegurança jurídica* que propicia a possibilidade de agressão aos direitos do cidadão, sobremaneira, os sob expectativa, só atingem aqueles que praticam atos em conformidade com o ordenamento jurídico, pois, pelo menos nos casos brasileiros e portugueses, pode-se afirmar, como visto, por exemplo, que a lei penal aplicada para as situações *sub judice* será sempre a que for mais benéfica ao indivíduo que tenha cometido algum deslize social, o mesmo ocorrendo, tudo indica, para o caso de ilícitos na ordem tributária, nas infrações de trânsito, entre outros.

A esse respeito vale ainda observar o que se registra na leitura do inciso XL do artigo 5º da Carta Magna²²⁷ brasileira, isto é, conforme a citada disposição constitucional, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Reproduzindo palavras de Moraes no seu Compêndio intitulado “Constituição do Brasil Interpretada”, registramos que:

A presente norma penal prevê dois princípios que regem eventuais conflitos de leis penais no tempo: irretroatividade da lei mais severa (*lex gravior*) e retroatividade da lei mais benigna (*lex mitior*).

A regra geral em matéria de direito penal é a irretroatividade da lei penal, sem a qual, como salienta Damásio E. Jesus. “não haveria segurança nem liberdade na sociedade, uma vez que se poderia punir fatos lícitos após sua realização, com a abolição do postulado consagrado no art. 1º do Código Penal Brasileiro²²⁸ e igualmente, com total desrespeito ao art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal do Brasil²²⁹. (MORAES, 2004, p. 315).

Como afirma o professor de Direito Penal, Mirabete (1999, p. 99): “Essa regra é um dos princípios maiores, mais importantes, do Estado de Direito, pois proíbe que as normas que regulam um fato criminoso sejam modificadas posteriormente em prejuízo da situação jurídica do agente”.

Em matéria tributária, no Brasil, o pertinente Código Tributário Nacional no seu artigo 112, assim dispõe:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

²²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

²²⁸ Código Penal brasileiro.

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984).

²²⁹ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Comentando tais disposições, Ribeiro, assevera que:

Com isso prevalece o princípio do direito penal de que na dúvida se deve interpretar em favor do réu, desde que o intérprete não altere o sentido da lei”.

Não poderia ser de outra maneira.

O princípio da estrita legalidade tributária traz consigo uma tipificação rigorosa, qualquer dúvida sobre o perfeito enquadramento do conceito do fato ao conceito da norma compromete aquele postulado básico que se aplica com a mesma força no campo do direito penal *in dubio pro reo*.

Apesar de o art. 112, IV, estabelecer que se interpreta a lei tributária de maneira mais favorável ao acusado, no caso de dúvidas quanto à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação, o Supremo Tribunal Federal vem reduzindo as multas fiscais se não ocorrer dolo ou má-fé, ainda que se cuide de penalidade fixa, sem variação dentro do limite mínimo e máximo previstos na lei, ou que se trate das chamadas penalidades moratórias. Quer seja para adaptá-las às circunstâncias objetivas e subjetivas, no caso, quer seja para lhes retirar o caráter confiscatório, seja para equilibrá-las com os acréscimos de juros e correção monetária. (RIBEIRO, 1999, p. 252).

De acordo com tal exposição, não há dúvida quanto ao aspecto favorável do ordenamento para atos que representam desvios em determinadas áreas, o que até podemos entender como expressão de razoabilidade e até ponderar que a sociedade organizada não pode ter como meta a punição do indivíduo de forma mais severa se, em determinada ocasião, os desvios, por este cometido, eram ou passaram a ser diligenciados com um regramento mais brando.

Em situações como estas podemos invocar vários princípios do Direito como, por exemplo, o princípio da *segurança jurídica* que protegerá o faltoso com a certeza de que sua pena não poderá ser modificada para prejudicá-lo, e quanto a isto não esboçamos reação, contudo, o que não consideramos aceitável, segundo o nosso entendimento, é que, de outro lado, o cidadão que agiu de acordo com a lei seja punido em razão de uma futura e imprevisível elaboração de outra norma que venha reger, de modo diferente, uma mesma situação anteriormente pautada por determinações legais então vigentes.

12 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Como já abordado anteriormente, além da inafastabilidade quanto à necessidade de serem observados os diversos aspectos legais na perpetração dos mais variados atos jurídicos, para que só desta forma possamos falar de *legítima expectativa de direito*, ainda, para que o detentor de uma pretensão regularmente constituída possa fazer valer a mesma, não é despiciendo o questionamento quanto à existência ou não da *prescrição* ou *decadência*.

Sob a denominação “Prescrição e caducidade” o artigo 40.º do Código Civil português determina: “A prescrição e a caducidade são reguladas pela lei aplicável ao direito a que uma ou outra se refere.”. Em continuidade, em diversas outras disposições, regula sobre os citados institutos.

O Código Civil brasileiro, entre outros artigos, fala “Da prescrição e da decadência” de modo concentrado nos numerados de 189 a 211.

Os institutos da *prescrição* e da *decadência* são classificados como *atos jurídicos em sentido estrito e ordinários*. Provocam em virtude do decurso de tempo, a extinção da pretensão ou do direito.

São fatores primordiais para as relações humanas, servindo para conferir equilíbrio e segurança às relações jurídicas submetendo-se, não apenas, ao elemento tempo, mas, por igual, à inércia do titular de determinada relação jurídica.

Como é notório, o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma *ad eternum*. O seu detentor deve exercê-lo em um determinado prazo, levando-se em consideração que em nome da *segurança jurídica*, entre outros aspectos, confirma-se o seguinte provérbio: o direito não beneficia ou socorre aos que dormem.

12.1 SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Além dos comentários comuns feitos sobre os dois institutos, queremos enfatizar os seguintes aspectos quanto as suas semelhanças: são fatos jurídicos em sentido estrito;

dependem da existência de uma relação jurídica; dependem do inadimplemento de uma obrigação; dependem do decurso de prazo, como também da inércia do titular do direito.

Quanto às diferenças entre um instituto e outro, comentaremos apenas sobre o que entendemos configurar-se como principal.

Assim, dizemos que a *prescrição* é a perda da *pretensão* de reparação de um direito violado, em razão da inércia do seu titular, durante o lapso temporal *estipulado pela Lei*, enquanto que a *decadência* ou *caducidade*, que também se baseia no decurso do tempo, extingue não só a *pretensão*, mas o próprio *direito*, pelo não exercício do mesmo no *prazo fixado por lei ou convenção*.

Registram-se, obviamente, outros pontos que poderiam ser abordados sobre este assunto, mas para o que nos propomos neste estudo, consideramos tais comentários como o bastante para evidenciar, mais uma vez, o quanto se é exigido para que o ato praticado, em decorrência de uma determinada relação jurídica, surta o efeito desejado por aquele que almeja um legítimo direito qualquer.

Devem ser observados os elementos de *existência*, de *validade*, de *eficácia*, entre outras ocorrências, mesmo assim, depois de configurado um *ato jurídico perfeito*, ainda, o detentor do direito, corre o risco de, se não exercê-lo, tempestivamente, perdê-lo, o que é lógico.

Contudo, como sempre temos chamado atenção, o que não é cabível é registrar que depois de observadas e atendidas todas as exigências legais e até circunstanciais, venha o detentor da expectativa de aquisição de um direito subjetivo suportar o infortúnio de ver o desmoronamento das suas esperanças, em razão de um novo regramento que, desconsiderando pretéritos *atos jurídicos perfeitos*, modifica a forma de obtenção deste direito implicando em sensíveis mudanças e até, por vezes, a extinção do mesmo.

13 A EXPECTATIVA DE DIREITO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Analizamos até aqui, a *expectativa de direito* sob a ótica social e filosófica. Buscamos qualificá-la como *bem jurídico* e, para isto, desenvolvemos comentários no que tange a elementos do direito que devem estar presentes na situação configurada com tal, isto é, como já afirmado, a *legítima expectativa de direito* só se apresenta quando diante de uma sucessão de *atos jurídicos perfeitos* cabendo, destarte, como já perpetradas, breves considerações aos elementos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral.

Passamos agora a analisar a *expectativa de direito* sob o ponto de vista jurisprudencial. Para tanto, nos valeremos de decisões dos tribunais brasileiros que, embora sem cunho estatístico de amostragem, nos permitirá, de mais uma forma, demonstrar o que neste estudo pretendemos.

Neste momento, faremos mais um breve intervalo para lembrar que as transcrições das decisões judiciais serão perpetradas, quanto ao tipo de realce dos caracteres, numeração de folhas, grafia e exposição das partes intervenientes, conforme já estipulado no subitem 2.3 “Observações Complementares”, onde foram realizadas notas no tocante à construção material do trabalho. As transcrições poderão parecer longas, mas na verdade o que pretendemos, além de possibilitar, para os interessados em determinadas matérias, análise mais detalhada, é também mostrar o excesso de *precedentes* resultantes de agravos regimentais, de recursos extraordinários, etc. que tentam fundamentar os pleitos, tanto de um lado da lide quanto do outro, as inúmeras remissões, citações de portarias, de disposições legais e regulamentares, cláusulas contratuais, relatórios, ementas e uma série de outros elementos que não são tão assimiláveis para os cidadãos comuns em matéria do entendimento dos meandros da ciência jurídica e muito menos da linguagem e mecanismos utilizados pelos operadores do Direito. Tudo isto afasta, cada vez mais, o administrado hipossuficiente do poder de lutar, de modo mais producente, pelos seus legítimos direitos.

Vale observar que o se assenhorear de tais peças processuais torna-se, não raras vezes, tarefa entediante e de difícil assimilação até mesmo para os profissionais envolvidos nas contendas que atuam.

Procuraremos pautar nossas opiniões, sempre que possível, com fulcro em entendimentos ligados aos *princípios da boa-fé*, da *proteção da confiança*, da *segurança jurídica* e da *dignidade da pessoa humana*, institutos que serão temas do capítulo seguinte.

Iniciamos esta etapa de análise observando o Recurso Extraordinário de n. 318.106-8, onde a União rechaça decisão do Tribunal Superior do Trabalho concedendo ao candidato aprovado em concurso público, o direito a nomeação mesmo este não apresentando a escolaridade exigida, em decorrência de lei posterior à data do edital.

A questão, como visto, residia no fato de que depois de ter sido aprovado, o candidato vê preterido o seu direito de ocupar o cargo em razão da exigência de grau de instrução superior ao exigido pelo pertinente edital do concurso em que o mesmo obteve sucesso.

O Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho foi assim ementado:

Concurso público, exigência de escolaridade prevista no edital, alteração do grau de escolaridade por norma posterior. Eficácia.

*Se os candidatos aprovados no concurso realizado pelo TRT da 13ª Região, poderiam ser aproveitados pelo TRT da 21ª Região, e no edital do concurso não se exigia a escolaridade que posteriormente veio a ser feita em lei, não poderia existir restrição para esse aproveitamento, porque a aprovação se dera nos moldes do edital proposto (**ato jurídico perfeito**) e pelas **normas vigentes à época em que foi realizado o certame** (*tempus regit actum*). (grifos da transcrição)*

Diante de tal *decisum* é perpetrado Recurso Extraordinário da União, que leva o n. 318.106-8, para o qual a Procuradoria Geral da República opina pelo não conhecimento.

Neste ponto vale observar que a Procuradoria Geral da República tem como representante a autoridade que, conforme o site específico, exerce a chefia do Ministério Público da União e do Ministério Público Federal, além de atuar como Procurador-Geral Eleitoral. É escolhido e nomeado pelo Presidente da República, e seu nome deve ser aprovado pela maioria absoluta do Senado Federal.

Segundo prevê a Constituição Federal, o Procurador-Geral da República deve sempre ser ouvido nas ações de inconstitucionalidade e nos processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

O Procurador-Geral da República pode promover ação direta de inconstitucionalidade e ações penais para denunciar autoridades como deputados federais, senadores, ministros de Estado e o presidente e o vice-presidente da República.

Também pode, perante o Superior Tribunal de Justiça, propor ação penal, representar pela intervenção nos Estados e no Distrito Federal e representar pela federalização de casos de crimes contra os direitos humanos.

Mesmo assim, isto é, tendo a “parte recorrida”, que é o candidato aprovado no concurso público, a seu favor decisão do Tribunal Superior do Trabalho e da Procuradoria-Geral da República, no Supremo Tribunal Federal, a Ministra Ellen Gracie vota pelo provimento do recurso, ou seja, vota contra a pretensão do administrado, pautando-se, entre outras, em decisão anterior da Primeira Turma da referida Corte Suprema que apresenta a seguinte ementa:

Ementa:

*“Em fase do princípio da legalidade, pode a administração pública, enquanto não concluído e homologado o concurso público, alterar as condições do certame constante do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie, visto que, antes do provimento do cargo, o candidato tem **mera expectativa de direito** à nomeação ou, se for o caso, à participação na segunda etapa do processo seletivo. (RE 290.346, rel. Min. Ilmar Galvão, dj 29.06.01)”. (grifos da transcrição)*

Em seguida, a Suprema Corte, através da Turma que realiza o julgamento, decide por unanimidade conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto da já citada Ministra Relatora Ellen Grace.

Como visto, o cidadão que acatou a lei imposta e vigente na época da realização dos considerados legítimos atos jurídicos, isto é, efetivou sua inscrição em concurso público nos moldes do pertinente edital, se submeteu às provas do certame e demais atos solicitados, tendo obtido sua aprovação, vê-se, posteriormente, em razão de uma nova regulamentação, com o seu direito à nomeação e posse extintos, sob a justificativa de que, até o presente momento, ele possuía apenas uma *mera expectativa de direito*, implicando tal entendimento

no poder de um dos polos dos atos jurídicos entabulados, ao seu talante, mudar de forma unilateral as regras que, também legalmente, foram preestabelecidas.

Situações como a descrita, deixam claro a necessidade de uma maior e melhor análise do que seja *legítima expectativa de direito* e quais as garantias que, nesta condição, o cidadão possui, pois não estamos a advogar pela aquisição do direito almejado, enquanto não realizados todos os atos e verificados todos os termos e condições para o exercício do mesmo, mas sim, estamos a defender o direito das partes à garantia da inalterabilidade das regras determinadas e executadas na efetivação sucessiva de vários *atos jurídicos perfeitos*, no sentido de aquisição de um determinado e futuro direito pretendido.

Interessante observar que a ementa do acórdão retro citado é apresentada como precedente para consubstanciar decisão da mesma Suprema Corte favorável ao administrado, participante de outro concurso público, onde a questão em análise, através da decisão referente ao Mandado de Segurança n. 26862, julgado em 15/04/2009 pelo Supremo Tribunal Federal expressa ementa e demais disposições processuais, que apresentam, conforme a seguir transcritas, as seguintes disposições.

Ementa:

Mandado de segurança. Concurso público para provimento do cargo de técnico do ministério público da união, área de apoio especializado, ilegalidade da exigência de carteira nacional de habilitação, na categoria “d” ou “e”, emitida, nestas categorias, há, no mínimo, três anos. § 1º do art. 7º da lei n. 11.415/2006²³⁰. Necessidade de lei para a imposição de experiência profissional como requisito ao provimento do cargo.

1. Na data de publicação do Edital PGR/MPU n. 18/2006, bem como na de sua primeira retificação, vigoravam a Lei n. 9.953/2000,²³¹ com a redação dada pela Lei n. 10.476/2002²³², e a Portaria PGR n. 233/2004. Legislação que reputava desnecessária experiência profissional para o provimento do cargo de Técnico do MPU, área de Apoio

²³⁰ Lei n. 11.415, de 15 de dezembro de 2006. Dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União e fixa os valores de sua remuneração.

Art. 7º São requisitos de escolaridade para ingresso:

§ 1º Além dos requisitos previstos neste artigo, poderá ser exigida formação especializada, experiência e registro profissional dispostos na lei.

²³¹ Lei n. 9.953, de 4 de janeiro de 2000. Dispõe sobre a Carreira de Apoio Técnico-Administrativo do Ministério Público da União e fixa os valores de sua remuneração.

²³² Lei n. 10.476 de 27 de junho de 2002. Altera dispositivos da Lei nº 9.953, de 4 de janeiro de 2000, reestrutura a Carreira de Apoio Técnico-Administrativo do Ministério Público da União.

Especializado, especialização Transporte, exigindo, tão-somente, a apresentação de Carteira Nacional de Habilitação, categoria “D” ou “E”, por ocasião da posse.

2. O § 1º do art. 7º da lei n. 11.415/2006 remete à lei - e não ao regulamento - a força de exigir, se for o caso, formação especializada, experiência e registro profissional como requisitos para a posse nos cargos das carreiras do MPU. Ilegalidade da Portaria PGR/MPU n. 712, de 20/12/2006.

3. Aplicabilidade, ao concurso público em andamento, da Lei n. 11.415/2006, pois, além de não estar encerrado o prazo para inscrições, “enquanto não concluído e homologado o concurso público, **pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie**” (RE 318.106/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18/11/2005).(grifos da transcrição)

4. Aparente irrazoabilidade da exigência de o candidato a motorista do MPU contar com três anos de CNH nas categorias “D” ou “E”.

5. Segurança concedida.”

Da leitura do voto do magistrado relator, Ministro Carlos Ayres Britto, fica patente o revolutear legislativo, o que abala, sobremaneira, a *segurança jurídica* que deveria nortear os atos administrativos.

Registra-se na questão que um edital de concurso publicado no Diário Oficial da União de 24/10/2006 e que já sofre retificação é, conforme Diário Oficial da União de 08/11/2006, elaborado com base na Lei n. 9.953/2000 que apresenta redação dada pela Lei n. 10.476 de 2002.

Também, sofre o citado edital efeito da Portaria PGR n. 233, de 22/04/2004 e, em seguida, o mesmo acontece em relação à Portaria PGR/MPU n. 712, de 20/12/2006 e assim continua a expressão do voto que conta com outros não menos emaranhados exercícios de interpretação jurídica, senão vejamos:

“Começo por dizer que, na data de publicação do Edital PGR/MPU n. 18/2006 (DOU de 24/10/2006), bem como na sua primeira retificação (DOU de 08/11/2006), vigorava a Lei n. 9.953/2000, com a redação dada pela Lei n. 10.476/2002.

Assim dispunham o parágrafo único do art. 3º e o inciso II do art. 8º:

*“Art. 3 º. As Carreiras de Analista e Técnico do Ministério Público da União são constituídas dos cargos de mesma denominação, de provimento efetivo, estruturados em classes e padrões, nas áreas de atividades, conforme o Anexo I.
Parágrafo único. As atribuições dos cargos, observadas as áreas de atividades e especializações profissionais, serão descritas em regulamento.*

Art. 8º. São requisitos de escolaridade para ingresso na carreira de Apoio Técnico Administrativo, atendidas, quando for o caso, formação especializada e experiência profissional, a serem definidas em regulamento e especificadas nos editais de concurso:

(...)

II – para o cargo de Técnico, curso de segundo grau ou técnico equivalente;

Como se vê, a lei conferiu ao regulamento dois tipos de normação:

a) descrever as atribuições dos cargos (parágrafo único do art.3º);

b) definir, quando fosse o caso, os requisitos de formação especializada e experiência profissional para ingresso na carreira (art. 8º).

Para cumprir esse desiderato, foi que se expediu a Portaria PGR n. 233, de 22 de abril de 2004.

E no que tange ao cargo Técnico, área Apoio Especializado, “Especialização Transporte”, assim ficou definido quanto aos requisitos de investidura:

“1. Escolaridade: Ensino médio concluído (antigo 2º grau).

2. Formação especializada: Não é necessária.

3. Experiência profissional: Não é necessária.

4. Habilidades específicas: Carteira Nacional de Habilitação, categoria ‘D’ ou ‘E’, por ocasião da posse.”

Observa-se, portanto, que, na data de publicação da primeira retificação ao Edital PGR/MPU n. 18/2006, a legislação em vigor não permitia nem que se fizesse a exigência de três anos de emissão da Carteira Nacional de Habilitação, quanto mais de tempo específico nas categorias “D” ou “E”.

O art. 8º da Lei n. 9.953/2000 remeteu ao regulamento, quando fosse o caso, a disposição de requisitos de “formação especializada” e “experiência profissional”.

E o que fez a Portaria PGR n. 233/2004? Reputou desnecessária tanto uma quanto outra, assentando apenas a necessidade de apresentação de “Carteira Nacional de Habilitação, categoria ‘D’ ou ‘E’, por ocasião da posse”.

Alega, no entanto, o impetrado que, em 20/12/2006, um dia antes do término das inscrições, editou-se a portaria PGR/MPU n. 712, alterando a Portaria PGR n. 233/2004.

Com isso, incluiu-se, dentre as habilidades específicas requeridas para o provimento do cargo de Técnico, área Apoio Especializado, ‘especialização Transporte’, o tempo de emissão de CNH, na categoria ‘D’ ou ‘E’, o que afastaria qualquer vício formal.

Sucedede que, em 15/12/2006, foi publicada a Lei n. 11.415, que revogou a Lei n. 9.953/2000 e dispôs sobre a carreira dos servidores do Ministério Público da União. Assim está dito no parágrafo único do art. 3º, no inciso II do art. 7º e em seu § 1º, todos da Lei n. 11.415/2006:

‘Art. 3º. Os cargos efetivos das Carreiras referidas no art. 2º desta Lei são estruturados em Classes e Padrões, na forma do Anexo I desta Lei, nas diversas áreas de atividades.

Parágrafo único. As atribuições dos cargos de que trata esta Lei, as áreas de atividades e as suas especialidades serão fixadas em regulamento, nos termos do caput do art. 27 desta Lei.

Art. 7º. São requisitos de escolaridade para ingresso:

(...)

II – para o cargo de Técnico, certificado de conclusão de ensino médio e/ou, se for o caso habilitação legal específica, observada a disposição do parágrafo único do art. 3º desta Lei;

(...)

§ 1º. Além dos requisitos previstos neste artigo, poderá ser exigida formação especializada, experiência e registro profissional dispostos em lei.’

Da leitura conjugada dos dispositivos legais, depreende-se que continuou na esfera normativa do regulamento fixar as atribuições dos cargos (parágrafo único do art. 3º). Diferentemente, no entanto, da Lei n. 9.953/2000, o novo regime conferiu à lei (e não ao regulamento) o poder de exigir ‘formação especializada, experiência e registro profissional’ (§ 1º do art. 7º da Lei n. 11.415/2006).

Incluiu-se, por fim, no inciso II do art. 7º, a menção ao requisito da habilitação legal específica.

Agora, voltando à atenção para o caso dos autos, tenho que o Procurador-Geral da República desbordou de seu poder regulamentar. É que a Portaria PGR/MPU n. 712, de

20/12/2006, editada já na vigência da Lei n. 11.415/2006, foi além da fixação das atribuições do cargo de Técnico, área Apoio Especializado, “Especialização Transporte”. Exigiu, para o provimento do cargo, experiência profissional, requisito que, segundo o novo diploma, demanda lei em sentido formal.

Com efeito, não se confunde experiência profissional (§ 1º do art. 7º) com habilitação legal específica (inciso II do art. 7º). O impetrado descreveu as atribuições do cargo e, diante delas (“condução de veículos oficiais”), imprescindível a habilitação legal específica. É dizer: como uma das atribuições do cargo é a condução de veículos, a própria lei (Código de Trânsito Brasileiro) requer a emissão de Carteira Nacional de Habilitação. Satisfeitos os requisitos da lei específica, estará o autor habilitado a exercer as atribuições do cargo. Para se exigir, adicionalmente, tempo mínimo de experiência, há de se respeitar o § 1º do art. 7º da Lei n. 11.415/2006, que exige a edição de diploma legal (e não mais de regulamento).

Já me encaminhando para o fecho deste voto, averbo que não procede o fundamento da inaplicabilidade da Lei nº 11.415, de 15/12/2006, ao concurso em andamento. Primeiro, porque a lei entrou em vigor quando ainda em curso o prazo para inscrições. Segundo, porque, conforme precedente deste nosso Tribunal, ‘enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie’ (RE n. 318.106/RN, Rel. Min. Ellen Gracie). Terceiro, porquanto, se a Lei n. 11.415/2006 não fosse aplicável, pela mesma razão não surtiria efeitos a Portaria PGR/MPU n. 712, de 20/12/2006, o que faria retornar a aplicação da Portaria PGR n. 233/2004, que não exigia os três anos de experiência na habilitação específica.

Por fim, não posso deixar de ter como irrazoável a exigência de o candidato a motorista do Ministério Público da União contar com três anos de CNH, emitida nas categorias “D” ou “E”. Isso porque o próprio Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97)²³³ já prevê uma série de requisitos temporais para a emissão da Carteira Nacional de Habilitação, nas categorias “C”, “D” e “E”. Nestas duas últimas, o candidato deve ainda “ser aprovado em curso especializado e em curso de treinamento de prática veicular em situação de risco, nos termos da normatização do CONTRAN-Conselho Nacional de Trânsito”(inciso IV do art. 145, da Lei n. 9.503/97)²³⁴. Exigir, além de tudo isso, outros três

²³³ Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

²³⁴ Lei n. 9.503/97.

anos de habilitação significa muito menos uma medida de interesse da Administração do que uma severa restrição da acessibilidade aos cargos públicos.

Ante o exposto, concedo a segurança e ratifico a liminar deferida, o que faço para que se dispense o impetrante da exigência de três anos de emissão da Carteira Nacional de Habilitação, nas categorias ‘D’ ou ‘E’, por ocasião da prova prática de direção veicular, bem como no seu ato de posse.”

Felizmente para o administrado esta decisão lhe foi favorável. Contudo, fica patente que a falta da precisão necessária dos atos administrativos e a hesitante produção legislativa desemboca inquestionavelmente em uma grande sensação de *insegurança jurídica* e, entre outros males, apresenta alto custo social e utilização pouco produtora dos recursos públicos, não sendo despendendo observar matéria publicada pelo Jornal A Tarde²³⁵, periódico de maior circulação da região Nordeste do Brasil, de 09/10/2011, que diz o seguinte:

A mais alta esfera do Poder judiciário, representada por cinco tribunais superiores, tem em Brasília mais segurança e vigilantes que a Polícia Federal consegue manter nas fronteiras do País.

Nos 15,7 mil quilômetros limítrofes, a PF tenta combater a passagem de arma e drogas, além de frear o contrabando, com um grupo que varia entre 900 e mil agentes.

Nos tribunais, um batalhão de 1.211 vigilantes e seguranças cumpre uma missão bem menos engenhosa: garantir a proteção de 963 ministros e o controle do entra-e-sai nos prédios do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Superior Tribunal Militar (STM).

São 13,2 guardas para cada um dos brasileiros que alcançaram o topo da pirâmide da magistratura. (JORNAL A TARDE, 2011).

Continuado nas considerações em torno de decisões jurisprudenciais, analisamos a seguir um acórdão onde se registra o insucesso do pleito do administrado, isto é, a expectativa de realização do direito subjetivo almejado, não se configurou legítima.

Art. 145. Para habilitar-se nas categorias D e E ou para conduzir veículo de transporte coletivo de passageiros, de escolares, de emergência ou de produto perigoso, o candidato deverá preencher os seguintes requisitos:
IV - ser aprovado em curso especializado e em curso de treinamento de prática veicular em situação de risco, nos termos da normatização do CONTRAN.

²³⁵ A Tarde – 1.211 vigilantes trabalham nos tribunais superiores, 09/10/2011, B6.- Salvador-Brasil.

O acórdão ao Mandado de Segurança de n. 27008, julgado em 17/02/2010, impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal, apresenta relatório e voto de lavra do Ministro Ayres Britto, conforme transcritos a seguir:

“Relatório:

Trata-se de mandado de segurança, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado pela empresa X, contra o Acórdão n. 2.414/2007, da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União.

Acórdão que determinou ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra ‘que se abstenha de renovar o contrato decorrente do Pregão eletrônico nº 001/2005, para contratação de serviços de conservação e limpeza’.

Argui a autora que vitoriou em processo licitatório e assinou contrato de prestação de serviços de conservação, limpeza e zeladoria com o Incra. Contrato, esse, com prazo de vigência de 12 (doze) meses e possibilidade de prorrogação em até 60 (sessenta) meses. Afirma que, passado um ano da assinatura da avença, a empresa Y protocolou reclamação no TCU, denunciando supostas irregularidades na licitação.

Diz, então, que, após quase dois anos da contratação, quando, inclusive, o contrato já fora prorrogado até 30/11/2007, o Tribunal de Contas da União determinou ao Incra que se abstivesse de proceder a uma outra renovação.

Pois bem, alega a impetrante violação a seu direito líquido e certo.

Primeiro, porque a representação manejada no TCU seria intempestiva.

Segundo, porque os serviços por ela (autora) prestados se caracterizariam como de natureza contínua, possibilitando a prorrogação do contrato, nos termos do inciso II do art. 57 da Lei 8.666/93²³⁶.

²³⁶ Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas

Daí requerer a concessão da segurança 'para determinar que não há proibição alguma na prorrogação do contrato n. 23.000/2005, celebrado entre a Impetrante e o INCRA'.

Continuo neste reavivar das coisas para dizer que, em decisão de fis. 88-90, indeferi a liminar e solicitei informações ao impetrado. Informações que foram prestadas às fls. 98-113. Dei, então, vista dos autos ao Procurador-Geral da República. Procurador que opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto:

Sem razão a impetrante. É que não há direito líquido e certo da autora à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público.

Conforme o inciso II do art. 57 da Lei 8.666/93 e a própria cláusula nona do contrato, à impetrante se conferiu apenas urna expectativa de direito, ficando à discricionariedade da Administração Pública a decisão sobre a prorrogação do ajuste.

Assim, o acórdão do Tribunal de Contas da União, ao determinar ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra que se abstivesse de renovar o contrato firmado com a autora, não lesou qualquer direito subjetivo da impetrante. Leia-se a ementa do precedente do Plenário desta nossa Corte:

Ementa:

“Mandado de segurança. Tomada de contas especial no tribunal de contas da união. Determinação de renovação do procedimento de licitação. Prorrogação do prazo de vigência do contrato. Discricionariedade da administração pública. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada.”

Ato do Tribunal de Contas da União que determinou à Administração Pública a realização de nova licitação.

Prorrogação do vigente contrato por prazo suficiente para que fosse realizada nova

da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

licitação.

A escolha do período a ser prorrogado, realizada de acordo com o disposto no contrato celebrado, insere-se no âmbito de discricionariedade da Administração.

Segurança denegada. (MS 24.785, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa).

Não há que se falar, por fim, em decadência do direito de representação no Tribunal de Contas da União. É que o prazo do § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93²³⁷ se refere ao “direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração”.

O TCU, no exercício do controle externo a ele incumbido pela Constituição da República, não está, portanto, adstrito a esse prazo.

Prova disso é que o § 1º do art. 113 da Lei de Licitações²³⁸ não faz qualquer referência a prazo. Ademais, a própria Administração Pública poderia de ofício, anular ou revogar o ato (Súmula n. 473 do STF)²³⁹.

Ante o exposto, voto pela denegação da segurança.”

O referido julgamento apresenta a seguinte ementa e acórdão:

Ementa:

“Mandado de segurança. Acórdão do tribunal de contas da união que determinou a

²³⁷ Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994).

²³⁸ Lei n. 8.666/93.

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

²³⁹ Súmula n. 473 do STF - Brasil. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

não prorrogação de contrato administrativo. Inexistência de direito líquido e certo”.

*Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de **mera expectativa de direito**, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, quando embasada em lei.”* (grifos da transcrição)

A representação ao Tribunal de Contas da União contra irregularidades em processo licitatório não está limitada pelo prazo do § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93²⁴⁰.

Segurança denegada.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em denegar a segurança, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 17 de fevereiro de 2010.”

A expectativa mantida pela empresa impetrante na situação retro citada era apenas da possibilidade de poder renovar o contrato.

Observa-se que não ficou configurado que alguma condição ou termo sofreu modificação durante o tempo da realização dos atos inerentes ao contrato entabulado, ou seja, não, foi garantido para a empresa que após a realização de determinados *atos jurídicos perfeitos* a mesma teria direito líquido e certo à renovação do contrato.

Destarte, no caso imediatamente relatado, entendemos como correta a não concretização da pretensão da parte, pois está no contexto que defendemos, nesta tese, não se configura como *legítima expectativa de direito*.

²⁴⁰ Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.
Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Diferente é a situação, por exemplo, do servidor público que ao ser nomeado e posteriormente empossado no cargo, tem, em um determinado momento, a garantia de que trabalhando tantos anos e ou alcançando determinada idade adquirirá o seu direito à aposentadoria, para só então depois de vários anos de exercício na função pública ser surpreendido com um novo regramento que aumenta o tempo de contribuição, aumenta o limite de idade, modifica a forma de cálculo para os proventos na aposentadoria e, assim por diante; tudo isto, em nome de expressões do tipo: *expectativa de direito* não tem proteção do ordenamento porque não se configura um *bem jurídico*, ou ainda, entre outras assertivas, servidor público não tem direito adquirido a *regime jurídico*.

Fazendo, neste contexto, uma breve digressão, observamos que a última afirmação, contida no parágrafo anterior, isto é, a de que o *servidor público não tem direito adquirido à regime jurídico*, implica dizer que o conjunto das garantias, das vantagens, dos deveres, dos direitos, das proibições e até mesmo das penalidades aplicáveis a este grupo de profissionais, pode ser a qualquer momento, unilateralmente, modificado, ainda que para prejudicá-los.

No tocante à citada expressão não é demais observar o posicionamento que, pelo menos, na jurisprudência brasileira se registra. Assim, como exemplo, trazemos à baila relato existente em razão do Recurso Extraordinário nº 653.736, de lavra do Ministro Luiz Fux, componente do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Neste caso, especificamente, não nos propomos a maiores detalhamentos no que diz respeito à legitimidade ou não da manutenção dos direitos concernentes aos profissionais detentores de cargo de confiança na Administração Pública, apenas aproveitamos a decisão para demonstrar como, mesmo em outras situações, os direitos do servidor Público são tratados.

Assim, vejamos o citado relatório:

“Recurso Extraordinário 653.736 Distrito Federal

<i>Relator :</i>	<i>Min. Luiz fux</i>
<i>Recte.(s) :</i>	<i>Fulana de tal</i>
<i>Adv.(a/s) :</i>	<i>Érica Barbosa Coutinho Freire de Souza</i>
<i>Recdo.(a/s) :</i>	<i>Estado do Ceará</i>
<i>Proc.(a/s)(es) :</i>	<i>Procurador-Geral do Estado do Ceará</i>

*Recurso Extraordinário. Administrativo. Servidor público. **Direito adquirido a regime jurídico e a forma de cálculo da remuneração. Inexistência.** Preservação do valor nominal. Inocorrência de ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário n. 563.965.(grifos da transcrição)*

1-O regime jurídico pertinente à composição dos vencimentos, desde que a eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração e, em consequência, não provoque decesso de caráter pecuniário, não viola o direito adquirido (Precedentes: RE n. 597.838-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 24.2.11; RE n. 601.985-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 1.10.10; RE n. 375.936-AgR, Relator o Ministro Carlos Britto, 1ª Turma, DJ de 25.8.06; RE n. 550.650-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJe de 27.6.08; RE n. 603.453-AgR, Relator o Supremo Tribunal Federal Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 01.02.11, entre outros).

2-Reconhecida a repercussão geral²⁴¹ do tema no julgamento do Recurso Extraordinário n. 563.965-RG/RN, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, confirmando a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido à forma de cálculo de

²⁴¹ Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

remuneração, enfatizando, ainda, a legitimidade de lei superveniente que, sem causar decesso remuneratório, desvincule o cálculo da vantagem incorporada dos vencimentos do cargo em comissão ou função de confiança outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo.

3-Recurso Extraordinário a que se nega seguimento.

Decisão: Cuida-se de recurso extraordinário interposto por FULANA DE TAL, com fulcro no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal de 1988²⁴², em face de v. acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

*"Administrativo. Servidor público. **Direito adquirido a regime jurídico. Inexistência. Coisa julgada. Violação. Não ocorrência.** (grifos da transcrição)*

1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte e do Supremo Tribunal Federal, **não há falar em direito adquirido a regime jurídico**, desde que observada a proteção constitucional à irredutibilidade de vencimentos. (grifos da transcrição)

2. Assim, a lei nova pode regular as relações jurídicas com a Administração Pública, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, bem como determinando reenquadramentos, transformações ou reclassificações.

3. As sentenças judiciais, notadamente as que tratam de relações jurídicas com efeitos prospectivos, têm sua eficácia temporal vinculada à cláusula **rebus sic stantibus**.²⁴³ (grifos da transcrição)

4. Vale dizer, a força vinculativa das decisões judiciais apenas permanece enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes no momento de sua prolação.

5. A superveniente alteração do estado de direito decorrente da atividade normativa do Poder Legislativo quanto a fatos futuros não implica em ofensa à coisa julgada.

6. Agravo Regimental improvido."

Não foram opostos embargos de declaração²⁴⁴.

²⁴² Constituição Federal do Brasil.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

²⁴³ *Rebus sic stantibus*. Estando assim as coisas. A cláusula *rebus sic stantibus* liga-se à teoria da imprevisão, não expressamente contemplada no Código Civil brasileiro. É a atenuação da regra *pacta sunt servanda*. LUIZ, Antônio Filardi. *Dicionário de expressões latinas*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Atlas, 2002, p. 261.

Pacta sunt servanda. Os pactos (convenções) devem ser cumpridos (observados). *Ibidem*, p. 219.

Em suas razões recursais, a recorrente aponta violação aos artigos 5º, XXXVI²⁴⁵, e 37, XV²⁴⁶, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, que “entendendo pela incorporação da vantagem à servidora quando esta ainda estava ao amparo de regime jurídico anterior, bem como que a sentença transitada em julgado garantiu a incidência ao aludido percentual sobre os vencimentos da ora Recorrente, em parcelas vencidas e vincendas, de fato, deve ser reconhecida a transgressão ao direito adquirido e à coisa julgada, insculpidos no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna.

Do mesmo modo, verifica-se que a supressão da referida vantagem dos vencimentos da Autora, após a servidora aderir a novo Plano de Cargos e Salários (Lei 13.658/05) – que não previu a absorção das vantagens pessoais por força de decisão judicial transitada em julgado -, restou inequívoco o malferimento do art. 37, XV, da CF, que resguarda a manutenção do salário dos servidores.”

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso extraordinário.

É o relatório. Decido.

²⁴⁴ Embargos de declaração. Ditos também declaratórios ou declarativos. Meio impugnatório interposto para esclarecimentos da sentença ou do acórdão em suas possíveis obscuridades, contradições ou omissões. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 335.

²⁴⁵ Constituição da República Federativa do Brasil.

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:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

²⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

III - renda e proventos de qualquer natureza;

§ 2º - O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

O recurso não merece prosperar.

O Tribunal a quo²⁴⁷, ao analisar a presente controvérsia, consignou, verbis:

“(…) Entretanto, como bem destacou o Parquet²⁴⁸ Federal, **o servidor público não tem direito adquirido ao regime jurídico**, com manutenção dos critérios legais embasadores de sua remuneração, restringindo-se à preservação do quantum remuneratório, sem decréscimo, calculado conforme dispõe a legislação. (grifos da transcrição)

Nesse sentido:

Agravo Regimental. Recurso especial. Lei complementar estadual nº 1.206/2001. Implantação de subsídio. Irredutibilidade de vencimentos. Direito adquirido. Ausência.

Conforme jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, o servidor público não tem direito adquirido à manutenção dos critérios legais embasadores de sua remuneração. Seu direito restringe-se à manutenção do quantum remuneratório, calculado em conformidade com o que dispõe a legislação.

Agravo Regimental desprovido (AgRg nos EDcl no Resp 1026560/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, quinta turma, julgado em 30/05/2008, DJe 30/06/2008).

Também não há falar em desrespeito à coisa julgada.

Todas as sentenças judiciais, notadamente as que tratam de relações jurídicas com efeitos prospectivos, têm sua eficácia temporal vinculada à cláusula rebus sic stantibus, isto é, sua força vinculativa permanece enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da sua prolação. Mas isso não inibe a atividade normativa do Poder Legislativo, quanto a fatos futuros.

Em outras palavras, não atenta contra a coisa julgada a superveniente alteração do estado de direito, desde que a nova norma jurídica tenha eficácia ex nunc, sem efeitos retroativos, como ocorreu no caso (MS 11.045/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, corte especial, julgado em 03/02/2010, Dje 25/02/2010)”.

*In casu, o acórdão está em consonância com a jurisprudência fixada por esta Corte no sentido de que **não há direito adquirido a regime jurídico** pertinente à composição dos vencimentos, desde que a eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração e, em consequência, não provoque decesso de caráter pecuniário. À guisa de exemplo, os seguintes julgados: (grifos da transcrição)*

²⁴⁷ Tribunal a quo. Diz-se do tribunal cujo ato decisório é objeto de recurso para o órgão hierarquicamente superior. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003, p. 871.

²⁴⁸ Parquet. Expressão francesa que designa o Ministério Público. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro – Brasil: Forense, 2003, p. 1006.

Ementa:

Administrativo. Servidor público. Fixação de subsídios. Manutenção da remuneração total. Direito adquirido a regime jurídico. Inexistência. Agravo Regimental improvido.

*I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, **ante a ausência de direito adquirido a regime jurídico**, é legítimo que lei superveniente modifique a composição dos vencimentos dos servidores públicos, desde que não haja decesso remuneratório.*

II – Agravo Regimental improvido. (RE n. 597.838-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 24.2.11). (grifos da transcrição)

Ementa:

*Agravo Regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Magistrado. Adicional por tempo de serviço. Absorção por subsídio. **Inexistência de direito adquirido a fórmula de composição da remuneração**. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. (RE n. 601.985-agr, relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª turma, dje de 1.10.10). (grifos da transcrição)*

Agravo Regimental em recurso extraordinário. Servidor público. Mudança no regime jurídico. Garantia da irredutibilidade vencimentos.

*Muito embora **o servidor público não tenha direito adquirido a regime jurídico**, o decréscimo no valor nominal da sua remuneração implica ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos. Esta é a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (grifos da transcrição)*

Agravo Regimental desprovido. (RE n. 375.936-AgR, Relator o Ministro Carlos Britto, 1ª Turma, DJ de 25.8.06).

Agravo Regimental no recurso extraordinário. Servidor público militar. Auxílio-invalidez. Redução. Remuneração. Preservação do valor nominal. Ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Inocorrência.

*1. **Não há direito adquirido a regime jurídico**, sendo possível, portanto, a redução ou mesmo a supressão de gratificações ou outras parcelas remuneratórias, desde que preservado o valor nominal da remuneração. Precedentes. (grifos da transcrição)*

2. Para afirmar que houve redução da remuneração seria necessária a análise dos fatos e provas. Incide no caso a Súmula n. 279 deste Tribunal²⁴⁹.

Agravo Regimental a que se nega provimento. (RE n. 550.650-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJe de 27.6.08).

Ementa:

Administrativo. Servidor público. **Inexistência de direito adquirido a regime jurídico.** Legitimidade de alteração da fórmula de cálculo de vantagem pecuniária, desde que respeitada a irredutibilidade de remuneração. Agravo improvido. (grifos da transcrição)

I – A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que **os servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico**, sendo legítima a alteração da fórmula de cálculo de vantagem pecuniária, desde que não provoque decurso remuneratório. Precedentes. (grifos da transcrição)

II – Agravo Regimental improvido.

(RE n. 603.453-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 01.02.11).

Por fim, cabe salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 563.965-RG/RN, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, reconheceu a repercussão geral do tema em debate e confirmou sua jurisprudência no sentido de que **não há direito adquirido à forma de cálculo de remuneração**. (grifos da transcrição)

Enfatizou, ainda, a legitimidade de lei superveniente que, sem causar decurso remuneratório, desvincule o cálculo da vantagem incorporada dos vencimentos do cargo em comissão ou função de confiança outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo.

O julgado restou ementado nos seguintes termos, verbis:

“Direitos constitucional e administrativo. Estabilidade financeira. Modificação de forma de cálculo da remuneração. Ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração: ausência. Jurisprudência. Lei complementar n. 203/2001 do estado do rio grande do norte: constitucionalidade.

²⁴⁹ Súmula nº 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

1. O Supremo Tribunal Federal pacificou a sua jurisprudência sobre a constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira e sobre a **ausência de direito adquirido a regime jurídico**. (grifos da transcrição)

2. Nesta linha, a Lei Complementar n. 203/2001, do Estado do Rio Grande do Norte, no ponto que alterou a forma de cálculo de gratificações e, conseqüentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição da República de 1988, por dar cumprimento ao princípio da irredutibilidade da remuneração.

3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento”.

Ex positis, nego seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF²⁵⁰.

Publique-se.

Brasília, 20 de agosto de 2012. Ministro Luiz Fux. Relator”

Como visto, fizemos questão de enfatizar, no *decisum* anterior, expressões como: não há direito adquirido à forma de cálculo de remuneração; inexistência de direito adquirido a regime jurídico; o servidor público não tem direito adquirido ao regime jurídico, entre outras, para deixar claro, nestes circunstâncias, como se legisla e se julga de forma a estabilizar a instabilidade, pois, sobremaneira, quando se afirma a inexistência de direito adquirido a regime jurídico para os servidores públicos estamos a reconhecer que os mesmos devem viver sob a égide da constante insegurança jurídica.

²⁵⁰ RISTF. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - Brasil.

Art. 21. São atribuições do Relator:

§ 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a *Súmula* do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art.543-B do Código de Processo Civil brasileiro.

Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Neste caso, regime jurídico quer dizer o conjunto de disposições legais e ou regulamentares que limitam, criam parâmetros e direcionam os atos das diversas esferas da Administração Pública no tocante às suas relações jurídicas com os servidores.

Resumindo, em tese, estamos a falar dos pertinentes estatutos. Dizer que, ressalvados os direitos adquiridos, o Estado pode alterar o estatuto, naquilo que entender, sem anuência dos servidores é propiciar ao Administrador Público um instrumento que lhe permite livremente modificar a forma de pagamento salarial, aumentar ou reduzir prerrogativas, modificar métodos de cobranças de tarefas e assim por diante. Nestas situações, o profissional sequer pode almejar a possibilidade de arguir uma situação de *legítima expectativa de direito*.

É, desta forma, inconcebível que o regramento contido em um determinado diploma jurídico, o qual estabelece o rumo a ser seguido, com base em determinados valores, concepções e parâmetros, não possa ser acatado com a certeza da não agressão em razão da injusta e prejudicial instabilidade que impõe ao indivíduo a sensação de uma constante *insegurança jurídica*.

Por outro lado, para deixarmos claro que não pretendemos salvaguardar qualquer situação que não se configure legítima, voltamos às análises e considerações em torno de decisões judiciais com o fito de contextualizarmos nossa pesquisa nesta área de aplicação do Direito e nos reportamos a mais um acórdão, onde embora se registrando a denegação da expectativa do administrado, reputamos o entendimento judicial como correto.

Os comentários a seguir dizem respeito a um recurso em Mandado de Segurança de n. 3066-0, impetrado também junto ao Supremo Tribunal Federal do Brasil e julgado em 08/11/1993, tendo como relator o Ministro Adhemar Maciel, do qual transcrevemos a seguir o relatório e voto.

“Relatório:

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Fulano de Tal contra o v. acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível do TJSP.

O ora recorrente impetrou mandado de segurança contra atos do Secretário da Justiça e Defesa da Cidadania de SP e do Desembargador Presidente da Comissão de Concursos das Serventias do Foro Extrajudicial, objetivando ser efetivado no cargo de Oficial Titular do 3º Cartório de Notas de Guarulhos.

Aduziu para tanto as seguintes razões:

Em 10/07/78, foi nomeado Oficial Maior do 3º Cartório de Notas de Guarulhos—SP. A partir de 31/01/79, passou a exercer a função de escrivão substituto do Cartório por inúmeras vezes.

Em 22/01/91, em virtude da vacância do aludido Cartório, foi designado Escrivão Interino da serventia.

Assim, requereu ao primeiro impetrado sua efetivação no cargo de titular do cartório, considerando o disposto no art. 208 da CF/69, in verbis:

“Art. 208— Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar 5 (cinco) anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.”

Tal pedido, entretanto, foi indeferido à consideração de que “a vacância só ocorreu na vigência da nova Constituição Federal, que não previu o benefício da efetivação.” Ocorreu a abertura do concurso mediante a comunicação de vacância feita pela Secretaria de Justiça.

Acontece que o recorrente possui o direito adquirido à referida efetivação, uma vez que em 11/07/83 já preenchia todos os requisitos previstos no art. 208 da precedente Constituição, restando, apenas, a expectativa da vacância da serventia que ocorreu sob a égide na CF/88.

O TJSP, Primeira Câmara Civil, denegou a segurança. Sustentou que o impetrante não possui direito líquido e certo ao cargo pretendido, pois a vacância só ocorreu após a promulgação da nova Constituição.

O ora recorrente argumenta que a expectativa à vacância não desnatura seu direito adquirido (§ 2º, do art. 6º, da LICC)²⁵¹. Conclui: foram preenchidos todos os requisitos necessários para ser efetivado como titular do cartório a partir de 11/07/83, restando

²⁵¹ Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro-LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB, mudança disposta na Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

somente a vacância, que se deu posteriormente.

O recorrido aduz que dois são os requisitos para a concessão do referido direito, conforme preceitua o art. 208 da Constituição Federal de 1969:

a) vacância da serventia e,

b) cinco anos de serviços prestados interinamente na mesma serventia até 31/12/83.

In casu, somente o requisito temporal de prestação de serviço foi preenchido.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso. Asseverou que o recorrente não tinha direito subjetivo à efetivação, pois inexistia cargo vago. Na realidade, tinha, apenas, mera expectativa de ser efetivado se vagasse o cargo.

É o relatório.

Voto:

O recorrente especial não me parece com razão. Infelizmente ele tinha mera expectativa de direito, não direito adquirido. Senão, vejamos:

A Carta Política de 1969, com a Emenda Constitucional n. 22/82, passou a ter a seguinte redação:

“Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venha a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.”

A Constituição de 1988 não manteve tal benesse. Dispõe ela no ADCT:

“Art. 31. Serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidas em lei, respeitados os direitos dos atuais titulares.

Art. 32. O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo público, respeitando-se o direito de seus servidores”.

O art. 236, aludido, em seu § 3º²⁵² exige concurso público.

²⁵² Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Vejamos, agora, os fatos, pois ex facto ius oritur:

O recorrente, segundo se pinça dos autos, assumiu a função de Oficial Maior em 10/07/78.

Nela ficou mais de cinco anos. Ocorre, porém, que o cartório esteve provido até 18/01/91.

*Ora, quando houve vaga, outra era a lei de regência (CF—88), que só reconheceu o direito adquirido, não a **mera expectativa de direito**. (grifos da transcrição)*

Em outras palavras, o recorrente só teria direito adquirido se, digamos, a nova Constituição tivesse sido promulgada em 19/01/91. Aí, sim, todos os implementos para a aquisição do direito estariam reunidos.

O que o recorrente pretende, data venia, é dar força ultra-ativa à norma constitucional de natureza transitória, rompida por outra de igual hierarquia, força e natureza.

Sob o ângulo político, que não vem ao caso, bem andou o constituinte de 1988 em exigir concurso público para as serventias extrajudiciais. Estamos em outra época, onde os cargos públicos (lato sensu) só podem ser providos pelo Merit System.

A “situação jurídica” (para usar a nomenclatura de Paulo Roubier que evitava falar em “droits acquis”) do impetrante/recorrente não chegou a se consolidar sob a vigência do art. 208 da Carta de 69. Quando ele teria conseguido o implemento faltante -a titularidade-, outra já era a lei vigente, a Constituição de 1988, que só permitia titularidade mediante concurso público.

Peço vênia para transcrever parte da argumentação de um dos impetrados, Dr. Manuel Alceu Affonso Ferreira, então Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo:

“Não se pode falar, assim, em direito adquirido do impetrante à efetivação no cargo de titular do 3º Cartório de Notas da Comarca de Guarulhos. Se, quando da vigência da norma excepcional e transitória, contida no artigo 208 da precedente Lei Maior, o impetrante não adquiriu direito algum, não seria agora, diante da nova Constituição, que nada dispõe a respeito, que o lograria.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Sustentar o contrário significa prolongar a vigência de norma transitória e revogada, em flagrante ofensa ao parágrafo 3º do artigo 236, do vigente texto constitucional, segundo o qual as serventias devem ser providas por concurso, de provimento ou de remoção”.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.”

O presente recurso em Mandado de Segurança contou com voto-vista favorável do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Contudo, o julgamento apresentou ementa e acórdão, conforme seguem, onde se registra que o recurso embora conhecido não obteve provimento.

Ementa:

“Administrativo. Serventia. Titularidade. Cartório de notas. Expectativa de direito e não direito adquirido (adct da constituição de 1988, arts. 31 e 32)²⁵³. Recurso ordinário conhecido, mas improvido”.

1 — O recorrente, que era oficial maior, substituiu, por mais de cinco anos, o escrivão do 3º Cartório de Notas da Comarca de Guarulhos, SP. Pediu, via mandado de segurança, sua efetivação com fulcro no art. 208 da CF.

O TJSP denegou o writ: a vacância do cargo só ocorreu após a promulgação da nova Constituição (1988).

II — O recorrente tinha, em face da então vigente Carta de 1969 (art. 208), mera expectativa de direito à efetivação como escrivão. Para ter o direito, necessitava, além da

²⁵³ ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 31. Serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidas em lei, respeitados os direitos dos atuais titulares.

Art. 32. O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores.

Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

existência do cargo (vacância), dos cinco anos de exercício como substituto. O recorrente só tinha o último requisito.

Quando se deu a vacância, outro era o ordenamento constitucional, que já exigia concurso público para as serventias e só respeitou os direitos adquiridos (Constituição Federal de 1988, artigos 31 e 32 do ADCT).

III — Recurso Ordinário conhecido, mas improvido.

Acórdão:

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, conhecer e negar provimento ao recurso.

Vencidos os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votou de acordo o Sr. Ministro José Cândida de Carvalho Filho.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de novembro de 1993.”

O julgamento retro transcrito gira em torno de uma situação de expectativa que mais uma vez entendemos como não legítima dentro do contexto delineado por este trabalho de tese, pois é cediço que diante de um novo regramento constitucional, nem mesmo os direitos adquiridos são garantidos, pode até nos parecer temerosa tal premissa, mas ela existe e dela todos têm conhecimento.

A este respeito, o professor Pedro Lenza ao responder sobre a possibilidade de oposição ao direito adquirido em face da manifestação do poder constituinte originário, preceituou:

“... diante das características do poder constituinte originário, quais sejam inicialidade, autonomia, ilimitação jurídica, incondicionalidade, soberania na tomada de suas decisões, podemos afirmar que nem mesmo direitos adquiridos poderão ser opostos à manifestação do referido poder. Tanto é que o art. 17 do ADCT foi expreso ao dizer: Art. 17. Os vencimentos, a renumeração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”. (LENZA, 2009, p. 129 – 160).

Sendo assim, não se configura legítima a pretensão do recorrente em assumir sem concurso público cargo de mesma natureza, em razão de *expectativa de direito*, pautada em regramento constitucional anterior, que, inclusive, até o momento final da sua vigência não lhe tinha atribuído estabilidade no cargo, estando a nova Carta Magna a exigir o citado processo seletivo.

Como vimos, relatamos situações em que comungamos com a denegação dos pleitos pautados, pois, nos específicos casos relatados, havia, apenas, meras expectativas de direito sem o revestimento legal para serem consideradas como legítimas e detentoras da garantia de imutabilidade dos seus termos e condições. Os quais somente após perpetrados de forma conclusiva permitem a aquisição do direito subjetivo pretendido.

Veremos adiante situação em que a denegação do pretendido pela administrada se configurou como lesiva à *legítima expectativa de direito*.

O caso em análise é objeto de Agravo Regimental no recurso em Mandado de Segurança n. 31015, impetrado junto ao Superior Tribunal de Justiça do Brasil, julgado em 16/08/2011.

Conforme relatório e voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, podemos observar que através de Emenda Constitucional servidora do Poder Judiciário, após vários anos de desempenho da sua atividade na magistratura, sob a égide de uma determinada disposição constitucional, registra no momento da aquisição do seu “direito” à aposentadoria compulsória que o pertinente benefício continua sob o mandamento da mesma Carta Magna, mas regulado de forma a lhe reduzir o direito.

A seguir, transcrevemos partes deste julgamento que apresenta decisão, a qual, como afirmamos, sob a ótica do que defendemos, não se caracteriza condizente com o respeito à *legítima expectativa de direito*, haja vista que, como tal, a situação que é posteriormente analisada, assim não foi considerada.

“*Agravo Regimental. Recurso em Mandado de Segurança n. 31.015 RJ - 2009/0239635-1*

Relatora:	Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Agravante:	X
Agravado:	União

Ementa:

“Agravamento Regimental. Recurso ordinário em mandado de segurança. Magistrado. Aposentadoria. Ec n. 20/98. Aplicação da lei vigente à época da reunião dos requisitos. Súmula n. 359/STF²⁵⁴”.

1. Os proventos da aposentadoria regulam-se pela norma vigente ao tempo da reunião dos requisitos para a inatividade e o vínculo funcional entre o servidor e a Administração Pública é de Direito Público, não havendo fundamento que autorize a invocação de expectativa de direito em face de nova ordem constitucional, em mercê dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

2. Agravamento Regimental improvido.

Relatório:

Trata-se de Agravamento Regimental, interposto por Fulana de Tal contra decisão de minha relatoria que negou seguimento ao recurso ordinário da agravante e restou ementada nos seguintes termos:

Recurso Ordinário. Mandado de Segurança. Magistrado. Aposentadoria. EC n. 20/98. aplicação da lei vigente à época da reunião dos requisitos. Direito adquirido a regime jurídico. Inexistência. Recurso Ordinário a que se nega seguimento.

*Sustenta a agravante, em síntese, que sua insurgência se assenta não no direito adquirido, mas nos **princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima**, considerados pela Suprema Corte como **elementos conceituais do Estado Democrático de Direito**, que impedem a aplicação imediata de leis que alteram radicalmente uma situação jurídica, prejudicando as **expectativas legítimas** do cidadão.(grifos da transcrição)*

É o relatório.

Voto:

Estabelecia o artigo 93, inciso VI, da Constituição Federal, na sua redação anterior à Emenda Constitucional n. 20:

²⁵⁴ Súmula n. 359 do STF. Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura;

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 20, em 15 de dezembro de 1998, contudo, a aposentadoria compulsória por idade passou a ser calculada com proventos proporcionais ao estatuir no seu art. 93, inc. VI que: “a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40.”

Este, o artigo em referência:

Art. 40 Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos Pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17²⁵⁵:

(...)

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

E a própria Emenda Constitucional 20 cuidou de ressaltar expressamente o direito já alcançado por aqueles que implementaram os requisitos para a aposentadoria antes da sua edição, ao tempo em que dispôs que os proventos da aposentadoria serão calculados de acordo com a lei em vigor à época em que foram atendidos os requisitos para a sua concessão, ao prescrever que:

Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da

²⁵⁵ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 40. ...

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

legislação então vigente.

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, "a"²⁵⁶, da Constituição Federal.

§ 2º - Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no "caput", em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente.

§ 3º - São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI²⁵⁷, da Constituição Federal.

Na espécie, a impetrante completou 70 anos de idade em 18 de fevereiro de 1999, quando já estava em vigor a norma segundo a qual a aposentadoria compulsória por idade passou a ser calculada com proventos proporcionais, não havendo direito à concessão de aposentadoria com proventos integrais para os que ainda não haviam preenchido os requisitos para a sua concessão.

É que os proventos da aposentadoria regulam-se pela norma vigente ao tempo da reunião dos requisitos para a inatividade e o vínculo funcional entre o servidor e a Administração Pública é de Direito Público, não havendo fundamento que autorize a invocação de expectativa de direito em face de nova ordem constitucional, em mercê dos

²⁵⁶ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 40. ...

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, 19.12.2003)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional n. 20, de 1998)

²⁵⁷ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 37. ...

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como li-mite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o sub-sídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, 19.12.2003).

princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

Não é outro o teor do enunciado n. 359 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, verbis: "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar ou o servidor civil reuniu os requisitos necessários."

Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente do Pretório Excelso:

*Constitucional. Previdenciário. Art. 2º²⁵⁸ e expressão do art. 10º²⁵⁹, ambos da Emenda Constitucional n. 41/2003. Aposentadoria. Tempus regit actum. **Regime jurídico. Direito adquirido: não-ocorrência.** (grifos da transcrição)*

1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente.

2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade.

3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º²⁶⁰ da

²⁵⁸ Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998.

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* deste inciso.

²⁵⁹ Emenda Constitucional n. 41/2003.

Art. 10. Revogam-se o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, bem como os arts. 8º e 10 da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998.

²⁶⁰ Emenda Constitucional n. 41/2003

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

Emenda Constitucional 41/2003.

4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005.

5. *Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3104, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02297-01 PP-00139 RTJ VOL-00203-03 PP-00952).*

No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, veja-se o seguinte precedente:

"Agravos Regimentais. Constitucionais. Administrativo. Desembargador. Aposentadoria compulsória. Complementação de proventos. Impossibilidade. Aposentadoria. Lei vigente à data da passagem para inatividade. Emenda constitucional n. 20. Regime de previdência de caráter contributivo. Proporcionalidade. Aplicação da súmula 359/STF.

I- Em se tratando de aposentadoria compulsória, não há que se falar na percepção integral dos subsídios, uma vez que os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente à data do ato de aposentação, levando-se em conta a respectiva proporcionalidade com o tempo de serviço e de contribuição. Portanto, in casu, não há que se falar em direito adquirido, tampouco em pretensa ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos previsto na Carta Magna. Aplicável, à espécie, a Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal.

II - Com o ingresso da Emenda Constitucional n. 20/98, no ordenamento jurídico pátrio, o regime previdenciário passou a ser contributivo, ou seja, os proventos correspondem às contraprestações recolhidas durante a atividade.

III - Agravo Regimental desprovido." (AgRg no RMS 13223/SP, Rel. Ministro Gilson DIPP, Quinta Turma, DJ 04/02/2002).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.

É como voto.

A seguir transcrevemos a pertinente ementa e o acórdão:

Agravo Regimental. Recurso ordinário em Mandado de Segurança. Magistrado. Aposentadoria EC n. 20/98, aplicação da lei vigente à época da reunião dos requisitos. Súmula n. 359/STF.

1. Os proventos da aposentadoria regulam-se pela norma vigente ao tempo da reunião dos requisitos para a inatividade e o vínculo funcional entre o servidor e a Administração Pública, não havendo fundamento que autorize a invocação de expectativa de direito em face de nova ordem constitucional, em mercê dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

2. Agravo Regimental improvido.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 16 de agosto de 2011(Data do Julgamento)."

Nesta situação, de início, corroboramos com o entendimento da magistrada agravante quando, conforme a descrição dos fatos pela Ministra Relatora, aquela afirma que sua reação à decisão administrativa não se lastreia no direito adquirido, mas nos princípios constitucionais da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* legítima considerados pela Suprema Corte como elementos conceituais do Estado Democrático de Direito, que impedem a aplicação imediata de leis que alteram radicalmente uma situação jurídica, prejudicando as expectativas legítimas do cidadão.

Observamos que na situação do substituto da serventia do cartório que pretendia a condição de titular do mesmo, se registrava o advento de um novo ordenamento constitucional exigindo concurso público para um cargo que no ordenamento pretérito pedia

apenas tempo de serviço do pretendente, no setor, e vacância no cargo almejado, vacância esta que, tempestivamente, não ocorreu, e por isso mesmo não poderia, também a nosso ver, a parte impor sua expectativa diante da nova Carta Magna.

No caso da magistrada, o direito à aposentadoria com proventos integrais, não se tornou possível pela alegação do advento de uma Emenda Constitucional, espécie normativa que tem limitações para a sua aplicação, haja vista o conteúdo do § 4º, inciso IV²⁶¹, do artigo 60 da Constituição Federal do Brasil, onde está disposto que não será objeto de deliberação a proposta de Emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Observe-se que a magistrada desenvolvia as suas atividades na certeza do que determinava a citada Constituição, conforme redação vigente à época, haja vista que no artigo 93, inciso VI, estava assim preceituado:

Constituição Federal do Brasil

Art. 93. Lei Complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercícios efetivos na justificativa;

Wolgran Junqueira Ferreira, comentando tal disposição, assim preceitua:

Fixa este inciso a aposentadoria do magistrado, com os vencimentos integrais. Aos setenta anos, pela compulsoriedade.

A aposentadoria compulsória se verifica por implemento de idade, pode ser definida como o período de descanso imposto pelo Estado ao funcionário público que atingiu determinado limite de idade. (FERREIRA, 1989, p. 703).

José Cretella Júnior vai além, quando explicita:

A aposentadoria do magistrado pode ser: (a) compulsória, (b) por invalidez ou (c) facultativa, também denominada voluntária ou a pedido. A aposentadoria com proventos integrais é compulsória, quando se trata de invalidez ou aos setenta anos. Após cinco anos de exercício efetivo, na judicatura, o magistrado tem direito à

²⁶¹ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 60. ...

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

aposentadoria facultativa, desde que tenha completado trinta anos de serviço público. Na verdade, as três modalidades de aposentadoria são com proventos integrais. O dispositivo deveria estar assim redigido: a aposentadoria com proventos integrais é compulsória aos setenta anos, assim como a por invalidez, sendo facultativa, ou por tempo de serviço, a aposentadoria, quando o magistrado completa trinta anos de exercícios efetivo. Assim, ao completar trinta anos de serviço público, sendo cinco anos de efetivo exercício na judicatura, poderá o juiz aposentar-se com proventos integrais. (JÚNIOR, 1993, p. 3019).

Diante de tais preleções pode-se inferir que, no caso, a magistrada teve seus direitos e garantias individuais não reconhecidos em razão da mudança dos *termos e condições* inerentes a uma sucessão de *atos jurídicos perfeitos*, o que se configurou como agressão a sua *legítima expectativa de direito*.

A seguir reportamo-nos a dois acórdãos: um, do Supremo Tribunal Federal resultante de julgamento, em 07/10/1994, de Mandado de Segurança de n. 21.870-3, impetrado por candidato aprovado em concurso público e não nomeado. E outro, em razão de fato semelhante e decorrente de Agravo Regimental no recurso em Mandado de Segurança n. 27.752, tendo como agravante o Estado de Mato Grosso do Sul - Brasil, julgado em 18/08/2011.

Na primeira situação, temos as seguintes argumentações constantes do relatório e voto do Ministro Carlos Velloso.

“Relatório:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Fulano de Tal contra ato omissivo do Presidente do Tribunal de Contas da União, por entender ter direito líquido e certo a ser nomeado e empossar-se no cargo de Programador, para o qual foi aprovado em concurso público.

Alega o impetrante que participou do concurso público para a categoria profissional de Programador, da Tabela de Especialistas Contratados do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme edital publicado no DO, de 18.08.89, tendo sido classificado em 25º lugar. No dia 06.11.91 o candidato classificado em 24º lugar, Fulano de Tal, foi nomeado, juntamente com outros, em vaga decorrente de exoneração.

Em 18 de novembro do mesmo ano, por despacho do Senhor Presidente do TCU, foi prorrogada, por mais dois anos, a validade do referido concurso. Tendo o D.O. de 22.07.92 publicado a exoneração de Fulano de Tal, sustenta o impetrante que tem direito a ser

nomeado e empossado no cargo para o qual foi classificado em 25º lugar.

Como não foi nomeado até o dia 11.11.93, requereu ao TCU lhe fosse fornecida certidão sobre o número de vagas existentes, obtendo resposta datada de 30.11.93, de que existiam quatro vagas, sendo uma de Programador.

Requer, por isso, lhe seja concedida a segurança para ser-lhe garantida “.... a nomeação e posse no cargo de Programador, Classe A, padrão I no quadro da impetrada.”

Negada a medida liminar requerida, foram requisitadas informações à Exma. Sra. Presidente do TCU, que as prestou às fls. 21/29, afirmando que, de acordo com o entendimento daquele Tribunal, e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na Súmula n. 15-STF²⁶², o candidato aprovado em Concurso só tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da Classificação.

Oficiando às fls. 32/34, a Procuradoria-Geral da República, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral Arthur de Castilho Neto, opina no sentido da denegação do writ, ao argumento de que o invocado art. 10 da Lei 8.112/90²⁶³ não favorece o impetrante e que “o item 5.4 do edital somente confere ao candidato expectativa de direito à admissão, condicionada aos limites de vagas existentes, às disposições legais existentes e ao interesse e conveniência do TCU”.

É o relatório.

Voto:

O impetrante foi aprovado no concurso público realizado pelo Tribunal de Contas da União, classificando-se em 25º lugar.

O último candidato nomeado foi o classificado no 24º lugar. Isto quer dizer que, nos termos da Súmula n. 15, do Supremo Tribunal Federal, teria ele direito à nomeação se tivesse sido preterido, ou noutras palavras, se tivesse havido nomeação sem observância da classificação. Isto, conforme vimos, não ocorreu.

O que acontece é que a conveniência e oportunidade do provimento do cargo ficam à

²⁶² Súmula n. 15 do STF - Brasil. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

²⁶³ Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Art.10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade.

inteira discricção da Administração, certo que a aprovação no concurso não gera direito à nomeação.

O direito surgirá, repito, no caso de a Administração Pública nomear candidato não aprovado no concurso ou candidato pior classificado.

É assim a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmula 15).

Do exposto, indefiro o writ.

Por unanimidade, o Tribunal indefere o pedido e a ementa se apresenta da seguinte forma:

Ementa:

“Constitucional. Administrativo. Servidor público. Concurso público. Direito a nomeação. Súmula 15-STF”.

I. - A aprovação em concurso não gera direito a nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito somente surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado. Súmula 15-STF.

II. -Mandado de Segurança indeferido.”

De modo contrário à situação imediatamente anterior, vejamos o que ocorre em razão do Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 27.752, impetrado pelo Estado de Mato Grosso do Sul-Brasil, junto ao Superior Tribunal de Justiça onde registramos as seguintes argumentações contidas no relatório e voto da ministra Maia Thereza de Assis Moura.

“Relatório:

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul conta decisão de minha relatoria que deu provimento ao recurso ordinário interposto por Fulana de tal e restou ementa nos seguintes termos:

Recurso ordinário. Mandado de Segurança. Concurso público. Não preenchimento de vagas ofertadas em edital. Direito subjetivo do candidato classificado dentro do número de vagas. Recurso provido.

Sustenta o agravante, em síntese, que inexistente direito subjetivo à nomeação da candidata porque não ocorreu burla à ordem de classificação do certame, e que o concurso público é realizado no interesse discricionário da Administração Pública, nos termos do enunciado n. 15²⁶⁴ da Súmula Tribunal Federal, pena de violação dos incisos II e IV do artigo 37²⁶⁵ da Constituição Federal.

Aduz que ‘Este modus decidendi atenta contra a estrutura sistemática da Constituição de 1988, pois, ad argumentadum, milita contra o princípio da eficiência dirigido como comando constitucional de maximização na utilização dos recursos materiais e humanos da Administração Pública, dentro do binômio de custo e benefício. Dentro deste prisma, não apresenta qualquer relevância o fato de se exigir prévia dotação orçamentária para a criação de cargos públicos.’

Requer a apreciação da questão constitucional com o prequestionamento da matéria, que teve repercussão geral reconhecida do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE n. 598.099/MS, de modo a viabilizar a futura interposição de recurso extraordinário.

É o relatório.

Voto:

*Consolidou-se na doutrina e na jurisprudência pátrias o entendimento segundo o qual os candidatos aprovados além do número de vagas não têm direito subjetivo à nomeação, mas **apenas expectativa de direito**, que se submete ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública na criação e no provimento dos cargos públicos. (grifos da transcrição)*

Essa expectativa de direito, contudo, é transformada em direito subjetivo à nomeação dos aprovados nas classificações subsequentes, observada a ordem de

²⁶⁴ Súmula n. 15 do STF – Brasil. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

²⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

classificação, se durante o prazo de validade do concurso houver preterição na ordem dos concursos com abertura de novo certame para o mesmo cargo, ou houver preterição na ordem de classificação mediante provimento em caráter efetivo, ou contratação a título precário para o exercício das mesmas funções do cargo. (grifos da transcrição)

Não é outro o teor do enunciado n. 15²⁶⁶ da Súmula do Pretório Excelso:

Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Do mesmo modo, e com maior razão, os aprovados em concurso público dentro do número de vaga previsto em edital têm direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreram e foram classificados.

Com efeito, a existência de cargos públicos pressupõe prévia dotação orçamentária e a oferta editalícia demonstra a circunstância de estarem os cargos vagos, demandando provimento dentro do prazo de validade do certame, tendo em vista os princípios da lealdade, da boa-fé administrativa, da segurança jurídica, bem como continuidade da prestação do serviço público.

A propósito. ‘a administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los’ (RMS 27.311/AM, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 08/09/2009).

Assim, a prática de ato, pela Administração, que evidencie a necessidade de provimento de cargos públicos - oferta em edital de concurso público-, não ocupados por candidatos classificados dentro do número estabelecido até o término do prazo de validade do certame, gera direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados.

E tal entendimento não discrepa do enunciado n. 15 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, nem importa em violação dos incisos II e IV do artigo 37²⁶⁷ da Constituição

²⁶⁶ Súmula n. 15 do STF - Brasil. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

²⁶⁷ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

Federal, mas, antes, dá-lhes cumprimento, submetido o preenchimento dos cargos públicos à rigorosa observância de merit system.

Não é outra a jurisprudência uniforme deste Superior Tribunal de Justiça, como se colhe nos seguintes precedentes da Primeira e da Terceira Seções:

Administrativo. Mandado de Segurança. Concurso público. Ato do ministro de estado do desenvolvimento agrário. Única vaga. Desistência dos candidatos mais bem posicionados. Direito à nomeação. Demonstração inequívoca da necessidade do preenchimento por parte da administração.

1. Caso concreto em que candidata aprovada em concurso público na 3ª colocação não foi nomeada para a única vaga disponível, mesmo após formalizadas as desistências do primeiro e do segundo mais bem classificados, pois a autoridade coatora entendeu que, havendo apenas uma vaga, somente devem ser convocados dois candidatos no máximo.

2. O limite estatuído pela regulamentação aplicável diz respeito à convocação de candidatos aprovados e classificados até o limite de 50% acima do quantitativo original de vagas, partindo-se do pressuposto de que todos os candidatos convocados assumam os cargos, ou seja, não desistam da nomeação - o que não é o caso dos autos.

3. Não faria sentido lógico negar o ingresso do candidato aprovado e classificado como “próximo da fila” após longo procedimento seletivo, com dotação orçamentária e claros indícios de necessidade de prover deficiência em recursos humanos. Pensar o oposto é estimular o desperdício de verba pública com procedimento seletivo a que destoam de sua finalidade principal: suprir a carência objetivamente demonstrada de pessoal.

4. Mandado de Segurança concedido. Liminar confirmada.

(MS 15.320/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, primeira seção, julgado em 24/11/2010, DJe 01/02/2011).

Servidor público. Concurso para o cargo de fonoaudiólogo da Universidade Federal da Paraíba. Edital com previsão de apenas uma vaga. Candidata aprovada em primeiro lugar. Direito líquido e certo à nomeação e à posse.

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

1. O concurso representa uma promessa do Estado, mas promessa que o obriga - o Estado se obriga ao aproveitamento de acordo com o número de vagas.

2. O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas prevista em edital, como na hipótese, possui não simples expectativa, e sim direito mesmo e completo, a saber, direito à nomeação e a posse. Precedentes.

3. Segurança concedida.

(MS 10.381/DF, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Seção. Julgado em 05/12/2008, DJe 24/04/2009).

No caso, ao que se tem dos autos, a impetrante obteve classificação dentro do número de vagas ofertado no edital e o concurso público teve seu prazo de validade expirado sem que houvessem sido convocados todos os candidatos aprovados dentro das dez vagas ofertadas, exsurgindo o direito líquido e certo da impetrante, aprovada em sétimo lugar, de ser nomeada.

Antes o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.

Tal julgamento apresentou ementa e acórdão, conforme expressos a seguir:

Ementa:

“Agravo Regimental. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação dentro do número de vagas previsto no edital. Direito subjetivo à nomeação. Precedentes”.

1. Tendo em vista os princípios da lealdade, da boa-fé administrativa e da segurança jurídica, bem como o fato de que a criação de cargos depende de prévia dotação orçamentaria, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital não tem mera expectativa de direito subjetivo à nomeação. Precedentes.

2. Agravo Regimental improvido.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, Ministros da Sexta Turma do Supremo Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental, nos termo do voto da Sra. Ministra Relatora .

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior , Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) voltaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Thereza de Assis Moura.

Brasília, 18 de agosto de 2011 (Data do julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Relatora”

Como visto, em 1994 o Supremo Tribunal Federal do Brasil decidia por não acatar o pedido de nomeação e posse em cargo público de um candidato que aprovado em 25º lugar pleiteava cargo do 24º colocado que, logo depois de empossado foi demitido. Mais recentemente, em 2011, o Superior Tribunal de Justiça do mesmo país garante o direito de nomeação a todos os aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital. E, ainda, neste jaez, na atualidade, registra-se a matéria “Aprovado em concurso dentro das vagas tem direito à nomeação” constante do site do Supremo Tribunal Federal²⁶⁸ que informa ter a Excelsa Corte negado provimento a um Recurso Extraordinário (RE) 598099 em que o Estado do Mato Grosso do Sul questiona a obrigação da Administração Pública em nomear candidatos aprovados dentro no número de vagas oferecidas no edital do concurso público. A decisão ocorreu por unanimidade dos votos.

O tema teve repercussão geral reconhecida, tendo em vista que a relevância jurídica e econômica da matéria está relacionada ao aumento da despesa pública.

No recurso extraordinário se discute se o candidato aprovado em concurso público possui direito subjetivo à nomeação ou apenas *expectativa de direito*.

Enxertando a matéria em epígrafe com observações que consideramos pertinentes, informamos que o Estado, por intermédio do seu procurador, sustentava violação aos artigos 5º, inciso LXIX,²⁶⁹ e 37, *caput* e inciso IV²⁷⁰, da Constituição Federal brasileira, por entender que não há qualquer direito líquido e certo à nomeação dos aprovados.

²⁶⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp>>. Acesso em: 03 out. 2011.

²⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º. ...

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Alegava que tais normas têm o objetivo de preservar a autonomia da Administração Pública, “conferindo-lhe margem de discricionariedade para aferir a real necessidade de nomeação de candidatos aprovados em concurso público”.

Destarte, cabe observar que o entendimento da total liberdade para a prática do ato quando o Administrador se encontra no uso do seu poder discricionário, não tem ressonância na seara do pertinente ramo do Direito, haja vista que, no caso, o uso de tal prerrogativa dirige a autoridade no sentido de uma única solução, a qual, devidamente fundamentada, deve ser a melhor para o atendimento das necessidades coletivas públicas, dos legítimos anseios sociais, razões primordiais para existência dos poderes constituídos em um Estado Democrático de Direito.

O relator, ministro Gilmar Mendes, considerou que a Administração Pública está vinculada ao número de vagas previstas no edital, este, constante do conjunto processual que, como os demais, de forma genérica e exemplificativa, foi citado nesta obra.

Afirma ainda, o citado relator: “Entendo que o dever de *boa-fé* da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas no concurso público”.

Assim, nada mais é exigido do que apenas a cobrança da obrigação do Administrador Público em planejar de forma racional os elementos que devem figurar no ato que pratica.

Ainda, neste contexto, a referida autoridade judiciária, acrescenta que sua afirmativa decorre do “necessário e incondicional respeito à *segurança jurídica*”, corroborando consequentemente com as observações anteriores.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em consonância com as observações do referido relator, em vários julgados, tem afirmado que a *segurança jurídica* é pedra angular do Estado de Direito, sob a forma do princípio da proteção à confiança, assuntos que, juntamente com outros de cabível pertinência, serão mais detalhadamente comentados adiante.

²⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

Quando a administração torna público um edital de concurso convocando todos os cidadãos a participarem da seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, conforme o já citado relator do processo em análise, “ela, impreterivelmente, gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital”.

Ainda, a referida autoridade judicial assevera que: “Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado-administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da *segurança jurídica* como guia de comportamento”.

Não é despidendo observar que ao se decidir por uma determinada forma de atuação profissional, como por exemplo, na condição de servidor público, desde os momentos iniciais de preparação para o pertinente certame, o indivíduo emprega parte das suas energias e recursos materiais para o atingimento do pretendido, não sendo cabível que, atuando nos limites e conforme as regras prescritas pela própria Administração Pública, por descaso desta, registre um injustificado insucesso.

Dessa forma, segundo Mendes, o comportamento da administração no decorrer do concurso público deve se pautar pela *boa-fé*, haja vista que não se configura como aceitável, em um Estado Democrático de Direito, a rotina de incerteza do cidadão quanto aos atos praticados pelos Administradores Públicos no exercício das suas prerrogativas.

De acordo com o relator, a administração poderá escolher, dentro do prazo de validade do concurso, o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, “a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público”. Tal assertiva representa uma forma de garantir ao cidadão a devida segurança no tocante ao somatório dos atos parcelares desenvolvidos dentro dos ditames legais com vistas a um determinado direito subjetivo.

O ministro Gilmar Mendes salientou que o direito à nomeação surge quando se realizam as condições fáticas e jurídicas. São elas: previsão em edital de número específico de vagas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados no concurso; realização do certame conforme as regras do edital; homologação do concurso; e proclamação dos aprovados dentro do número de vagas previstos no edital em ordem de classificação por ato inequívoco e público da autoridade administrativa competente.

Conforme Mendes, a acessibilidade aos cargos públicos “constitui um direito fundamental e expressivo da cidadania”.

Deve neste ponto ser observado que, em tese, apenas pode pleitear tal direito aquele que reúne os elementos e a prática dos atos necessários à configuração de uma situação, precedente à aquisição do direito subjetivo pretendido, a qual denominamos como de *Legítima expectativa de direito*.

Ele destacou também que a existência de um direito à nomeação limita a discricionariedade do poder público quanto à realização e gestão dos concursos públicos. “Respeitada a ordem de classificação, a discricionariedade da administração se resume ao momento da nomeação nos limites do prazo de validade do concurso”, disse.

Como sempre é importante frisar que o poder discricionário da Administração Pública termina por ser mais restritivo do que o poder vinculado, pois naquela circunstância o Administrador só conta com uma única saída para desenvolver seu ato que é justamente a que alcance o melhor para a coletividade. Sendo assim, não há de se conceber que para a sociedade o melhor seja conviver com a incerteza da seriedade dos atos públicos.

Com fulcro, ainda, entre outras explanações, na citada matéria do Supremo Tribunal Federal, no próximo capítulo, no subitem 14.4 – Possibilidades de desconconsideração da expectativa de direito – abordaremos situações nas quais defendemos a possibilidade de quebra na garantia de imutabilidade dos termos e condições existentes em um estágio, do percurso para o direito adquirido, considerado como de *legítima expectativa de direito* e até a possibilidade da não consecução do direito almejado, mesmo diante da conclusão de todos atos parcelares.

14 A EXPECTATIVA DE DIREITO E PRINCÍPIOS AFINS

Já delineamos o que conceituamos como *legítima expectativa de direito*, sendo esta, espécie de *bem jurídico*.

Determinamos como tal, a situação identificada como de legítima pretensão subjetiva em virtude da observação do atendimento das exigências legais.

Agora, pretendemos mostrar, de modo mais enfático, a relação entre a *legítima expectativa de direito* e princípios jurídicos que entendemos apresentar grande relevância na análise desta condição.

Sendo assim, consideramos cabível formular breves distinções entre normas, princípios e regras.

Como sempre, cabe ressaltar que os temas ligados às relações humanas, à ciência jurídica, filosofia, entre outros, em regra, não permitem definições e classificações estanques. Neste jaez, trazemos à baila palavras do professor José Lopes Praça (com redação do ano de 1878) quando no seu livro “Direito Constitucional Portuguez, volume I, p. VII”, referindo-se aos princípios, regras e condições, assim leciona: “Direito, em geral, é a sciencia que investiga e apura os princípios, regras e condições, segundo as quaes se deve realizar a justiça na vida humana.”.

Comentando sobre a complexidade da Ciência Jurídica e a diversidade na classificação dos ramos do Direito, o autor retro citado, assim expõe:

A sciencia do direito é muito complexa, e não devemos preterir que para a estudar em todas suas subdivisões, em todas as suas especies, a inteligencia humana precisa no estado actual da organização jurídica, d’um esforço mais que trivial, e d’uma capacidade fóra de cummum. Póde-se dizer que cada escriptor apresenta sua classificação, e nós teremos de apresentar aquella que mais se accomoda com o estado em que se nos apresenta o nosso direito positivo; porque o nosso pensamento não é influir para uma evolução radical e seguramente irrealisavel; mas facilitar o conhecimento do nosso direito positivo, primeiro passo para qualquer refórma ou melhoramento possível ou plausível. (PRAÇA, 1878, p. VIII).

Deste modo, *mutatis mutandis*, valendo-nos do raciocínio utilizado, pelo professor J. J. Lopes Praça, para o tema classificação dos ramos da Ciência Jurídica, vamos comentar sobre os assuntos *normas*, *princípios* e *regras* iniciando com a afirmação de que como é cediço, o

conjunto de normas jurídicas que regulam a vida em sociedade, neste contexto, denominamos Direito. Sendo assim, tais normas caracterizam-se pela *imperatividade*, isto é, impõem aos destinatários determinados comportamentos. Também, identificam-se pela *abstração*, em razão da aplicação que deve ser dada a todas as situações previstas na norma. E ainda caracterizam-se pela *coercibilidade*, em razão da possibilidade de ser imposta com o uso da força legitimada pela sociedade.

Ainda, outras classificações poderiam ser expressas, como por exemplo, que as normas podem ser imperativas ou dispositivas, gerais, especiais e, etc.

Contudo, sintetizamos reafirmando que nos filiamos à corrente doutrinária que qualifica a norma como sendo o gênero que apresenta como espécies, princípios e regras. E, neste ponto nos valeremos das lições de Ana Paula de Barcellos quando, em relação as distinções entre princípios e regras, apresenta os seguintes critérios que, conforme a autora são os mais comumente propostos pela doutrina para este fim, quais sejam:

(a) *O conteúdo*. Os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito. Eles formam uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral. Ainda no que diz respeito ao conteúdo, Rodolfo L.Vigo chega a identificar determinados princípios, que denomina de ‘fortes’, com os direitos humanos.

(b) *Origem e validade*. A validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. Assim, é possível identificar o momento e a forma como determinada regra tornou-se norma jurídica, perquirição essa que será inútil no que diz respeito aos princípios.

(c) *Compromisso histórico*. Os princípios são para muitos (ainda que não todos), em maior ou menor medida, universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar.

(d) *Função no ordenamento*. Os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras. Ao modo dos axiomas e leis científicas, os princípios sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação.

(e) *Estrutura lingüística*. Os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações. Em relação às regras, diferentemente, é possível identificar, com maior ou menor trabalho, suas hipóteses de aplicação.

(f) *Esforço interpretativo exigido*. Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade, na expressão de Josef Esser, “burocrática e técnica”.

(g) *Aplicação*. As regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do “tudo ou nada”, popularizado por Ronald Dworkin. Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. Como registra Robert Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior

medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Estes limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios opostos que procuram igualmente maximizar-se, daí a necessidade eventual de ponderá-los. Desenvolvendo esse critério de distinção, Alexy denomina as regras de *comandos de definição* e os princípios de *comandos de otimização*. (BARCELLOS, 2002, p. 47-51).

Em futuros parágrafos, voltaremos a análise quanto a relação da *legítima expectativa de direito* com os determinados princípios jurídicos.

Como insistentemente temos abordado, ao atingirmos o estágio que possibilita a alegação de existência de uma *legítima expectativa de direito*, podemos afirmar que foi realizada uma sucessão de *atos jurídicos perfeitos*, isto é, foram realizados atos jurídicos em plena conformidade com os ditames legais e, por que não dizer, foram realizados atos em perfeita consonância com os preceitos constitucionais, não sendo destarte cabível a desconsideração dos mesmos em razão do surgimento de um novo regramento que venha a alterar situações preestabelecidas, em prejuízo do administrado ou, por exemplo, do contratante aderente em um contrato de adesão.

Vive o ser humano, em especial, os destituídos de poder, seja este econômico ou delegado em razão de cargo de alta representação em qualquer dos poderes de Estado, a constante angústia da incerteza de concretização das medidas que lhes garantam a materialização dos seus direitos subjetivos se ainda não configurados como direitos adquiridos, não sendo demais observar que nem mesmo estes, os direitos adquiridos, estão a salvo da insegurança que, cada vez mais, norteia as relações jurídicas no mundo moderno.

A insegurança apontada no parágrafo anterior resulta, em tese, da grande produção legislativa, a qual se avoluma de forma vertiginosa em razão das próprias exigências da atualidade. Assim, convivemos constantemente com novas Emendas Constitucionais, novas Leis Federais, novas Leis Estaduais, entre outras disposições que influenciam os mais diversos negócios e demais atos jurídicos, sejam eles entre particulares ou entre estes e o próprio Estado.

Destarte, nestas situações, pode-se questionar acerca do desrespeito do próprio Estado aos mais basilares princípios jurídicos, pois, de forma direta ou reflexa, a nova regra que desconsidera os termos e condições constantes em uma situação de *legítima expectativa de direito*, termina por agredir regramentos outros.

É interessante que, cada vez mais, sejam desenvolvidos métodos que busquem e

cobrem a responsabilidade dos detentores do poder delegado, quando da falta de planejamento e cabível previsão dos efeitos dos seus atos, efeitos que terminam por serem combatidos através de injustas agressões para aqueles que não participaram da gênese dos referidos atos. A este respeito cabe observar os comentários de Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Camara, quando os mesmos, na obra intitulada “A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos”, referindo-se a *Facto Ilícito*, pertinente aos atos legislativos, que, no caso, entendemos como melhor expressão *Ato Ilícito*, dizem:

Quanto ao facto, já sabemos que pode tratar-se de uma acção ou omissão e que tem de ser um facto humano, no sentido de ser controlado pelas potências humanas da inteligência e da vontade. Para estarmos perante uma omissão legislativa susceptível de gerar responsabilidade civil, teremos de identificar um específico dever de actuação que não seja cumprido por parte do legislador. Podemos detectar pelo menos quatro tipos de deveres específicos de legislar cuja violação pode originar a responsabilidade do Estado por omissão legislativa: dever de concretização de normas constitucionais, dever de protecção de direitos fundamentais, dever de correcção / adequação de leis vigentes e dever de reposição da igualdade violada. A responsabilidade do legislador anda mais frequentemente associada, nos dias de hoje, à violação do dever do legislador proteger direitos fundamentais.

O Estado pode ainda ser responsabilizado por acção no caso de ilegalidade/inconstitucionalidade de normas jurídicas, e/ou desconformidade com normas de Direito Internacional e/ou de normas de Direito da União Europeia.

Para se tratar de um facto (acção ou omissão) ilícito do legislador, este terá contrariado uma norma hierárquica ou funcionalmente superior a que se encontrava submetido. Mas a ilicitude do legislador é um conceito que excede a inconstitucionalidade, desde logo porque o legislador não pode violar as normas comunitárias da União Europeia, nem tão pouco as normas constantes dos tratados internacionais de que o Estado português faça parte. A ilicitude pressupõe ainda um elemento subjectivo, ou seja, a necessidade desse facto (acção ou omissão) implicar a violação de uma posição jurídica subjectiva. (FONSECA e CAMARA, 2013, p. 66-67).

Poderíamos, numa intelecção mais profunda e detalhada, mostrar uma infinidade de preceitos que são indiscutivelmente agredidos quando nos encontramos diante de situações como as descritas, mas restringiremos nossas observações, apenas, para os princípios da *boa-fé*, da *protecção da confiança*, da *segurança jurídica* e da *dignidade humana*.

14.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

A desconsideração dos termos e condições preestabelecidos em uma sucessão de *atos parcelares* configurados como *atos jurídicos perfeitos* que desembocam em uma *legítima expectativa de direito* representa, como já afirmamos, uma forma indubitável de agressão a uma série de princípios jurídicos. E, neste ponto, de início, chamamos atenção para os princípios da *boa-fé*, da *proteção da confiança* e da *segurança jurídica*, os quais, como os demais princípios, já por diversas vezes citados nos parágrafos anteriores.

Cabe observar que a despeito da realização da pesquisa de campo para a efetivação da presente tese ter se verificado em um determinado Estado da Federação brasileira e termos utilizados, em geral, a doutrina e ordenamento jurídicos do Brasil e de Portugal para o estudo dos pertinentes temas, na realidade, a questão da *insegurança jurídica* apresenta-se hoje, como um grande instrumento de transtorno social com repercussão mundial, justificando, inclusive, a edição sobre variados aspectos, de obras ligadas a esta matéria.

Como se depreende do que afirma Mafani, em alguns países, inclusive, como é o caso da Espanha, não seria exagerado afirmar que o *princípio da proteção da confiança* surgiu e tomou forma - ora pela identificação, ora dotado de sentido próprio - pelas mãos do *princípio da boa-fé objetiva*.

Por certo, a doutrina produzida naquele país no final da década de 70 e no início da década de 80 contribuiu para tal realidade.

Segundo Maffini, dois trabalhos, nesse sentido, merecem destaque: o artigo “La buena fe em las relaciones de la Administración com los administrados”, de Fernando Sainz Moreno²⁷¹ e, com maior amplitude, a obra de Jesús Gonzáles Pères²⁷², intitulada “El principio general de la buena fé em el Derecho Administrativo”.

No Brasil, do mesmo modo, existem bons trabalhos sobre a *boa-fé* em sentido objetivo, com um significado muito próximo, senão sinônimo, aquele que, ao que se pensa, há de ser destinado ao princípio de *proteção da confiança*.

²⁷¹ Revista de Administración Publica, n. 89, maio-agosto, 1979, p. 310-313.

²⁷² Trabalho apresentado, em 18 de janeiro de 1983, por ocasião da sua recepção para Real Academia de Ciências Morales y Políticas.

Ainda de acordo com Maffini dentre tais trabalhos não podemos deixar de mencionar os seguintes: “A moralidade administrativa e a *boa-fé* da Administração Pública”²⁷³, e “O *princípio da boa-fé* e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro”²⁷⁴, de Edílson Pereira Nobre Júnior.

Não há de se questionar que a falta de materialização do juridicamente almejado, desde que consubstanciado por atos ressonantes com o ordenamento vigente, cria para o cidadão a desagradável sensação de descrença em todo o arcabouço jurídico e social.

Assim, mesmo sem a pretensão de esgotar o assunto, vale tecer considerações a respeito do *princípio da boa-fé* e, também, nesta oportunidade, apresentar comparações entre este e o *princípio da proteção da confiança* e o da *segurança jurídica*.

Neste tópico, de início, nos valeremos dos ensinamentos do professor Almiro do Couto e Silva²⁷⁵, quando o mesmo informa:

Por vezes encontramos, em obras contemporâneas de Direito Público, referências a *boa-fé*, *segurança jurídica* e proteção à confiança como se fossem conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas. Não é assim ou não é mais assim. Por certo, *boa-fé*, *segurança jurídica* e proteção à confiança são ideais que pertencem à mesma constelação de valores.

Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras.

A boa fé é noção que, desde o mundo romano, se firmou predominantemente, no direito privado, quer no sentido subjetivo, tal como aparece, por exemplo, na posse *ad usucapionem*, quer no sentido objetivo, que começa a ser modelado nas *actiones bonae fidei*, e que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente. Nessa segunda acepção, de *boa-fé* objetiva, foi ela recebida no Código Civil Alemão, notadamente nos famosos §§ 242 e 157, o que abriu caminho para que outros códigos civis igualmente a acolhessem como dá testemunho, por último, o novo Código Civil brasileiro, nos arts. 113 e 422.

Conquanto a *boa-fé* objetiva tenha um relevo maior ‘no campo do direito das obrigações, especialmente em razão do vasto espectro de deveres anexos que a ela se vinculam e do papel que desempenha como base teórica da *culpa in contrahendo*, da responsabilidade pré e pós-negocial, é irrecusável, modernamente, sua importância em todo o território do direito privado.

Mas não é só; sua influência estende-se também ao *Direito Público*, podendo ser percebida muito marcadamente nos contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial do Estado. (COUTO E SILVA, 2005, p. 2-3).

²⁷³ GIACOMUZZI, Guilherme José. Ed. Malheiros.

²⁷⁴ JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. Ed. Sérgio Antônio Fabbris.

²⁷⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>

Se para as relações entre particulares não se concebe como aceitável a falta da *boa-fé*, tanto para o entabulamento dos negócios como para a realização e cobrança dos efeitos dos mesmos, muito menos há de se conceber como admissível a falta de previsão dos administradores públicos, no desenvolvimento dos pertinentes atos de gestão, para futuramente, em razão disto, justificar a agressão aos legítimos anseios de quem em nada contribuiu para os desencontros, porventura, registrados.

Com base no que foi visto no parágrafo anterior, aproveitamos as informações proferidas pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Bogotá, Colômbia, Hermano Devis Echandía, quando, na sua obra “Teoria General del Proceso”, declara:

Puesto que el proceso judicial no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como derecho privado, sino, por el contrario, el Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficacia y rectitud, deben considerarse como principios fundamentales del procedimiento los de la buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. La moralización del proceso es un fin perseguido por todas las legislaciones como medio indispensable para la recta administración de justicia.

La ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas, entre ellas la responsabilidad solidaria de aquéllas y éstos, y el juez debe tener facultades oficiosas para prevenir, investigar y sancionar tanto aquélla como el fraude procesal.

La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformadas, las inmoralidades de todo orden.

En un proceso inquisitivo y con libre apreciación de la prueba, está el juez en mejor capacidad para vigilar la actuación de las partes y hacer efectivos estos principios de la buena fe, la veracidad y la lealtad procesales. (ECHANDÍA, 1997, p. 73).

O conteúdo da retro citação refere-se à matéria de ordem processual, entretanto, advogamos pelo entendimento de que as observações contidas na mesma, como em outros tópicos distintos, devem ser estendidas, de um modo geral, para os atos administrativos e legislativos com a finalidade de combate à irresponsabilidade dos dirigentes e legisladores quando da atividade de elaboração de editais, de normas regulamentares, leis, decretos, etc., haja vista não ser cabível para o administrado que agiu conforme as determinações oriundas destas citadas atividades, no futuro, ser surpreendido com prejudiciais modificações que visam o saneamento de efeitos não desejados pelos motivadores e elaboradores das diversas normas.

Quanto à relação entre o *princípio da protecção da confiança* e o *da segurança jurídica*, de acordo com o ilustre professor da Faculdade de Direito de Coimbra, J.J. Gomes Canotilho, registramos que:

O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito. (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Ainda, segundo o autor anteriormente citado:

Estes dois princípios - *segurança jurídica* e *protecção da confiança* - andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio, ou como uma dimensão específica da *segurança jurídica*. Em geral, considera-se que a ***segurança jurídica*** está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a ***protecção da confiança*** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Como demonstrado, até sua configuração o direito adquirido passa por uma série de etapas, inclusive pelo estágio da *expectativa de direito*. Para isto, é exigida a expressão de *boa-fé* na formação e desenvolvimento da avença, e, também, em razão da crença nesta *boa-fé*, presume-se que afloram os motivos para o sentimento de confiança naquilo que está sendo avençado.

Por consequência, pautado no crédito que deve ser atribuído aos elementos objetivos da ordem jurídica, acredita a pessoa que será atingida a meta estipulada. E nesta situação, pode a pessoa abrir mão de outro caminho para consecução dos seus objetivos.

O jovem conculinte de um curso de graduação universitária pode, ao invés de montar seu escritório de advocacia ou seu consultório médico, optar por fazer um concurso público na certeza de que, embora auferindo rendimento menor, terá garantia de ocupação profissional sem a incerteza das variações de clientela ou mesmo, se na condição de empregado da iniciativa privada, da possibilidade de desligamento do vínculo laboral de forma sumária. O empresário pode empregar seu capital na execução de serviços para o Estado, que de um modo geral requer maior montante de recursos, e por isso deixar de atuar junto à clientela particular.

O aderente em um contrato de adesão pode empregar seus recursos de produção com vistas ao fornecimento de determinado serviço, em certa localidade, como por exemplo, abastecimento de energia elétrica em uma região de notório crescimento, deixando assim de investir em outro local onde, porventura, a concorrência seja elemento desmotivador.

Em todos os casos apontados, independentemente de qualquer outra análise, podemos afirmar que os agentes fizeram uma opção acreditando que era a melhor escolha, o que, consequentemente, não implica na certeza absoluta de que nada acontecerá de errado. Contudo, o que não se configura aceitável é o prejuízo trazido à parte hipossuficiente na relação, em razão de determinações unilaterais, sem que ao prejudicado não se observe, pelos menos, a necessária reparação.

Destarte, não se apresenta como justa, a nova norma que venha retirar a garantia do devido inquérito administrativo para o desligamento involuntário do jovem servidor que escolheu a atividade pública, como também, não se apresenta como justa, a mudança nos termos do contrato em prejuízo dos empresários que confiaram no Estado, em razão de um novo regramento que não preveja a devida compensação.

Podemos, mais uma vez, trazer a lume, nestas situações e observando as devidas proporções, o que na ciência econômica é denominado como sendo o *custo de oportunidade*, expressão utilizada para indicar o custo de algo em razão de uma oportunidade renunciada.

Destarte, é para se analisar o quanto de prejuízo sofre o servidor público que após sessenta anos de idade e, por exemplo, trinta e cinco de serviço se vê obrigado a permanecer em atividade laboral por mais cinco ou dez anos, de modo contrário ao previsto à época da sua nomeação, ou o prejuízo, sob os mais variados aspectos, que sofre o candidato ao concurso público, que após sua aprovação registra sua preterição à posse no cargo, motivada por uma nova exigência legal, até então, não prevista no edital da época da sua inscrição.

Podemos ainda citar, o sentimento de desalento que atinge o adquirente de um imóvel residencial em área com garantia de não utilização para outros fins, que após alguns anos se vê obrigado a abandonar sua morada porque a Administração Municipal edita norma permissiva para, por exemplo, o desenvolvimento de indistintas atividades empresariais, construções de prédios de apartamentos, em local onde não havia esta previsão, e assim por diante.

A partir da concessão da referida esfera governamental, para que o detentor do poder econômico instrumento de desequilíbrio social, possa construir, o cidadão comum tem que

conviver com o desconfortável barulho da concentração dos operários, funcionamento de máquinas e caminhões de concretagem, perigo de desmoronamento do seu imóvel e assim por diante.

No caso do parágrafo anterior é inacreditável o quanto se registra o esforço do Administrador Público na argumentação de que as agressões sofridas por um determinado grupo de pessoas deve assim acontecer em nome do progresso, como se o progresso não tivesse a ver, entre outros fatores, com o respeito humano e com o meio ambiente.

Nas várias situações, onde novas normas atingem de forma prejudicial a previsão de direitos das pessoas, sob a aceitação de que novo regramento pode atingir situações pretéritas e de que a *legítima expectativa de direito* é um nada jurídico, não mais encontra ressonância com os basilares princípios jurídicos constantes dos ordenamentos modernos.

Centrando as atenções no *princípio da proteção da confiança*, sobremaneira, no que tange às relações dos particulares com o Estado, sentimo-nos na obrigação de transcrever palavras do professor Valter Shuenquener de Araújo, em nota do autor, de obra já citada, as quais encontram perfeita ressonância com o nosso pensamento:

O interesse pelo estudo do *princípio da proteção da confiança* surgiu em razão de meu inconformismo com o reiterado desrespeito, pelo Estado brasileiro, das expectativas legítimas de particulares. Nesse contexto, a supressão de expectativas legítimas com base na equivocada premissa de que só se pode tutelar um direito quando ele tiver sido integralmente adquirido foi o fator inspirador dos estudos. Torço, por fim, que este material sirva, de alguma forma, para o fortalecimento da compreensão de que a confiança deposita pelo cidadão nos atos estatais é algo que deve merecer o respeito e a devida proteção do ordenamento jurídico. (ARAÚJO, 2009, nota do autor).

Ainda, nos referindo ao *princípio da proteção da confiança* observando, inclusive, a interpenetração deste conceito com os decorrentes da *segurança jurídica* e do *princípio da boa-fé*, trazemos a lume a breve reflexão sobre o tema que é feito pelo professor Luís Roberto Barroso no prefácio da citada obra “O *princípio da proteção da confiança*” do professor Valter Shuenquener de Araújo, que assim expõe:

A ideia de *segurança jurídica* envolve três dimensões, três planos: o institucional, o objetivo e o subjetivo.

Do ponto de vista institucional, a segurança refere-se à existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantias, aptas a fazer funcionar o Estado de Direito, impondo a supremacia da lei e sujeitando-se a ela.

Do ponto de vista objetivo, a segurança refere-se à anterioridade das normas

jurídicas em relação às situações às quais se dirigem, à estabilidade do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e a continuidade das normas, e a não-retroatividade das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos já constituídos.

E, por fim, do ponto de vista subjetivo, a *segurança jurídica* refere-se à *proteção da confiança*.

O *princípio da proteção da confiança*, que decorre de ideias como lealdade e *boa-fé*, impõe ao Poder Público alguns deveres de tutela de expectativas legítimas e de preservação de certos efeitos de atos que vieram a ser tidos como inválidos.

A tutela das expectativas legítimas envolverá, conforme o caso: (i) a exigibilidade de regras jurídicas de transição, em hipótese de mudança de regime jurídico de alguma dada situação, (ii) a não-retroatividade de novos entendimentos e (iii) o dever de coerência, que impede mudanças caprichosas de critérios decisórios.

A necessidade de preservação dos efeitos de atos inválidos poderá decorrer da consolidação de determinadas situações pelo decurso do tempo, hipótese em que sua desconstituição estará sujeita a prazos de *decadência* ou à atribuição de efeitos prospectivos.

O grande parâmetro para a ponderação entre o *princípio da proteção da confiança* e outros princípios ou interesses constitucionais há de ser a prevalência do interesse público primário, como tal entendido o conjunto de princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição. (ARAÚJO, 2009, prefácio).

Dos ensinamentos do professor Rafael Maffini depreendemos que:

...deve-se entender que o *princípio da proteção da confiança* ao tutelar interesses privados decorrentes de expectativas legítimas dos destinatários da função administrativa, proporciona a plena satisfação do interesse público consistente na obtenção de um estado de *segurança jurídica*.

Não seria exagerado afirmar, nesse sentido, que a *proteção da confiança* realiza, um só tempo, a interesses privados (de proteção substancial das expectativas legítimas) e a interesses públicos (de obtenção de um estado de coisas pertinente à *segurança jurídica* e ao Estado de Direito).

Assim, à guisa de conclusão, deve-se entender que os princípios da legalidade e do *interesse público* são inquestionavelmente importantes para o Direito Administrativo, mas não são absolutos, razão pela qual se impõe que sejam ponderados com os demais princípios, resultando justamente dessa ponderação, a incidência do *princípio da proteção da confiança*. (MAFFINI, 2005, p. 71).

Como se pode depreender das exposições até aqui perpetradas, não há de se conjecturar sobre *segurança jurídica* se não estivermos atentos ao atendimento de princípios como o da *boa-fé* e o da *proteção a confiança*. Destarte, quando, entre outras garantias, tais princípios são observados desemboca-se em uma situação onde a *legítima expectativa de direito* é protegida. Deve-se considerar que tais situações podem acontecer em várias espécies de relações jurídicas como, por exemplo, nas três que, pinçadas da jurisprudência lusitana e selecionadas por Tiago Soares da Fonseca, a seguir trazemos a lume:

1- Tribunal: Supremo Tribunal Administrativo

Juiz Relator: Rosenda Dias José

Data: 18 de Janeiro de 2005

Fonte: Acs. Dout. do STA, 520, pp. 577-590

Sumário: I – O **princípio da boa-fé** enunciado no art. 6º-A, do C.P.A., é de aplicação geral e vincula não só os particulares como a Administração. No que a esta respeita e no uso de poderes não vinculados por normas mais específicas, releva a vinculação a comportamentos éticos, o que significa, desde logo, coerentes, não contraditórios com as normas que ele própria criou e os fins que incumbe prosseguir. (grifos da transcrição)

II – Contraria a regra de comportamento regido pela boa-fé que é imposta pelo artigo 6º-A, do C.P.A., a actuação da Administração que fundamenta o indeferimento de transferência de uma farmácia no considerando que autorizar se deixar a população da freguesia de origem desprovida de cobertura farmacêutica. [...]

2-Tribunal: Relação de Évora

Juiz Relator: Castro Mendes

Data: 12 de Abril de 1984

Fonte: CJ, 1984, II, pp. 288-289

Sumário: Tendo certa câmara municipal vendido a particulares terreno seu, para fins de construção urbana, com a condição de, se esta não estiver feita no prazo de seis anos, reverter o terreno ao seus património, esta cláusula não funciona, em homenagem ao **princípio da boa-fé**, se a dita construção não pode ser levada a cabo, em consequência da vendedora não ter efectuado o desvio do colector de saneamento, sem o que aquela era impossível. (grifos da transcrição)

3-Tribunal: Relação do Porto

Juiz Relator: Santos Carvalho

Data: 7 de Junho de 2004

Fonte: CJ, 2004, III, pp. 190-194

Sumário: I – A frustração da confiança de outrem é susceptível de conduzir à obrigação de indenizar.

II – A responsabilidade pela **confiança** é parte integrante do direito civil vigente, encontrando fundamento na directiva jurídica pela qual deve responder pelos danos causados aquele que origina a **confiança** e a frustra. (grifos da transcrição)

III – O organizador da prova desportiva deve responder pelos danos causados num espectador vitimado pelas consequências danosas desse evento, ainda que tenha agido sem culpa.

Ao iniciarmos nossas atividades, como demonstramos em pontos anteriores desta peça, sentimos a escassez doutrinária no tocante ao tema da nossa tese. Contudo, ao aprofundarmos os estudos nos capítulos finais, sobremaneira, neste que é referente ao exame da *expectativa de direito* face aos princípios jurídicos da *boa-fé*, da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* e, ainda, o *princípio da dignidade humana*, percebemos que de variadas outras formas a preocupação com o respeito à *legítima expectativa de direito* encontra um significativo número de defensores, entretanto em relação ao tema da forma como apresentamos, alguns aspectos devem ser observados, haja vista que em decorrência dos mesmos, registra-se o ineditismo da nossa obra.

Embora a referência à originalidade desta proposta de estudo seja, de início, a contida no item 2.1 – Ineditismo do tema – do presente trabalho, no mesmo informamos da pertinência de voltarmos tal assunto no decorrer do atual capítulo, para podermos analisar traços diferenciadores entre esta e outras peças de cunho científico.

Assim, cabe pontuar os seguintes itens:

- a- O nosso trabalho focou a *legítima expectativa de direito* como ponto central dos estudos, buscando nos ordenamentos e doutrinas existentes, sobremaneira, na utilização dos princípios jurídicos, os elementos consolidadores para as premissas

que expomos, em especial, no que diz respeito à determinação da *legítima expectativa de direito* como *bem jurídico* e, por conseguinte, “instituto” merecedor da proteção do direito positivado, enquanto que nas obras que acessamos, observamos que a *legítima expectativa de direito* para surtir os efeitos esperados, fica na dependência casuística de futuras análises e aplicação dos referidos princípios;

- b- A proposta que lançamos implica na criação de uma nova espécie para a classificação dos bens jurídicos, qual seja a de “bem antecedente”, o qual não deve ser confundido com “bem acessório”, pois como já observamos a *legítima expectativa de direito* tem existência independentemente de registro do direito subjetivo a ela subsequente;
- c- O novo “instituto” deve servir para garantir o direito à inalterabilidade das condições e termos quando atendidos para consubstanciarem *atos jurídicos perfeitos* perpetrados, conforme o preestabelecido pela Administração Pública, seja nos praticados entre esta e os particulares ou quando em razão de situações oriundas dos acordos de vontade entre apenas estes. Deve, nestes casos, ser observada a possibilidade de aceitação das alterações quando em favor do hipossuficiente na referida relação.
- d- Diante do exposto no parágrafo anterior, devemos também registrar a aplicação do defendido neste trabalho, com as devidas ressalvas, para todos os ramos do direito, implicando, destarte, na utilização de garantia para os termos e condições dos atos praticados na consecução da *legítima expectativa de direito* nas mais diversas formas de expressão das relações jurídicas.

Assim, como expresso em variados pontos desta peça, registramos que a exigência do respeito para com os legítimos atos jurídicos praticados deve ser observada para o concurso público, questões de aposentadoria, licitação, extradição, contratos de adesão, entre outros.

- e- Por fim, como previsto no subitem 2.3.2 – O Direito Civil no âmbito do Direito Constitucional – defendemos a inclusão da *legítima expectativa de direito*, por intermédio de Emenda ou Revisão Constitucional, no conjunto das Normas Constitucionais, onde estiverem as referências pertinentes aos direitos, deveres e garantias fundamentais.

Levando-se em consideração os aspectos abordados, concluímos pelo entendimento de que justamente em razão do fato de termos que nos valer das doutrinas, jurisprudências e ordenamentos jurídicos existentes para consolidar a pertinência do nosso tema, não nos cabe, além das situações aqui apresentadas, criar novos conceitos para institutos já consagrados na literatura jurídica de diversos países.

14.1.1 A boa-fé na jurisprudência brasileira

De pronto, nas páginas seguintes, para os princípios jurídicos que foram comentados neste capítulo, começando pelo *princípio da-bom-fé*, transcreveremos algumas ementas, acórdãos, relatórios e/ou votos de decisões dos tribunais brasileiros, o que ocorrerá em outros itens desta tese, sempre observando que tal procedimento visa mostrar a utilização dos conceitos ou mandamentos das citadas normas.

Entretanto, não teceremos considerações quanto à coerência ou não das suas aplicações nos citados julgamentos com o que ora defendemos.

Com a exposição das peças referentes aos veredictos, queremos apenas evidenciar o fato de que tais princípios são invocados em múltiplas situações sendo, desta forma, inquestionavelmente cabível, também invocá-los para consubstanciar as fundamentações que perpetrados no desenvolver deste trabalho de pesquisa científica, isto é, pretendemos, ainda, mostrar, através da conjugação da análise dos elementos e exigências ligados à situação de *expectativa de direito* com os mandamentos de tais princípios, o quanto estes são agredidos quando da não garantia de consideração dos termos e condições preestabelecidos em razão da perpetração de *atos jurídicos perfeitos* que, como atos parcelares, compõem estágio antecedente ao denominado direito adquirido.

Senão vejamos:

A decisão seguinte, com observância ao *princípio da bom-fé*, sustenta o direito de incorporação na aposentadoria do acréscimo de vinte por cento dos valores que o servidor recebia a título de vencimentos quando em atividade.

“AI 419620 Agr / AM – Amazonas Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski

Julgamento: 19/05/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJe-104 Divulg. 04-06-2009 Public.05-06-2009

Parte(s):

Agte.(s): Estado do Amazonas

Adv.(a/s): PGE-AM – Fulano de Tal

Agdo.(a/s): Beltrano de Tal

Adv.(a/s): Sicrano de Tal

Ementa:

“Constitucional. Servidor público aposentado. Gratificação instituída pelo art. 139, ii, da lei 1.762/86²⁷⁶, do estado do Amazonas. Manutenção. Princípio da boa-fé. Precedentes”.

I - O art. 139, II²⁷⁷, da Lei Estadual 1.762/86 assegurou o direito de incorporar aos proventos 20% da remuneração que o servidor recebia em atividade.

II - Não obstante a gratificação em comento ter sido concedida em desrespeito à Constituição vigente à época, a inconstitucionalidade da lei nunca foi arguida, incorporando-se a gratificação ao patrimônio dos aposentados.

*III - A concessão da gratificação deu-se com observância ao **princípio da boa-fé** e retirá-la violaria o princípio da irredutibilidade de vencimentos. (grifos da transcrição)*

IV - Precedentes de ambas as Turmas.

V - Agravo Regimental improvido.

Decisão:

A Turma negou provimento ao Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime.”

²⁷⁶ Lei n. 1.762, de 14 de novembro de 1986 - Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas.

²⁷⁷ Lei n. 1.762/86.

Art. 139 - O funcionário que se aposentar de acordo com o item II do artigo 131 fará jus:

II - A proventos acrescidos de vinte por cento, quando ocupante da última classe da carreira;

Art. 131 - O funcionário será aposentado:

II - Voluntariamente;

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino;

b) aos trinta anos de serviço, se do sexo feminino;

Vale, por conseguinte, observar que a Lei n. 1.762 de 14 de novembro de 1986 do Estado do Amazonas teve artigos revogados pela Lei Complementar estadual n. 30, de 27 de dezembro de 2001²⁷⁸ sem, contudo, apresentar alterações que pudessem inviabilizar a utilização da referida norma para o contexto pretendido neste trabalho.

No *decisum* seguinte é enunciado o *princípio da boa-fé* para, em uma questão penal no âmbito do Direito Internacional, justificar a presunção de autenticidade e de veracidade para uma Nota Diplomática²⁷⁹ e consequente deferimento de um pedido de extradição²⁸⁰.

“Ext 1082 - República Oriental do Uruguai

Extradição

Relator(a): Min. Celso de Mello

Julgamento: 19/06/2008

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-147 divulg.07-08-2008 public. 08-08-2008

RTJ Vol-00206-02 PP-00505

Parte(s)

Reqte.(s): Governo do Uruguai

Extdo.(a/s): Fulano de Tal

Adv.(a/s): Beltrano de Tal

²⁷⁸ Lei Complementar n.º 30, de 27 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência do Estado do Amazonas estabelece seus Planos de Benefícios e Custeio e cria Órgão Gestor.

²⁷⁹ Nota Diplomática. Designação usada para documento elaborado por missões diplomáticas para tratar de assuntos relacionados com suas pertinentes gestões oficiais.

²⁸⁰ Extradição. Formado das expressões latinas *ex* (fora) e *traditio* (entrega), entende-se o processo pelo qual um Estado, fazendo valer sua lei penal, solicita e consegue a entrega, pelas autoridades do Estado, do criminoso que se foragiu para seu território, afim de que seja jugado e punido pela autoridade judiciária do Estado requisitante. A extradição, assim, em seu sentido jurídico, entende-se o meio legal por que se conduz o criminoso, mesmo refugiado no estrangeiro, perante a autoridade competente, para que seja julgado e condenado, segundo as regras do Direito Penal do país, em que cometeu o crime, ou mesmo em país estrangeiro, se se trata de crime sujeito à ultra territorialidade.

A concessão da extradição assenta em convenções internacionais, em que se estabelece a reciprocidade, entre os países contratantes.

Em regra, a extradição é concedida sobre o nacional do país requisitante, salvo se se tratar de crime político.

A lei brasileira, em princípio constitucional, não permite a extradição do brasileiro pelo governo ou autoridade estrangeira. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro – Brasil: Forense, 2003, p. 589.

Ementa:

“Extradição passiva - acordo de extradição (Mercosul)²⁸¹ - nacional uruguaio - tráfico ilícito de entorpecentes - investigação penal ainda em curso - possibilidade - alegação de vícios formais na formulação do pedido extradiciona! - inoorrência - pretendido reexame dos fatos subjacentes à investigação penal - negativa de autoria - inadmissibilidade - sistema de contenciosidade limitada - modelo que só não se aplica ao brasileiro naturalizado (cf, art. 5º, li)²⁸² - satisfação dos pressupostos e atendimento das condições referentes ao pedido extradiciona! - exigência de detração penal²⁸³ - extradição deferida. Processo extradiciona! e sistema de contenciosidade limitada²⁸⁴: inadmissibilidade de discussão sobre a prova penal produzida perante o estado requerente”.

A ação de extradição passiva não confere, ordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradiciona! se apóia, não cabendo, ainda, a esta Corte Suprema, o exame da negativa de autoria invocada pelo extraditando em sua defesa. Precedentes. Doutrina.

- O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradiciona! perante o Supremo Tribunal Federal.

- Revelar-se-á excepcionalmente possível, no entanto, a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, de aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, sempre que tal exame se mostrar indispensável à solução de controvérsia pertinente

²⁸¹ Mercosul, é o Mercado Comum do Sul, é a união aduaneira de países da América do Sul: Brasil, Uruguai, Argentina, Paraguai, Venezuela e, a partir de 2012, Bolívia.

²⁸² Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º...

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

²⁸³ Detração. No Direito Penal é o ato de abater no período da pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em estabelecimento psiquiátrico. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro – Brasil: Forense, 2003, p. 454.

²⁸⁴ Sistema de contenciosidade limitada. O modelo extradiciona! vigente no Brasil - que consagra o sistema de contenciosidade limitada, fundado em norma legal reputada compatível com o texto da Constituição (Lei 6.815/80, art. 85, § 1º) - não autoriza que se renove, no âmbito da ação de extradição passiva promovida perante o STF - Brasil, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se efetive o reexame do quadro probatório ou a discussão sobre o mérito da acusação ou da condenação emanadas de órgão competente do Estado(...). Disponível em:< <http://www.legjur.com/jurisprudencia/eme/103.1674.7270.5000>>. Acesso em: 21 jun. 2014

(a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro.

Inocorrência, na espécie, de qualquer dessas hipóteses.

*Validade constitucional do art. 85, § 1º, da Lei n. 6.815/80*²⁸⁵.

- As restrições de ordem temática, estabelecidas no Estatuto do Estrangeiro (art. 85, § 1º) - cuja incidência delimita, nas ações de extradição passiva, o âmbito material do exercício do direito de defesa -, não são inconstitucionais, nem ofendem a garantia da plenitude de defesa, em face da natureza mesma de que se reveste o processo extradicional no direito brasileiro e, ainda, em decorrência do próprio modelo de contenciosidade limitada adotado pelo ordenamento positivo nacional.

Precedentes. Extradição passiva e brasileiro naturalizado - possibilidade excepcional - tráfico ilícito de entorpecentes - necessidades, em tal hipótese, de que se demonstre "comprovado envolvimento" do brasileiro naturalizado (CF, art. 5º, LI)²⁸⁶ - exceção constitucional ao modelo de contenciosidade limitada - inaplicabilidade dessa regra da constituição da república ao súdito estrangeiro, embora o co-autor do mesmo fato delituoso ostente a condição de brasileiro naturalizado.

- O brasileiro naturalizado, em tema de extradição passiva, dispõe de proteção constitucional mais intensa que aquela outorgada aos súditos estrangeiros em geral, pois somente pode ser extraditado pelo Governo do Brasil em duas hipóteses excepcionais:

(a) crimes comuns cometidos antes da naturalização e

(b) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins praticado em qualquer momento, antes ou depois de obtida a naturalização (CF, art. 5º, LI).- Tratando-se de extradição

²⁸⁵ Lei n. 6.815 de 19 de agosto de 1980 - Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.

Art. 85. Ao receber o pedido, o Relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e, conforme o caso, dar-lhe-á curador ou advogado, se não o tiver, correndo do interrogatório o prazo de dez dias para a defesa. § 1º A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição.

²⁸⁶ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º. ...

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

requerida contra brasileiro naturalizado, fundada em suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, impõe-se, ao Estado requerente, a comprovação do envolvimento da pessoa reclamada no cometimento de referido evento delituoso.- A inovação jurídica introduzida pela norma inscrita no art. 5º, LI, "in fine", da Constituição - além de representar, em favor do brasileiro naturalizado, clara derrogação do sistema de contenciosidade limitada - instituiu procedimento, a ser disciplinado em lei, destinado a ensejar cognição judicial mais abrangente do conteúdo da acusação (ou da condenação) penal estrangeira, em ordem a permitir, embora excepcionalmente, ao Supremo Tribunal Federal, na ação de extradição passiva, o exame do próprio mérito da "persecutio criminis" instaurada perante autoridades do Estado requerente.

-Precedentes: Ext 688/República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello - Ext 934/República Oriental do Uruguai, Rel. Min. Eros Grau - Ext 1.074/República Federal da Alemanha, Rel. Min. Celso de Mello, v.g..- Não se aplica, contudo, ao súdito estrangeiro, em sede extradicional, essa mesma regra constitucional de tratamento mais favorável (CF, art. 5º, LI), não obstante o co-autor do fato delituoso ostente a condição de brasileiro naturalizado. Extradição - dupla tipicidade e dupla punibilidade.- O postulado da dupla tipicidade - por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição - impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. Delito imputado ao súdito estrangeiro - tráfico ilícito de entorpecentes ("transporte") - que encontra, na espécie em exame, plena correspondência típica na legislação penal brasileira.

- Não se concederá a extradição, quando se achar extinta, em decorrência de qualquer causa legal, a punibilidade do extraditando, notadamente se se verificar a consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional.

- Observância, na espécie, do postulado da dupla punibilidade, eis que atendida, no caso, a exigência fundada no Acordo de Extradição (MERCOSUL)²⁸⁷, que impõe, tão-somente, ao Estado requerente, que instrua o pedido com declaração formal "de que a ação e

²⁸⁷ Mercosul, é o Mercado Comum do Sul, é a união aduaneira de países da América do Sul: Brasil, Uruguai, Argentina, Paraguai, Venezuela e, a partir de 2012, Bolívia.

a pena não estejam prescritas de acordo com sua legislação" (Artigo 18, n. 4, III)²⁸⁸. Desnecessidade, em tal caso, de oferecimento de cópia dos respectivos textos legais, exceto se o Supremo Tribunal Federal reputar indispensável essa produção documental. Inexistência, na espécie, de qualquer dúvida objetiva sobre a subsistência da pretensão punitiva do Estado requerente. Nota diplomática e presunção de veracidade.

- A Nota Diplomática, que vale pelo que nela se contém, goza da presunção "juris tantum" de autenticidade e de veracidade (RTJ 177/485-488). Trata-se de documento formal cuja eficácia jurídica deriva das condições e peculiaridades de seu trânsito por via diplomática. Presume-se, desse modo, a sinceridade da declaração encaminhada por via diplomática, no sentido de que a pretensão punitiva ou executória do Estado requerente mantém-se íntegra, nos termos de sua própria legislação.

-Essa presunção de veracidade - sempre ressalvada a possibilidade de demonstração em contrário - decorre do **princípio da boa-fé**, que rege, no plano internacional, as relações político-jurídicas entre os Estados soberanos. (grifos da transcrição)

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas- Artigo 3º, n. 1, "a"²⁸⁹ - outorga, à Missão Diplomática, o poder de representar o Estado acreditante ("État d'envoi") perante o Estado acreditado ou Estado receptor (o Brasil, no caso), derivando, dessa eminente função política, um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País, aí incluída a prerrogativa de fazer declarações, como aquela a que se refere o Acordo de Extradução/MERCOSUL (Artigo 18, n. 4, III). Detração penal e prisão cautelar para efeitos extradicionais. - O período de duração da prisão cautelar do súdito estrangeiro, no Brasil, decretada para fins

²⁸⁸ Decreto n. 4.975, de 30 de janeiro de 2004. Promulga o Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul.

Art.18. Do Pedido

4. Nas hipóteses referidas nos parágrafos 2 e 3, deverão, ainda, acompanhar o pedido:

2. Quando se tratar de indivíduo não condenado, o pedido de extradição deverá ser acompanhado de original ou cópia do mandado de prisão ou de ato de processo criminal equivalente, conforme a legislação do Estado Parte requerido, emanado de autoridade competente.

3. Quando se tratar de indivíduo condenado, o pedido de extradição deverá ser acompanhado de original ou cópia da sentença condenatória e certidão de que a mesma não foi totalmente cumprida e do tempo que faltou para seu cumprimento.

iii) cópia ou transcrição autêntica dos textos legais que tipificam e sancionam o delito, identificando a pena aplicável, os textos que estabelecem a jurisdição do Estado Parte requerente para deles tomar conhecimento, assim como uma declaração de que a ação e a pena não estejam prescritas de acordo com sua legislação.

²⁸⁹ Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas – Tratado adotado em 18 de abril de 1961 pela Conferência das Nações Unidas sobre relações e imunidades diplomáticas.

Artigo 3.º

1- As funções de uma missão diplomática consistem, entre outras, em:

a) representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado;

extradicionais, ainda que em processo de extradição julgado extinto por instrução documental deficiente, deve ser integralmente computado na pena a ser cumprida no Estado requerente.- Essa exigência - originariamente estabelecida no Código Bustamante (art. 379)²⁹⁰, hoje fundada no Estatuto do Estrangeiro ou, quando houver, em tratado de extradição específico (como o Acordo de Extradição/MERCOSUL) - objetiva impedir que a prisão cautelar, no Brasil, quando decretada para fins extradicionais, culmine por prorrogar, indevidamente, o lapso temporal da pena de prisão a que estará eventualmente sujeito, no Estado requerente, o súdito estrangeiro cuja entrega foi reclamada ao Governo brasileiro.

Decisão:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, deferiu o pedido de extradição.”

14.1.2 Princípio da proteção da confiança na jurisprudência brasileira

O Recurso Extraordinário enunciado a seguir, impetrado pela União, teve provimento negado sob a alegação de ofensa ao princípio da *segurança jurídica* em seus conteúdos de *proteção da confiança* e, desta forma, foi garantido ao administrado o direito a maior prazo para repetição do indébito tributário²⁹¹.

“RE 566621 / RS - Rio Grande do Sul

Recurso Extraordinário

Relator(a): Min. Ellen Gracie

Julgamento: 04/08/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

²⁹⁰ Código Bustamante. Decreto n. 18.871 – de 13 de agosto de 1929, promulga a convenção de direito internacional privado, de Havana.

Art. 379. Sempre que se deva levar em conta o tempo da prisão preventiva, contar-se-á como tal o tempo decorrido desde a detenção do extraditado, no Estado ao qual tenha sido pedida.

²⁹¹ Repetição de indébito tributário. O contribuinte que tiver pago tributo indevidamente, tem direito ao reembolso, comprovada a ocorrência de pagamento maior que o devido, erro na identificação do sujeito passivo, na fixação da alíquota ou na elaboração ou conferência de documento relativo ao pagamento.

A matéria está regulada nos artigos 165 a 169 do Código Tributário Nacional brasileiro, inclusive no que respeita à prevista da ação anulatória da decisão que, por ventura, denegue a restituição do tributo. TENÓRIO, Igor; ALMEIDA, Carlos dos Santos. *Dicionário de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo - Brasil: IOB Thomson, 2004, p. 757-758.

Publicação: DJe-195 Divulg 10-10-2011 Public 11-10-2011
Parte(s):
Recte.(s): União
Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral Da Fazenda Nacional
Recdo.(a/s): Fulano de Tal
Adv.(a/s): Sicrano de Tal
Intdo.(a/s): Estado do Rio Grande do Sul
Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

Ementa:

“Direito tributário - lei interpretativa - aplicação retroativa da lei complementar n. 118/2005²⁹² - descabimento - violação à segurança jurídica - necessidade de observância da *vacatio legis*²⁹³ - aplicação do prazo reduzido para repetição ou compensação de indébitos aos processos ajuizados a partir de 9 de junho de 2005”.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato

²⁹² Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005. Altera e acrescenta dispositivos à Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei.

Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de *Direito Tributário* aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

Art. 162...

§ 4º A perda ou destruição da estampilha, ou o erro no pagamento por esta modalidade, não dão direito a restituição, salvo nos casos expressamente previstos na legislação tributária, ou naquelas em que o erro seja imputável à autoridade administrativa.

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

²⁹³ *Vacatio legis*. O tempo que medeia entre a publicação da lei e sua efetiva entrada em vigor, denomina-se *vacatio legis*. É o período destinado a dar amplo conhecimento da nova lei, estabelecendo a LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo primeiro, que tal prazo é de 45 dias se não houver disposição em contrário. LUIZ, Antônio Filardi. *Dicionário de expressões latinas*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Atlas, 2002. p. 320.

gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN²⁹⁴.

A LC 118/05, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus

²⁹⁴ Código Tributário Nacional.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

Art. 150...

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Código Tributário Nacional.

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

Art. 162...

§ 4º A perda ou destruição da estampilha, ou o erro no pagamento por esta modalidade, não dão direito a restituição, salvo nos casos expressamente previstos na legislação tributária, ou naquelas em que o erro seja imputável à autoridade administrativa.

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

conteúdos de **proteção da confiança** e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal²⁹⁵. (grifos da transcrição)

O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil²⁹⁶, pois, não havendo lacuna na LC 118/05, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05²⁹⁷, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC²⁹⁸ aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.

Decisão: “Após os votos da Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) e dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), conhecendo e negando provimento ao recurso, e os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, dando-lhe provimento, foi o

²⁹⁵ Súmula n. 445 do STF. Redução Legal do Prazo Prescricional - Aplicabilidade e Vigência - Processos Pendentes. A Lei 2.437, de 07.03.1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (01.01.56), salvo quanto aos processos então pendentes.

²⁹⁶ Código Civil brasileiro.

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

²⁹⁷ Lei Complementar n. 118/05.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

²⁹⁸ Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

juízo suspenso para colher o voto do Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou, pela recorrente, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque e, pelo recorrido, Ruy Cesar Abella Ferreira, o Dr. Marco André Dunley Gomes. Plenário, 05.05.2010.

Decisão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.08.2011.

Na situação seguinte nos deparamos com um mandado de segurança impetrado por um determinado Partido Político contra decisão do Presidente da Câmara dos Deputados do Brasil.

O Tribunal reconhece a legitimidade ativa e o interesse de agir do impetrante em desfavor da pretensão do impetrado.

Em torno do *princípio da proteção da confiança*, a referida peça registra: “Os postulados da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança*, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de *Direito Público*,...”. Tais premissas, entre outras, defendemos como motivadoras para o reconhecimento da *Legítima expectativa de direito* como *bem jurídico*.

“MS 26603 / DF - Distrito Federal

Mandado de Segurança

Relator(a): Min. Celso de Mello

Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-241 Divulg 18-12-2008 Public 19-12-2008

Ement Vol-02346-02 pp-00318

Parte(s):

Impte.(s): Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB

<i>Adv.(a/s):</i>	<i>Fulano de Tal</i>
<i>Impdo.(a/s):</i>	<i>Presidente da Câmara dos Deputados</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>Sicrano de Tal</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>PSB - Partido Socialista Brasileiro</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>Beltrano de Tal</i>
<i>Adv. (a/s):</i>	<i>Agente X</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>Agente Y</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>Agente W</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>Agente J</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>Agente H</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>PR - Partido da República</i>
<i>Adv. (a/s):</i>	<i>Agente L</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>Agente I</i>
<i>Lit.Pas. (a/s):</i>	<i>PTB - Partido Trabalhista Brasileiro</i>
<i>Adv. (a/s):</i>	<i>Itapuã Prestes De Messias e Outras</i>

Ementa:

“Mandado de segurança - questões preliminares rejeitadas - o mandado de segurança como processo documental e a noção de direito líquido e certo - necessidade de prova pré-constituída - a compreensão do conceito de autoridade coatora, para fins mandamentais - reserva estatutária, direito ao processo e exercício da jurisdição - inoponibilidade, ao poder judiciário, da reserva de estatuto, quando instaurado litígio constitucional em torno de atos partidários "interna corporis" - competência normativa do tribunal superior eleitoral - o instituto da "consulta" no âmbito da justiça eleitoral: natureza e efeitos jurídicos - possibilidade de o tribunal superior eleitoral, em resposta à consulta, nela examinar tese jurídica em face da constituição da república - consulta/TSE nº 1.398/DF - fidelidade partidária - a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder - mandato eletivo - vínculo partidário e vínculo popular - infidelidade partidária - causa geradora do direito de a agremiação partidária prejudicada preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional²⁹⁹ -

²⁹⁹Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

hipóteses excepcionais que legitimam o ato de desligamento partidário - possibilidade, em tais situações, desde que configurada a sua ocorrência, de o parlamentar, no âmbito de procedimento de justificação instaurado perante a justiça eleitoral, manter a integridade do mandato legislativo - necessária observância, no procedimento de justificação, do princípio do "due process of law"³⁰⁰ (cf, art. 5º, incisos liv e lv)³⁰¹ - aplicação analógica dos arts. 3º a 7º da lei complementar n. 64/90³⁰² ao referido procedimento de justificação - admissibilidade

³⁰⁰ *Due process of law*. O devido processo legal (em inglês: *due process of law*) é uma instituição jurídica, provinda do direito anglo-saxão (e, portanto, de um sistema diverso das tradições romanas ou romano-germanas, quais os ibéricos e francês, por exemplo), no qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei. É um princípio originado na primeira constituição, a Magna Carta, de 1215.

Com objetivo de preservarem-se das ingerências do rei João Sem Terra, os barões impuseram ao monarca a promulgação de uma *lei de terras* que, dado o apelido do monarca ser *Magnânimo João*, passou à história como *Magna Carta* - na verdade uma lei sobre o direito às terras (*per legem terrae*).

A Constituição brasileira de 1988 traz a garantia exarada no seu Artigo 5º, que trata das garantias e direito individuais. Seu inciso LIV expressa a essência do *due process*, e o inciso LV surge como seu corolário (ou desdobramento):

O Supremo Tribunal Federal decidiu em alguns recursos extraordinários que o devido processo legal também se aplica às relações privadas, especificamente para garantir a ampla defesa em procedimentos de exclusão de associados dos quadros de entidades privadas.

Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Devido_processo_legal >. Acesso em: 21 jun. 2014.

³⁰¹ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º...

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³⁰² Lei complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

§ 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§ 2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária.

§ 3º O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis).

Art. 4º A partir da data em que terminar o prazo para impugnação, passará a correr, após devida notificação, o prazo de 7 (sete) dias para que o candidato, partido político ou coligação possa contestá-la, juntar documentos, indicar rol de testemunhas e requerer a produção de outras provas, inclusive documentais, que se encontrarem em poder de terceiros, de repartições públicas ou em procedimentos judiciais, ou administrativos, salvo os processos em tramitação em segredo de justiça.

Art. 5º Decorrido o prazo para contestação, se não se tratar apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante, serão designados os 4 (quatro) dias seguintes para inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, as quais comparecerão por iniciativa das partes que as tiverem arrolado, com notificação judicial.

§ 1º As testemunhas do impugnante e do impugnado serão ouvidas em uma só assentada.

§ 2º Nos 5 (cinco) dias subsequentes, o Juiz, ou o Relator, procederá a todas as diligências que determinar, de ofício ou a requerimento das partes.

§ 3º No prazo do parágrafo anterior, o Juiz, ou o Relator, poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão da causa.

§ 4º Quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, o Juiz, ou o Relator, poderá ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito.

§ 5º Se o terceiro, sem justa causa, não exhibir o documento, ou não comparecer a juízo, poderá o Juiz contra ele expedir mandado de prisão e instaurar processo por crime de desobediência.

de edição, pelo tribunal superior eleitoral, de resolução que regulamente o procedimento de justificação - marco inicial da eficácia do pronunciamento desta suprema corte na matéria: data em que o tribunal superior eleitoral apreciou a consulta nº 1.398/df - obediência ao postulado da segurança jurídica - a subsistência dos atos administrativos e legislativos praticados pelos parlamentares infiéis: consequência da aplicação da teoria da investidura aparente - o papel do supremo tribunal federal no exercício da jurisdição constitucional e a responsabilidade político-jurídica que lhe incumbe no processo de valorização da força normativa da constituição - o monopólio da "última palavra", pela suprema corte, em matéria de interpretação constitucional - mandado de segurança indeferido. Partidos políticos e estado democrático de direito”.

- A Constituição da República, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios, que, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. Precedentes.

- A normação constitucional dos partidos políticos - que concorrem para a formação da vontade política do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos.

- A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a

Art. 6º Encerrado o prazo da dilação probatória, nos termos do artigo anterior, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 5 (cinco) dias.

Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado.

As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

A natureza partidária do mandato representativo traduz emanção da norma constitucional que prevê o "sistema proporcional".

- O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de "fundamento constitucional autônomo", identificável tanto no art. 14, § 3º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade)³⁰³ quanto no art. 45, "caput" (que consagra o "sistema proporcional"), da Constituição da República.

- O sistema eleitoral proporcional: um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina.

- A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudula, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.

³⁰³ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 14. ...

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

V - a filiação partidária;

A infidelidade partidária como gesto de desrespeito ao postulado democrático.

- A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário).

- O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem - desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política.

A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V)³⁰⁴.

A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine")³⁰⁵, (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral

³⁰⁴ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

V - o pluralismo político.

³⁰⁵ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 17. ...

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições.

Hipóteses em que se legitima, excepcionalmente, o voluntário desligamento partidário.

- O parlamentar, não obstante faça cessar, por sua própria iniciativa, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, tem o direito de preservar o mandato que lhe foi conferido, se e quando ocorrerem situações excepcionais que justifiquem esse voluntário desligamento partidário, como, p. ex., nos casos em que se demonstre "a existência de mudança significativa de orientação programática do partido" ou "em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou" (Min. Cezar Peluso).

A instauração, perante a justiça eleitoral, de procedimento de justificação.

- O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis"³⁰⁶, mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar n. 64/90³⁰⁷.

³⁰⁶ *Analogia legis.* A analogia legis consiste na aplicação de uma norma existente, destinada a reger caso semelhante ao previsto. E a *juris* estriba-se num conjunto de normas, para extrair elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso concreto não contemplado, mas similar. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 10. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2004, p.116.

³⁰⁷ Lei complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

§ 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§ 2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária.

§ 3º O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis).

Art. 4º A partir da data em que terminar o prazo para impugnação, passará a correr, após devida notificação, o prazo de 7 (sete) dias para que o candidato, partido político ou coligação possa contestá-la, juntar documentos, indicar rol de testemunhas e requerer a produção de outras provas, inclusive documentais, que se encontrarem em poder de terceiros, de repartições públicas ou em procedimentos judiciais, ou administrativos, salvo os processos em tramitação em segredo de justiça.

- Com esse procedimento de justificação, assegura-se, ao partido político e ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, a possibilidade de demonstrar, com ampla dilação probatória, perante a própria Justiça Eleitoral - e com pleno respeito ao direito de defesa (CF, art. 5º, inciso LV)³⁰⁸ -, a ocorrência, ou não, de situações excepcionais legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (Consulta TSE n. 1.398/DF), para que se possa, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais. Infidelidade partidária e legitimidade dos atos legislativos praticados pelo parlamentar infiel. A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária - o que permite, ao partido político prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel -, não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos, para cuja formação concorreu, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar.

Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes. Revisão jurisprudencial e segurança jurídica: A indicação de marco temporal definidor do momento inicial de eficácia da nova orientação pretoriana.

Art. 5º Decorrido o prazo para contestação, se não se tratar apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante, serão designados os 4 (quatro) dias seguintes para inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, as quais comparecerão por iniciativa das partes que as tiverem arrolado, com notificação judicial.

§ 1º As testemunhas do impugnante e do impugnado serão ouvidas em uma só assentada.

§ 2º Nos 5 (cinco) dias subsequentes, o Juiz, ou o Relator, procederá a todas as diligências que determinar, de ofício ou a requerimento das partes.

§ 3º No prazo do parágrafo anterior, o Juiz, ou o Relator, poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão da causa.

§ 4º Quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, o Juiz, ou o Relator, poderá ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito.

§ 5º Se o terceiro, sem justa causa, não exhibir o documento, ou não comparecer a juízo, poderá o Juiz contra ele expedir mandado de prisão e instaurar processo por crime de desobediência.

Art. 6º Encerrado o prazo da dilação probatória, nos termos do artigo anterior, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 5 (cinco) dias.

Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

³⁰⁸ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º...

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

- Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

- Os postulados da segurança jurídica e da **proteção da confiança**, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de Direito Público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. (grifos da transcrição)

- A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta n. 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. A força normativa da constituição e o monopólio da última palavra, pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de interpretação constitucional.

- O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

- No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina.

Precedentes.- A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput")³⁰⁹ - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental."

Decisão:

O Tribunal rejeitou, por unanimidade, as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir do impetrante, bem como a de impossibilidade do Poder Judiciário interferir em matéria interna e peculiar à organização dos Partidos Políticos, sujeita à reserva constitucional de estatuto, e a de impossibilidade jurídica do pedido por se embasar em consulta do Tribunal Superior Eleitoral.

Por maioria, rejeitou a preliminar de ausência de liquidez e a de impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, vencido o Senhor Ministro Eros Grau, que as acolhia para não conhecer do writ.

No acórdão transcrito a seguir, como, em tese, nas demais decisões trazidas neste trabalho, não tivemos a pretensão da análise de mérito nem aprofundamento da pertinência dos julgados, apenas queremos demonstrar a presença dos mais celebrados princípios jurídicos nos diversos ramos do direito e situações do nosso cotidiano, justificando, destarte, invocá-los para consubstanciar as premissas que defendemos em torno da *legítima expectativa de direito*.

O recurso especial, adiante transcrito, pertinente a uma lide de natureza tributária e processual civil, é parcialmente conhecido e provido sob a argumentação de que: "Condicionar o recebimento dos Embargos de Declaração ao convencimento do Magistrado acerca da possibilidade ou não de produção dos efeitos infringentes cria *insegurança jurídica*

³⁰⁹ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:...

para o recorrente,...” e ainda que: “Incide aqui a *proteção da confiança* como corolário da *segurança jurídica*.”

“Processo:	Resp 1213153 / SC
Recurso Especial:	2010/0179968-4
Relator(a) Ministro:	Napoleão Nunes Maia Filho (1133)
Órgão Julgador:	T1 - Primeira Turma
Data do Julgamento:	15/09/2011
Data da Publicação/Fonte:	DJe 10/10/2011

Ementa:

Recurso Especial. Alíneas “a” e “c” do art. 105, iii da cf³¹⁰. Tributário e processo civil. Acórdão que, aplicando o princípio da fungibilidade, conheceu dos embargos declaratórios opostos pela fazenda como pedido de reconsideração³¹¹ e, com isso, afastou a eficácia interruptiva dos embargos.

Ausência de similitude fática e jurídica.

Parcial conhecimento.

Alegada violação aos arts. 535, I e II, e 538, ambos do CPC³¹². Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão no acórdão recorrido. Disciplina legal e

³¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) ...

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

³¹¹ Pedido de reconsideração. Direito de petição assegurado ao servidor público, no sentido de ter modificada, por quem a tomou, decisão superior que entende lhe seja prejudicial. O pedido de reconsideração não interrompe o prazo decadencial estabelecido para o ajuizamento da mandado de segurança. SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.731.

³¹² Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da

jurisprudencial dos embargos de declaração. Impossibilidade de seu recebimento como pedido de reconsideração. Princípios da fungibilidade e tipicidade recursal. Excepcionalidade dos efeitos infringentes. Eficácia interruptiva do prazo recursal impositiva, desde que o recurso seja cabível e tempestivo.

Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido para cassar o acórdão recorrido.

1. Inicialmente, não se conhece do recurso fundamentado em divergência jurisprudencial, pois não há similitude fática e jurídica entre os acórdãos recorrido e paradigma - este último tratou apenas da interrupção do prazo recursal em caso de rejeição dos Embargos de Declaração; enquanto que o acórdão recorrido, aplicando o princípio da fungibilidade, conheceu dos Embargos Declaratórios como pedido de reconsideração e, com isso, afastou a sua eficácia interruptiva. Outrossim, sói destacar que a anunciada violação ao art. 535, I e II do CPC não ocorreu, tendo em vista o fato de que a lide foi resolvida nos limites necessários e com a devida fundamentação. Todas as questões postas a debate foram efetivamente decididas, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração.

2. Esta Corte tem jurisprudência pacífica a respeito da interrupção do prazo recursal nos Embargos de Declaração, ainda que considerados protelatórios, desde que este recurso seja cabível e interposto tempestivamente; perene, ademais, o entendimento segundo o qual se admite a produção de efeitos infringentes, os quais, entretanto, assumem caráter excepcional.

3. Não é possível o recebimento dos Embargos de Declaração com pedido de efeitos infringentes como pedido de reconsideração e, nesse caso, afastar a eficácia interruptiva do prazo recursal.

4. Não se trata de aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Os Embargos de Declaração estão previstos no CPC e, conforme se sabe, os recursos ali contemplados se submetem ao princípio da taxatividade; ou seja, não há outros recursos além daqueles previstos no codex e na legislação processual vigente. Logo, pedido de reconsideração não é recurso e, assim, não há fungibilidade para com os Embargos de Declaração.

causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

5. Condicionar o recebimento dos Embargos de Declaração ao convencimento do Magistrado acerca da possibilidade ou não de produção dos efeitos infringentes cria insegurança jurídica para o recorrente, que poderá ser surpreendido com a não interrupção do prazo para os demais recursos, como aconteceu no presente caso. Incide aqui a **proteção da confiança** como corolário da segurança jurídica. (grifos da transcrição)

6. A modificação do julgado por meio dos Embargos de Declaração somente acontecerá caso ele seja omissivo, obscuro ou contraditório, de sorte que, a partir de sua integração, o fundamento desta acarrete, necessariamente, a alteração da decisão. Se não houver vício a ser sanado, mas, apenas, a pretensão do recorrente em rediscutir a decisão, a única penalidade cabível será, conforme o caso, a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC³¹³, e, mesmo nessa hipótese, a interrupção do prazo para os demais recursos é impositiva.

7. Assim, a razoabilidade impõe ao Magistrado que, caso necessário, aplique referida penalidade, ao invés de transmutar um recurso expressamente previsto em lei para um sucedâneo recursal e, como consequência, prejudicar o recorrente.

Precedente: REsp. 1.240.599/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10.05.2011.

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido para cassar o acórdão recorrido.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.”

³¹³ Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

“Processo: REsp 1047524 / SC Recurso Especial:
2008/0078202-4

Relator(a) Ministro: Jorge Mussi (1138)

Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma

Data do Julgamento: 16/06/2009

Data da Publicação/Fonte: DJe 03/08/2009

Ementa:

Administrativo. Servidor público. Aposentadoria. Contagem de tempo. Irregularidade apurada pelo tribunal de contas da união. Revisão do ato. Prazo decadencial. Art. 54 da lei n. 9.784/99³¹⁴. Termo inicial.

1. A aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concedê-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade.

2. O art. 54 da Lei n. 9.784/99³¹⁵ vem a consolidar o princípio da segurança jurídica dentro do processo administrativo, tendo por precípua finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade e previsibilidade dos atos.

3. Não é viável a afirmativa de que o termo inicial para a incidência do art. 54 da Lei n. 9.784/99 é a conclusão do ato de aposentadoria, após a manifestação do Tribunal de Contas, pois o período que permeia a primeira concessão pela Administração e a conclusão do controle de legalidade deve observar os princípios constitucionais da Eficiência e da

³¹⁴ Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de *decadência* contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

³¹⁵ Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de *decadência* contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Proteção da Confiança Legítima, bem como a garantia de duração razoável do processo.
(grifos da transcrição)

4. *Recurso especial improvido.*

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.”

“Processo:	REsp 810565 / SP Recurso Especial: 2006/0008595-0
Relator (a):	Min. Luiz Fux (1122)
Órgão Julgador:	T1 - Primeira Turma
Data do Julgamento:	11/12/2007
Data da Publicação/Fonte:	DJe 03/03/2008

Ementa:

Tributário. Mercadoria importada. Icms. Momento do fato gerador. Artigo 155, § 2º, ix, "a", da cf/88³¹⁶. Artigo 34, § 3º, do adct³¹⁷. Convênio 66/88³¹⁸. Acórdão recorrido fundado em matéria exclusivamente infraconstitucional. Entendimento do STF consolidado na Súmula n.º 661³¹⁹.

³¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

³¹⁷ Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 34...

§ 3º - Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.

³¹⁸ Convênio 66/88. Fixa normas para regular provisoriamente o ICMS.

³¹⁹ Súmula n. 661 do STF - Brasil. Entrada de Mercadoria Importada - Legitimidade - Cobrança do ICMS para Desembaraço Aduaneiro.

Incidência da Súmula n.º 577/STF³²⁰ limitada aos fatos geradores anteriores à Constituição Federal de 1988.

1. O recolhimento prévio do ICMS como condição para desembaraço aduaneiro de mercadoria importada passou a ser exigido após a promulgação Constituição Federal de 1988, nos termos na Súmula n.º 661, do STF ("Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro"), não mais se justificando, a partir de então, a incidência da Súmula n.º 577/STF ("Na importação de mercadoria do exterior, o fato gerador do imposto de circulação de mercadorias ocorre no momento de sua entrada no estabelecimento do importador").

2. "A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução" (art. 146, do CTN)³²¹

*3. "O artigo 146 do CTN positiva, em nível infraconstitucional, a necessidade de **proteção da confiança** do contribuinte na Administração Tributária, abarcando, de um lado, a impossibilidade de retratação de atos administrativos concretos que implique prejuízo relativamente à situação consolidada à luz de critérios anteriormente adotados e, de outro, a irretroatividade de atos administrativos normativos quando o contribuinte confiou nas normas anteriores". (Leandro Paulsen, in *Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 8ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, pág. 1.086). (grifos da transcrição)*

4. A mercadoria importada, na hipótese dos autos, foi liberada por força de liminar em mandado de segurança preventivo, em 10.02.1995, na vigência, portanto, da atual Carta Magna, do Decreto-Lei 406³²², de 31 de dezembro de 1968, do Convênio Interestadual 66, de 16 de dezembro de 1988 e do Código Tributário Nacional. Portanto, no período questionado, havia legislação tributária (atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas

³²⁰ Súmula n. 577 do STF - Brasil. Importação de Mercadorias do Exterior - Fato Gerador do ICM – Temporalidade.

³²¹ Código Tributário Nacional.

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

³²² Decreto Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza.

competentes e convênio interestadual celebrado com base no § 8º, do art. 34, do ADCT³²³ da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 24/75³²⁴) que legitimava a cobrança antecipada do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria importada, malgrado as concepções doutrinárias e jurisprudenciais que divergiam sobre a validade da substituição tributária para frente instituída, excepcionalmente, por ato normativo infralegal.

5. O STF, em sessão plenária, pôs termo à controvérsia, reconhecendo a legitimidade da norma inserta no Convênio Interestadual 66/88, no julgamento do RE 192711/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 23.10.1996, publicado no DJ de 18.04.1997 e do RE 193817/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 23.10.1996, publicado no DJ de 10.08.2001, dentre outros, sendo certo que referidos julgados deram origem ao verbete sumular 661, aprovado em sessão plenária de 09.10.2003, de seguinte teor: "Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro".

6. Recurso Especial da Fazenda Nacional provido.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (Presidente), Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.”

“Processo:	REsp 658130 / SP
Recurso:	Especial 2004/0052595-1
Relator(a):	Min. Luiz Fux (1122)

³²³ Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.
Art. 34...

§ 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, "b", os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

³²⁴ Lei Complementar nº 24/75, de 07.01.75. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias.

Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma
Data do Julgamento: 05/09/2006
Data da Publicação/Fonte: DJ 28/09/2006 p. 195

Ementa:

Processual civil. Administrativo. Recurso especial. Divergência jurisprudencial não comprovada. Anulação de licitação pela administração pública após a conclusão das obras pelo particular. Ausência do devido processo legal. Ampla defesa e contraditório. Impossibilidade. Decadência administrativa. Cinco anos. Precedentes jurisprudenciais.

1. O princípio da autotutela administrativa aplica-se à Administração Pública, por isso que a possibilidade de revisão de seus atos, seja por vícios de ilegalidade, seja por motivos de conveniência e oportunidade, na forma da Súmula 473, do Eg. STF³²⁵, que assim dispõe: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

2. Mandado de Segurança impetrado contra ato do Delegado Geral de Polícia (publicado no D.O.E. de 18/08/1998), consubstanciado na anulação do procedimento licitatório - efetuado com vistas à reforma da Delegacia de Polícia e Cadeia Pública de Capão Bonito/SP - e invalidação do respectivo contrato celebrado com a empresa vencedora do certame em 06/12/1991, devidamente cumprido e executado.

3. A prerrogativa de rever seus atos (jurídicos), sem necessidade de tutela judicial, decorre do cognominado princípio da autotutela administrativa da Administração Pública.

4. Consoante cediço, a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despiciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altiplano axiológico. Sob esse enfoque e na mesma trilha de pensamento, J.J. Gomes Canotilho: "Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução

³²⁵ Súmula n. 473 do STF. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a **proteção da confiança**, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais”. (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. Almedina: Coimbra, 4ª edição). (grifos da transcrição)

5. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento dos Mandados de Segurança n.s 9.112/DF, 9.115/DF e 9.157/DF, na sessão realizada em 16/02/2005, decidiu que a aplicação da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, deverá ser irretroativa. Logo, o termo a quo do quinquênio decadencial, estabelecido no art. 54 da mencionada lei, contar-se-á da data de sua vigência, e não da data em que foram praticados os atos que se pretende anular.

6. O art. 54, da Lei 9.784/99 dispõe sobre o prazo decadencial para a Administração Pública anular os seus atos, explicitando que: "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

7. In casu, além da prescrição ocorrente, consoante se infere do acórdão hostilizado à fl. 238, o ato anulatório não obedeceu o devido processo legal e as obras foram concluídas pelo vencedor da licitação, ora recorrido, o que revela a inviabilidade de a Administração anular a própria licitação sob o argumento de ilegalidade, mormente pela exigência de instauração do devido processo legal, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

8. Deveras, a declaração de nulidade do contrato e eventual fixação de indenização também pressupõem observância ao princípio do contraditório, oportunizando a prévia oitiva do particular tanto no pertinente ao desfazimento do ato administrativo quanto à eventual apuração de montante indenizatório.

9. O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa (AgRg no RE 342.593, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14/11/2002 ;RE 158.543/RS, DJ 06.10.95.). Em consequência, não é absoluto o poder do administrador , conforme insinua a Súmula 473 do STF.

10. O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que à Administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou

revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira da doutrina clássica e consoante o art. 54, § 1º, da Lei n. 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento.

11. *Ad argumentandum tantum*, a teoria das nulidades, em sede de Direito Administrativo, assume relevante importância, no que pertine ao alcance dos efeitos decorrentes de inopinada nulidade, consoante se infere da ratio essendi do art. 59³²⁶, da Lei 8666/93, "(...) A invalidação do contrato se orienta pelo princípio do prejuízo - vale dizer, aplica-se o princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menos onerosa para o interesse público. Na ausência de prejuízo ao interesse público, não ocorre a invalidação. Suponha-se, por exemplo, que a contratação direta (sem prévia licitação) não tenha sido precedida das formalidades necessárias. No entanto e posteriormente, verifica-se que o fornecedor contratado era o único em condições de realizar o fornecimento. Não haveria cabimento em promover a anulação, desfazer os atos praticados e, em sequência, praticar novamente o mesmo e exato ato realizado anteriormente.(...)" Marçal Justen Filho, in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*, Dialética, 9ª ed., 2002.

12. *Recurso especial desprovido.*

Acórdão:

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decide, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

³²⁶ Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

14.1.3 Princípio da segurança jurídica na jurisprudência brasileira

Como nas situações anteriores, ao enfatizarmos um determinado princípio jurídico nas transcritas decisões dos tribunais, não olvidamos, nas mesmas, da existência de outros preceitos direcionadores da vida em sociedade, mas abordamos de forma individualizada tais regramentos no intuito de, repetidamente, mostramos que a desconsideração dos elementos que consubstanciam a *legítima expectativa de direito* agredem a pessoa em diversas situações e das mais variadas formas.

A questão seguinte gira em torno da necessidade de se garantir a eficácia das disposições contidas em edital para concurso público.

“Re 598099 / MS - Mato Grosso do Sul

Recurso extraordinário

Relator(a): Min. Gilmar Mendes

Julgamento: 10/08/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: Repercussão Geral - Mérito

DJe-189 Divulg 30-09-2011 Public 03-10-2011

Parte(s):

Recte.(s): Estado do Mato Grosso do Sul

Proc. (a/s) (es): Procurador-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul

Recdo. (a/s): Fulano de Tal

Adv. (a/s): Sicrano de Tal

Intdo. (a/s): União

Adv. (a/s): Advogado-Geral da União

Intdo. (a/s): Município do Rio de Janeiro

Proc. (a/s) (es): Procurador-Geral do Município do Rio de Janeiro

Ementa:

Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Concurso público. Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação dos candidatos aprovados.

I. Direito à nomeação. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. Administração pública. Princípio da **segurança jurídica**. **Boa-fé**. Proteção à confiança. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à **segurança jurídica** como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da **segurança jurídica** como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da **segurança jurídica** como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. (grifos da transcrição)

III. Situações excepcionais. Necessidade de motivação. Controle pelo poder judiciário. Quando se afirma que a administração pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características:

a) *Superveniência*: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público;

b) *Imprevisibilidade*: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital;

c) *Gravidade*: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital;

d) *Necessidade*: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. *Força normativa do princípio do concurso público*. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. *Negado provimento ao Recurso Extraordinário*.

Decisão:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao Recurso Extraordinário. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente o Senhor

Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Ulisses Schwarz, Viana, Procurador do Estado e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso. Plenário, 10.08.2011.”

A seguir, registramos embargo de declaração interposto por Estado da Federação brasileira e rejeitado em nome da *segurança jurídica* para garantir os efeitos da incorporação da gratificação instituída ao patrimônio dos servidores por lei vigente à época da aposentadoria.

“RE 552354 AgR-ED / AC – Acre

Emb.Decl. No Ag.Reg. No Recurso Extraordinário

Relator(a): Min. Ellen Gracie

Julgamento: 05/04/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe-077 Divulg 26-04-2011 Public 27-04-2011

Parte(s)

Relatora: Min. Ellen Gracie

Empte.(s): Município de Belo Horizonte

Proc. (a/s) (es): Procurador Geral do Município de Belo Horizonte

Adv. (a/s): Fulano de Tal

Embdo. (a/s): Sicrano de Tal

Ementa:

Constitucional. Administrativo. Embargos de declaração em Agravo Regimental no recurso extraordinário. Pretensão de reforma do julgado. Omissão. Inexistência.

1. Os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, não vislumbradas no presente caso.

*2. Prevalência do princípio da **segurança jurídica** e da boa-fé a convalidar os efeitos da incorporação da gratificação instituída ao patrimônio dos servidores por lei vigente à época da aposentadoria. (grifos da transcrição)*

3. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a sanar.

4. Embargos de declaração rejeitados.

Decisão:

Rejeitados os embargos, nos termos do voto da Relatora. Decisão unânime.”

Não é despidendo, neste momento, como sempre repetir que se pressupõe no Estado Democrático de Direito a existência de uma ordem jurídica que possibilite ao administrado a garantia de utilização de mecanismos que lhe permitam fazer frente ao imenso Poder do Estado.

Sendo assim, nada mais coerente do que o entendimento da necessária *segurança jurídica* que deve nortear os legítimos atos praticados em consonância com o ordenamento vigente à época da realização dos mesmos.

14.2 SEGURANÇA JURÍDICA NO MUNDO MODERNO

No subitem anterior ficou enfatizada a interpenetração dos conceitos inerentes aos princípios da *boa-fé*, da *proteção da confiança* e da *segurança jurídica*, haja vista, inclusive, o constante aparecimento em conjunto destes princípios nas mais diversas decisões judiciais. Contudo, no nosso estudo, e neste momento, imaginamos que da combinação dos dois primeiros princípios desembocamos na efetivação do terceiro.

A observância às condições e aos termos previamente entabulados em uma determinada relação jurídica é de vital importância para que, não sendo vilipendiada a *legítima expectativa de direito*, possamos garantir segurança jurídica aos atos legalmente praticados.

Nesta seara, sempre entendemos não ser despidendo o desenvolvimento e exposição dos conceitos inerentes ao tema que ora discorreremos. Destarte, buscamos as informações de Domingos Pereira de Sousa quando o mesmo preceitua:

A segurança jurídica pode ser entendida enquanto fim ou valor do Direito, como princípio jurídico fundamental ou mesmo como direito subjetivo. Nessa medida, o valor segurança jurídica pode ser estudado sob diversas perspectivas, desde a filosofia do direito à sociologia jurídica, passando pela política do direito.

A segurança jurídica tem, na verdade, vários sentidos. Ela pode ser estudada no sentido de **certeza do direito, a qual decorre da possibilidade que os cidadãos têm de conhecer e mesmo de prever as normas jurídicas e ainda da estabilidade que o ordenamento jurídico confere às suas decisões, nomeadamente em matéria de atividade económica.** Mas, a segurança jurídica deve ser estudada também no plano da defesa dos cidadãos em face de eventuais abusos ou arbitrariedades da parte do Estado. (grifos da transcrição)

Enquanto princípio jurídico, a segurança jurídica não se confunde com as normas jurídicas, antes constitui um fator estruturante de todo o sistema jurídico e, por isso, está presente quer ao nível da criação da norma, quer nos planos da sua interpretação e aplicação aos casos concretos. (SOUSA, 2013, p. 16).

No que concerne à formação dos Estados componentes da União Europeia o referido autor, neste ponto afirma:

Para o Direito Comunitário, a segurança jurídica constitui mesmo um princípio supra-positivo que vigora nas ordens jurídicas dos Estados membros. Mesmo nos casos em que as respetivas Constituições formais do Estados membros o não consagram expressamente, o princípio da segurança jurídica é inerente à Constituição material do moderno Estado de Direito Democrático e social.

A segurança jurídica faz parte dos princípios gerais de Direito que inspiram uma determinada legislação positiva, princípios esses que de um ponto de vista filosófico se entendem como “verdades jurídicas universais” ou como “elemento constante e permanente que fundamenta toda a legislação positiva”. (SOUSA, 2013, p. 16-17).

Assim, agora, é plausível, tecermos outros comentários dirigidos especificamente para o princípio da *segurança jurídica*, oportunidade em que situaremos o mesmo no contexto do Direito e, posteriormente, comentaremos mais sobre a sua presença e consideração no mundo moderno.

Das palavras do professor José Cretella Júnior podemos inferir que a segurança é um princípio geral da ciência jurídica que informa a manutenção dos atos administrativos geradores de direitos, haja vista que o citado autor no seu compêndio “Comentários à Constituição, volume I”, no tocante à Carta Magna brasileira, assim preleciona:

Comentamos, neste livro, o ideal dos constituintes, expresso no Preâmbulo³²⁷, de

³²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil.
Preâmbulo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o

“assegurar o exercício dos direitos, sociais e individuais, como a segurança”, repetindo-se, agora, no art. 6º³²⁸, que “a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança”.

Nos dois passos da Constituição, podemos observar os vocábulos “assegurar a segurança”, o que reflete a falta de cuidado com a linguagem e o estilo do diploma mais importante e significativo da Nação Brasileira.

Garantir a segurança é, de fato, garantir o exercício das demais liberdades, porque a *vis inquietativa* impede o homem de agir. (José Cretella Júnior, p. 185).

Ainda, neste particular, pode-se afirmar que a *segurança jurídica* impede que a administração desfaça certa categoria de atos, criadores de direitos, como as autorizações implícitas, decorrentes da expiração de determinado prazo: mesmo ilegais, que não mais podem ser revogadas.

De modo mais abrangente e com fulcro nas lições do professor Artur Machado Pauperio, em artigo constante da Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 67, afirmamos que *segurança jurídica* é o estado de garantia legal que se atribui ao direito, de modo que possa o respectivo titular valer-se dos remédios jurídicos postos ao seu alcance quando se consumam violações à sua pessoa ou ao seu patrimônio.

Continuando, o professor Artur Machado Pauperio, na citada obra, registra:

Pela segurança, assegura-se ao titular o uso e gozo do seu direito, o que se estabelece por preceito legal, do qual decorre todo o poder necessário para defender o direito e livrá-lo de qualquer violação ou esbulho.

Sem dúvida nenhuma, a função precípua do direito é constituir garantia da vida social. Realmente, porém, essa garantia deve ser tanto da sociedade em seu conjunto como da própria vida pessoal.

O direito tem, por isso, um valor, que lhe é próprio e intrínseco. Tal valor lhe é dado pelo fato de poder ser garantia da coexistência humana.

Sendo garantia, o direito torna-se naturalmente meio, necessário à realização de outros valores, que lhe são superiores, entre os quais estão, inclusive, os imprescindíveis à manutenção de condições mínimas para que a vida se torne humana, digna e capaz, portanto, de atingir a plenitude temporal e, por intermédio desta, a própria plenitude espiritual.

O direito é, assim, uma condicionante geral de atividades humanas, capaz de criar a liberdade do espírito, indispensável à consecução da própria felicidade pessoal, pela realização de valores mais altos.

Garantia da coexistência humana, o direito passa a ser condicionante da própria liberdade, sem a qual os atos do homem perdem a sua característica fundamental. Só o ato livre se torna digno de valoração, pois só por intermédio da liberdade passam a

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

³²⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

ser humanos os atos do homem. Liberdade e justiça são, assim, critérios de valorização crítica do direito positivo, que devem ser assegurados. Quando o direito não pode trazer segurança à pessoa humana e à sociedade, falta-lhe elemento essencialíssimo. É a liberdade, a justiça e a segurança que criam um complexo de condições capazes de constituir o que chamamos de bem comum. É difícil dizer em que proporção devem entrar a liberdade, a justiça e a segurança para constituir um clima de bem comum e de consequente paz social. Só a prudência política poderá dizer, nesse assunto, a última palavra em cada meio social e em cada momento histórico. (PAUPERIO, 1977, p. 291).

E como sabemos deve ser objetivo da política, no sentido que aqui nos referimos, o estabelecimento de princípios que se mostrem indispensáveis à realização de um governo, tanto mais perfeito, ao cumprimento de suas precípuas finalidades, em melhor proveito dos governantes e governados.

O que precisamos questionar é se na realidade a premissa supracitada, enfaticamente, se verifica diante do estado de incertezas que vive o cidadão no mundo moderno.

No decorrer do capítulo 6 – Efeitos da falta de proteção à expectativa de direito – ficou demonstrado que o ser humano, vivendo em coletividade, carece de uma organização que, socialmente estratificada, determina, através dos seus representantes eleitos, o regramento para o convívio agremiado. Esse conjunto de normas, que não raras vezes se distancia dos mais legítimos interesses da sociedade, ainda assim, mesmo quando fielmente seguido, apresenta situações em que o estipulado não é devidamente acatado.

Tais situações, somadas ao sentimento de injustiça contido em significativas normas jurídicas do cotidiano, terminam por caracterizar e despertar uma sensação cada vez mais enfática de *insegurança jurídica*.

Ainda, conforme obra de nossa autoria, citada no tópico anterior, reproduzindo parte da matéria veiculada com o título “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo”, de lavra do professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso³²⁹, temos que:

O conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança e, no seu âmbito, a *segurança jurídica* - como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social.

³²⁹BARROSO, Luís Roberto. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, 94. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. Disponível em: <www.iabnacional.org.br>. Acesso em: 20 fev. 2007.

As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade.

Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem³³⁰ e do Cidadão, de 1789, como um direito *natural e imprescritível*, a segurança encontra-se positivada como um direito individual na Constituição brasileira de 1988, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do *caput* do art. 5º³³¹.

O próprio constitucionalismo francês procurou conceituar o termo, no preâmbulo da Constituição de 24 de Junho de 1793: “*A segurança consiste na protecção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades*”. Tal formulação a aproxima da cláusula do *devido processo legal* do direito anglo-saxão incorporada, quase literalmente à Constituição brasileira em vigor, no art. 5º, LIV³³².

No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão *segurança jurídica* passou a designar um conjunto abrangente de ideias e conteúdos, que incluem:

1 - a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade.

2 - a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela *boa-fé* e pela razoabilidade;

3 - a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;

4 - a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;

5 - a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

A ideia de *segurança jurídica*, todavia, enfrenta uma crise de identidade nesse início de século e de milênio, uma quadra histórica identificada pelo rótulo ambíguo de pós-modernidade, com algumas características bem delineadas.

Na Política, vive-se a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação.

No comportamento, consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e do volátil sobre o permanente e o essencial.

Vive-se a era do poder dos meios de comunicação e da velocidade. Velocidade da informação e velocidade da transformação: novas gerações de computadores, novos instrumentos de conexão em rede universal, novas fronteiras nos medicamentos e na genética.

As coisas são novas por apenas vinte e quatro horas. (BARROSO, 2007).

Sempre na intenção de fundamentar, sob vários aspectos, a necessidade de cercarmos a *legítima expectativa de direito* com a devida proteção do ordenamento jurídico, neste item relativo à *segurança jurídica no mundo moderno*, no mesmo diapasão dos comentários do

³³⁰Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão, de 1789.

Art. 2º - A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

³³¹Constituição da República Federativa do Brasil.

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

(...)

³³²Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 5º, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

professor Luís Roberto Barroso, na matéria retro citada, trazemos a lume, mais uma vez, opinião de Camila Vicenci Fernandes, quando assim expõe:

Em uma era de rápidas e irrefreáveis mudanças, a certeza e a estabilidade, cada vez mais raras, tornam-se valores de difícil consecução. Sua necessidade é, entretanto, inquestionável na busca do desenvolvimento almejado pelo Estado e pela sociedade, cujas relações devem se apoiar sobre uma base sólida e firme que, apesar da imprevisibilidade de certas transformações, mantenha certa coesão e estrutura. Sem tal alicerce, os vínculos e as relações estabelecidas entre o Estado e os particulares seriam cercados de instabilidade e de consequente fragilidade... (FERNANDES, 2010).

Continuando, a autora do trabalho supracitado (FERNANDES, 2010) valendo-se das palavras do professor Ricardo Lobo Torres, complementa seu posicionamento, no que diz respeito à *segurança jurídica* em torno das legítimas expectativas de direito, transcrevendo o seguinte: “a *segurança jurídica* torna-se valor fundamental do Estado de Direito, pois o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado”

Sendo assim, por mais que registremos a imperiosa exigência do Estado, nas suas diversas esferas, buscar o atendimento às mudanças sociais e consequentemente obrigar-se, hodiernamente, a uma, cada vez mais, contínua e rápida atividade legislativa, não podemos olvidar da importância de um princípio que busca garantir certo grau de certeza para os resultados oriundos dos atos que o administrado, no escopo estabelecido pelo próprio Estado, pratica.

Neste contexto, a professora Maria Zanella de Pietro, no âmbito do Direito Administrativo, em relação ao princípio da *segurança jurídica* assim explicita:

“O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera *insegurança jurídica*, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública”. (DI PIETRO, 2009, p. 84).

Finalizando este item, observamos que, pelo relato feito até o momento, a existência de agressão aos termos, às condições e aos demais elementos dos atos substanciais para a verificação da *legítima expectativa*, considerada no âmbito jurídico, culmina por igualmente

agredir uma série de princípios, em particular, como já observado, ao da *boa-fé*, da *proteção da confiança* e, por consequência, o da *segurança jurídica*. Sendo assim, na conjugação destas circunstâncias, não podemos olvidar da ofensa que se registra ao princípio que entendemos, neste contexto, como maior e indispensável preceito para a determinação do Estado Democrático de Direito, que é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, motivo dos comentários que compõem o item seguinte.

14.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Entendemos que tudo aquilo que venha a agredir legítimas expectativas e direitos do ser humano, lhe fere com tal, isto é, atinge o que deve ser apreendido como respeito a si mesmo e ao amor próprio, cabendo questionar se o cidadão, vivendo no mundo de incertezas, sem esperança de garantia dos seus mais básicos direitos, não se sinta, como ser humano, depreciado.

Não poder confiar nas determinações impostas pelo sistema que lhe abriga e obriga, lhe encaminha para um mundo de angústias que torna sua sobrevivência extremamente torturante, podendo-se inferir, destarte, que a sua existência não está pautada, no que se refere a sua dignidade, pelo respeito institucional.

No tocante ao vocábulo dignidade vale observar o que preleciona o professor Germano Marques da Silva, quando afirma:

O termo *dignidade* teve, ao longo dos séculos, dois sentidos fundamentais: o sociológico, hierarquizante, que foi o primeiro cronologicamente, e o antropológico, igualitário, que se foi progressivamente impondo e que hoje é quase o único que a generalidade das pessoas liga à palavra. É este que nos importa compreender e fundamentar, mas para a sua plena compreensão convém fazer um brevíssimo percurso pela história da semântica e das ideias.

A palavra *dignitas* é de origem latina e exprime na sua origem uma realidade tipicamente romana de natureza sócio-política. Integrava a pertença à nobreza, a benemerência pela *res publica*.

Embora pertencendo à área política, a *dignitas* romana tinha também uma forte conotação ética: à dignidade-cargo foi-se paulatinamente associando a dignidade ou valor interior, dignidade cujo fundamento se foi buscar à natureza do ser humano.

Com os autores cristãos não desaparece essa exaltação da pessoa humana em razão da sua própria natureza, mas assume muito maior relevo a referência ao fato de o homem ser *imagem de Deus*; aí radica a insuperável dignidade do ser humano. (SILVA, 2006, p. 260).

Como o professor Germano Marques, entendemos também que a questão da dignidade humana na atualidade deve ser analisada sob a égide da igualdade, e, como tal, elemento de estudo sob o prisma da antropologia.

Diante da premissa retro citada, cabe salientar que segundo o Dicionário da Língua Portuguesa (COSTA e MELO, 1994, p. 143) a antropologia significa: “Estudo do homem dos pontos de vista anatômico, fisiológico, biológico e genético; estudo das raças e populações humanas do ponto de vista físico.” E, ainda, sob o ponto de vista cultural, quer dizer: “Estudo do homem nos seus diversos aspectos, o que constitui o grupo das ciências humanas: etnologia, história, sociologia, psicologia social e psicologia geral.”

Também, mais adiante, o professor Germano Marques preleciona:

A análise da *dignidade da pessoa humana* não nos revela o homem na sua plenitude e só nos permite precisar a base normativa dos direitos do homem; *direitos humanos* são aqueles direitos de que o ser humano é titular pela simples razão de ser humano, são direitos inerentes à *dignidade da pessoa humana*.

Reconheça-se ou não a origem religiosa do lugar especial reservado aos seres humanos, a doutrina dos direitos humanos proclama que a pessoa humana possui uma dignidade que lhe é própria e merece respeito enquanto sujeito moral livre, autônomo e responsável. Daí a situação ímpar que lhe é reconhecida e que o direito tem de proteger.

Para definir o conteúdo dos direitos é necessário apelar para a natureza psicossomática do homem, fundamento das suas diferentes necessidades.

Em razão da sua estrutura psicossomática, o homem tem necessidades espirituais e materiais: de existência, de desenvolvimento, de alimentação, de agasalho, de alojamento, de liberdade, de verdade, de igualdade, de beleza, de aceitação, de participação, de trabalho, etc. Todas estas necessidades devem ser compatibilizadas e satisfeitas em função do seu grau de necessidade. (SILVA, 2006, p. 263).

Como pode ser observado, estamos, neste ponto, a falar de conceitos que apresentam grande amplitude e ramificação, não sendo, por vezes, de fácil delimitação. Contudo, embora nos valendo de tais conceitos registramos espaço inquestionavelmente definido para a tarefa que nos propomos, pois, não estamos, para o deslinde do que almejamos, a analisar ou discutir a pertinência das normas sob os mais variados contextos da existência humana, apenas defendemos que, além de outros contratempos, não é mais cabível a convivência com a cotidiana incerteza da validade dos atos entabulados com a Administração Pública ou com partes privadas detentoras do poder econômico propiciador de desequilíbrio social.

A respeito do *princípio da dignidade da pessoa humana* o professor Douglas Fischer assim leciona:

Embora seja difícil conceituar com precisão o que seja a dignidade da pessoa humana (mormente por sua natureza polissêmica), consoante Häberle, sem perder de vista a necessidade de não se utilizar dela como fórmula vazia de conteúdo ou de modo inflacionário (evitando-se assim sua desvalorização), pode-se pelo menos reconhecer neste introito que a dignidade da pessoa humana se constitui em uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado (como limite e tarefa dos poderes estatais) e da comunidade.

Implica um complexo de *direitos e de deveres fundamentais* que assegurem a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e que lhe garantam as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (FISCHER, 2006, p. 60-61).

Mais adiante, na mesma linha de pensamento que adotamos, o citado autor conclui dizendo:

De modo mais direto: se não houver respeito pela vida e pela integridade do ser humano, se não se vislumbrarem condições mínimas de existência digna, se não houver (sobretudo) limitação de poderes, se não se verificar que a liberdade e a igualdade (material) e os direitos fundamentais não forem efetivamente reconhecidos e assegurados, é inviável falar-se em dignidade da pessoa humana. (FISCHER, 2006, p. 61).

Assim, não devemos perder de vista que o pretendido, neste trabalho, da forma mais objetiva possível, é defender o direito do cidadão em não ver as regras preestabelecidas, em complexos ou singulares *atos jurídicos perfeitos*, modificadas no decorrer da execução dos termos ou condições dos mesmos.

Neste ponto, não é demais nos valer, mais uma vez, das palavras do professor Germano Marques da Silva, quando o mesmo preceitua:

O respeito pela dignidade humana é considerado hoje um *princípio geral de direito* comum a todos os povos civilizados, mas esse acordo só diz respeito a noções abstratas, cujo carácter vago, e mesmo confuso, aparecerá imediatamente quando se tratar de passar do acordo sobre o princípio para as aplicações particulares.

A determinação e salvaguarda dos direitos humanos supõem, por isso, um sistema de direito positivo, com suas regras, os seus juízes e o poder de coacção. (SILVA, 2006, p. 266).

Assim, poderá e deverá o estudante ou operador do Direito buscar a relação do objeto do subitem *princípio da dignidade da pessoa humana*, com o tema *a expectativa de direito como bem jurídico* na busca de fazer valer atos quando legítimos.

Infelizmente, nesta oportunidade, cabe-nos observar que, em razão da falta de critérios de alguns operadores do Direito, não somente o *princípio da dignidade da pessoa humana*, mas, sobremaneira este, em especial, tem sofrido um devastador processo de banalização.

Não raras vezes, ao encontrar-se diante da falta de elementos concretos para defesa das suas pretensões, o causídico se vale, de forma descabida, da argumentação de ofensa ao referido princípio jurídico, como se, independentemente da ação praticada pelo seu constituinte, o mesmo não devesse ter o seu bem material suprimido ou sua liberdade cerceada, o que não se registra plausível em determinadas circunstâncias.

O *princípio da dignidade da pessoa humana* não pode ser utilizado como salvo conduto para qualquer situação.

Não é acolhido pelo ordenamento que, em face, por exemplo, do direito constitucional de livremente o cidadão poder ir e vir no território da sua nação, não deva o mesmo, quando diante da prática de grave delito, ter esse direito mitigado.

Por outro lado, não é justo o fato de a pessoa que não praticou delito algum, em decorrência, quando for o caso, da falta de um bom planejamento por parte do Administrador Público, tenha, em seu prejuízo, direito modificado para atender interesses nem sempre claramente confessáveis e, diante de situações como estas, vamos contabilizar que injustamente e em agressão aos direitos do cidadão comum: aposentadorias são proteladas, remunerações de pensionistas são impiedosamente carcomidas pelo devastador efeito da inflação monetária, direitos trabalhistas são modificados, nomeações pós concursos públicos deixam de ser realizadas, doentes deixam de ser atendidos pelos planos de saúde, condições ambientais são modificadas em prejuízo dos cidadãos e assim por diante. Contra tais nefastos efeitos é que defendemos dever ser a *expectativa de direito* um *bem jurídico*, para assim auferir a proteção do ordenamento positivado.

A interpretação das disposições jurídicas não deve servir de instrumento para, de modo agressivo aos legítimos direitos do cidadão, mudar a realidade dos fatos.

14.3.1 Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

O conteúdo ligado ao assunto *dignidade da pessoa humana*, hodiernamente, vem registrando, cada vez mais, sua presença nos diversos ordenamentos e doutrinas.

A Constituição da República portuguesa, no seu primeiro artigo, assim preceitua: “Artigo 1.º - Portugal é uma República soberana, baseada na *dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

Sem maiores lucubrações, podemos afirmar que ao se referir no seu texto constitucional ao princípio da *dignidade da pessoa humana* o país deixa patente a utilização na sua Carta Magna de uma característica do Estado Democrático de Direito.

De modo semelhante, a Constituição da Espanha no seu Título I- De los derechos y deberes fundamentales, no n.1 do artigo 10, assim expressa “Artículo 10 - Derechos de la persona. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

Neste jaez, podemos afirmar que para a referida sociedade, registra-se o fato de até a paz social ter como sustentáculo o respeito à dignidade humana, o mesmo podendo depreender-se do texto constitucional da Alemanha quando no seu Capítulo1, artigo 1, informa ser a *dignidade da pessoa humana* coisa sagrada devendo todos os poderes de Estado reconhecê-la como fundamento de toda a comunidade, da paz e da justiça mundial.

No Brasil, comentando a pertinente Constituição da República Federativa, o professor Alexandre de Moraes em seu livro Constituição do Brasil Interpretada, afirma que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. (MORAES, 2004, p. 128-129).

E, na mesma obra supracitada, registra-se ainda:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (MORAES, 2004, p. 129).

Em termos bem mais amplos, vale observar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10/12/1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, de acordo também com o professor supracitado, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Assim, sob a égide da importância do *princípio da dignidade humana*, o ordenamento brasileiro invoca-o em várias situações, como nas questões de investigação de paternidade, nas relações trabalhistas, quando no seu parágrafo 7º³³³ do artigo 226, ao relacionar, de forma exemplificativa, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a Constituição brasileira registra que até mesmo a livre vontade do indivíduo não pode regular de forma a atingir a sua própria dignidade. Assim, por exemplo, não é dado ao empregado o direito de regular sua remuneração abaixo do salário mínimo estipulado ou oficializar relação de emprego sem proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

No campo da atividade econômica, depreende-se do conteúdo do artigo 170 da Constituição Federal brasileira, que observa os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência, etc., que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

O professor Ingo Wolfgang Scarlet em adendo ao que até aqui foi exposto, informa:

³³³ Constituição da República Federativa do Brasil.
Art.226...

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Ainda que as considerações até agora tecidas já possam ter lançado alguma luz sobre o significado e o conteúdo da *dignidade da pessoa humana*, não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a *dignidade da pessoa humana* hoje.

Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua “ambiguidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa. (SARLET, 2002, p. 38-39).

Em tese, entendemos da multiplicidade de sentidos que pode apresentar a expressão dignidade. Entretanto, na busca de uma interpretação que permita a aplicação do princípio aos atos jurídicos perpetrados no cotidiano, buscamos as observações do professor Rizzatto Nunes, quando preleciona:

Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica.

Com efeito, é reconhecido o papel do Direito como estimulador do desenvolvimento social e freio da bestialidade possível da ação humana.

Não se vai aqui discutir se o ser humano é naturalmente bom ou mau. Nem se vai relatar com conceitos variáveis do decorrer da história, pois, se assim fosse, estar-se-ia permitindo toda sorte de manipulações capazes de colocar o valor supremo dignidade num relativismo destrutivo de si mesmo.

E, conforme colocamos desde o início, a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo.

O que se tem de fazer é apontar o conteúdo semântico de dignidade, sem permitir que façam dele um conceito relativo, variável segundo se duvide do sentido de bem e mal ou de acordo com o momento histórico. (NUNES, 2002 p. 46).

Como sempre, na intenção de não perdermos de vista o enfoque principal do nosso trabalho, que é justamente a necessidade de, no mínimo, provocarmos a discussão a respeito do direito que tem o cidadão de não ver suas esperanças, quando juridicamente consolidadas por um *ato jurídico perfeito*, desmoronarem-se ao talante de outrem, continuamos a prelecionar que, a nosso ver, tal situação agride a pessoa no seu sentimento de justiça e respeito aos poderes públicos e, conseqüentemente, entendemos, ainda, que tudo isso agride a sua dignidade.

Como vimos, pode-se até defender que a expressão *dignidade da pessoa humana* tenha significado vasto, ambíguo, variável ou mesmo relativo, contudo, o que também não se pode olvidar é que tal expressão passa a constar dos vários ordenamentos e em várias

situações, sendo invocada nas relações familiares, trabalhistas, econômicas e etc., não sendo justo, destarte, que os *termos* e *condições* de um *ato jurídico* que a qualquer dessas relações pode ter pertinência, não seja protegido pela *segurança jurídica* que deve nortear a vida do ser humano nas suas relações sociais.

O professor Paulo Bonavides, na “orelha” do livro do Doutor em Direito pela Universidade de Munique - Alemanha, professor Ingo Wolfgang Sarlet, assim define:

A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássicos e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais. Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da *dignidade da pessoa humana*. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados. (SARLET, 2002).

Como se depreende das lições do anteriormente citado professor Luís Antônio Rizzatto Nunes, a Dignidade da Pessoa Humana, como princípio universal que é, a despeito de localizado em lugar de destaque, deve descer dessa posição e tornar-se eficaz na realidade concreta, jurídica e social.

Na dicção dos vários textos constitucionais, a exemplo do artigo 1º da Constituição da República portuguesa, já citado, e do artigo 1º, inciso III³³⁴ da Constituição Brasileira, o *princípio da dignidade da pessoa humana* figura como princípio fundamental, existindo autores que, inclusive, atribuem ao *princípio da isonomia* a condição de principal garantia constitucional, em razão de o mesmo, quando observado, propiciar o respeito ao conclamo da dignidade humana, haja vista ser improvável tratamento universalmente igualitário e o ser humano, nesta condição, venha a, de forma coerente, sentir-se desprestigiado.

³³⁴ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

III – a dignidade da pessoa humana;

Contudo, observamos que, para aplicação da regra da isonomia, devemos entender que o verdadeiro princípio da igualdade consiste em tratar os desiguais, na medida das suas desigualdades, desigualmente, para torná-los substancialmente iguais.

Destarte, também entendemos como o já citado Professor Rizzatto Nunes, quando preceitua:

... que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da *dignidade da pessoa humana*.

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. (NUNES, 2002 p. 45).

Nessa linha de raciocínio, acrescentamos que o princípio da *dignidade da pessoa humana* tem conexão com a combinação resultante da união de valores morais e espirituais inerentes à pessoa, devendo, em um estado democrático de direito, ser erigido à condição de princípio maior.

Não é possível desconhecer a intensa aflição sentida pelo indivíduo ao conviver constantemente na incerteza da realização dos seus legítimos direitos em razão do fato de que a aquisição dos mesmos fica na dependência das flutuações legislativas ou das mudanças contratuais (com respaldo em Lei nova), configurando-se, destarte, em uma verdadeira agressão aos seus valores morais e espirituais, não sendo demais afirmar que o contato incessante com situações desse quilate pode, inclusive, influenciar de modo nefasto na própria formação do ser humano no que é pertinente aos aspectos éticos e sociais, em virtude, sobretudo, da descrença que adquire quanto aos institutos jurídicos e entidades governamentais.

14.3.2 Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na União Europeia

Tendo sido registrada a consagração do *princípio da dignidade da pessoa humana* como o principal direito fundamental constitucionalmente garantido, entendemos válido tecer comentários a respeito de como os mesmos são tratados no ordenamento pertinente à União Europeia.

Os Países integrantes da União Europeia ainda devem conformar seus princípios de *segurança jurídica* e de *proteção da confiança* com as determinações constantes na Carta Constitucional Europeia, haja vista, na atualidade, a grande ênfase que esse conjunto de países tem dispensado ao estudo e inclusão, no ordenamento jurídico, dos direitos fundamentais na Europa.

Neste ponto, inicialmente, trazemos a lume expressões do professor José Ribas Vieira, organizador da obra publicada sob o título, *A Constituição Europeia – O Projeto de uma Nova Teoria Constitucional* – quando o mesmo, referindo-se ao princípio da dignidade humana no texto do diploma regulador das relações jurídicas na União Europeia, assim define;

O valor da dignidade da pessoa³³⁵, resgatado do Direito Natural, passou aos poucos a ser considerado princípio tanto de Direito Internacional quanto de Direito Interno nos mais diversos países³³⁶. Dessarte, nenhuma norma, nenhum ato jurídico deve ser editada ou praticado em afronta a esse valor, erigido à condição de princípio constitucional.

Em relação à Constituição Europeia, ao menos neste ponto, por se apresentar na forma a de um documento constitucional apontando para futuras consolidações institucionais, os direitos fundamentais revelam-se, na verdade, *in fieri*, i.e., apresentam-se em constante construção e consolidação. Decorre, esse fato da própria atipicidade da União Europeia, que ainda não consolidou uma definitiva natureza jurídica como ente político. Desse modo, no caso específico dos direitos fundamentais, resulta uma certa fragilidade institucional na sua proteção.

Com esse exemplo, demonstramos como a futura Constituição Europeia desponha com algumas matizes diferenciadoras do denominado legado constitucional após a Segunda Guerra Mundial. (MOURA, et al. 2004, p. 37).

³³⁵ “A dignidade humana foi na História, e é na atualidade, o ponto de referência de todas as faculdades que se dirigem ao reconhecimento e afirmação da dimensão moral da pessoa. Sua importância na moderna teoria dos direitos humanos inegável”. Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio – Enrique. *Derechos Humanos, Estado e Constitución*. MADRI: Tecnos, 2001, 7. ed, p.49.

³³⁶ Inclusive no Brasil, que o positivou como princípio constitutivo do Estado. Cf. Constituição da República de 1988, art. 1º, inciso III.

Não podemos falar de *segurança jurídica* e, consequentemente, *dignidade da pessoa humana* sem, indubitavelmente, registramos a necessidade de chamar atenção para os direitos fundamentais do cidadão, os quais se desconsiderados pelo Estado ou pelo detentor do poder econômico ensejador do desequilíbrio social, forçará o desemboque da situação em uma condição de *insegurança jurídica* e, por conseguinte, no registro de agressão, entre outros, como afirmamos, ao *princípio da dignidade humana*.

Como visto, no caso do Estado Português, como o de outras nações europeias, tal assunto, atualmente, não poderá ser estudado sem que se analise o que nesse contexto é regulado pela recente Constituição da União Europeia.

Portugal, como outros países que compõem esta nova conformação de Estados Soberanos, para sua inclusão nesse grupo, tem necessariamente que atender alguns critérios considerados como requisitos principais, entre os quais, o de possuir instituições estáveis capazes de garantir a democracia, o Estado de Direito, os direitos humanos e o respeito e proteção das minorias.

Desse modo, em tese, fazendo parte desse conjunto, obriga-se a acatar os pertinentes mandamentos constitucionais.

Reproduzindo informações transcritas na matéria “União Europeia: Um estudo sobre as relações pertinentes à comunidade segundo sua formação e Carta Constitucional”, também de nossa autoria, no tocante à Constituição Europeia, registramos que a Carta dos Direitos Fundamentais não apresenta nenhuma grande inovação face à Carta de 2000, as poucas mudanças foram da redação, para lhe adaptar à nova estrutura institucional da União conferida pela Constituição. Essa Carta é inserida no texto com força vinculativa.

Tal fato assegura certeza jurídica na proteção dos direitos dos cidadãos relativamente aos atos das instituições europeias.

Por outro lado, é conferida competência à União para aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e aceitar a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o que constitui um controle externo dos atos da União, os direitos da pessoa ganham, então, mais proteção.

A inovação exposta é de grande relevância, visto que comprova a fixação do ser humano como cerne das ações da União, o que também se evidencia pelo expurgo da pena de morte do contexto dos Estados-membros, pela proibição de práticas eugênicas e da clonagem reprodutiva e pela proibição de afastamento, expulsão ou extradição para Estado onde a

pessoa corra sério risco de ser sujeita à pena de morte, à tortura ou a outros tratos ou penas desumanas ou degradantes.

Veda-se a discriminação em suas mais variadas formas: de cor, etnia, credo, sexo, origem social, opinião, língua, nascimento, idade e, muito propriamente inserida na Carta, de características genéticas e de orientação sexual.

É proibida também a discriminação por motivo de raça. Declara-se a liberdade de associação, de reunião, de religião e convicção, de expressão e informação, de profissão, de empresa, de pensamento, de artes e ciência e de circulação e permanência de pessoas.

Assegura-se o direito de petição, de resposta na mesma língua, de juiz natural e imparcial, dentre outros.

Proclamaram-se também direitos sociais e políticos de que são exemplos: direitos de asilo, de educação, de propriedade, de a criança viver em contato com ambos os genitores, de trabalho e ação coletiva, de proteção à saúde, de eleição e até registra-se, entre outros aspectos, uma maior preocupação no tocante aos direitos dos idosos.

Não queremos, em nenhuma hipótese, caracterizar a exposição do conteúdo do tema do nosso trabalho pela tautologia. Contudo, não podemos deixar de, mais uma vez, chamar atenção para a patente incongruência que se registra quando, de um lado, temos uma carta multinacional que tão bem detalha a proteção que deve ser atribuída ao indivíduo, sob os mais variados ângulos e, do outro lado, registrarmos nações e situações que apresentam um cotidiano pautado pela perpetração de atos, inclusive os estatais, que agridem os mais elementares princípios inerentes à *segurança jurídica* e à própria *dignidade da pessoa humana*.

Como resta patente, a preocupação, com o que pode ser definido como objeto principal de atenção, que é justamente o ser humano, encontra-se fartamente explicitada na doutrina e no ordenamento mundial.

O preâmbulo da Carta de Declaração dos Direitos Humanos, diploma firmado pela grande maioria dos Estados soberanos, assim preceitua:

PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,
Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,
Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,
Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,
Considerando que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e sua observância,
Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

A ASSEMBLEIA-GERAL

Proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, se empenhe, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Pinçando, entre os artigos do referido diploma, os de número seis a oito, temos que:

Artigo VI. Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII. Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Claramente registra-se que, independentemente da abordagem de outras disposições multinacionais, a ênfase, como não poderia deixar de ser, reside no bem-estar do indivíduo, o que se materializa, entre outros aspectos, pela garantia do respeito aos direitos da pessoa humana e, entre estes, o direito à convivência harmônica e sob a égide da *segurança jurídica*, motivo pelo qual é farta a doutrina e o ordenamento no que é pertinente aos conceitos e disposições sobre a garantia do *ato jurídico*, do *direito adquirido* e da *coisa julgada*.

Contudo, é escassa, ou quase nenhuma, a doutrina que vise proteger o cidadão enquanto aspirante de um determinado direito, isto é, que proteja a imutabilidade dos termos e condições do ato jurídico que a ele estejam submetidos.

É importante observar que a agressão aos diversos princípios jurídicos, além de provocar danos, tanto de cunho individual quanto coletivo, representa uma forte demonstração do afastamento do Estado de uma das suas principais obrigações que é justamente propiciar ao administrado, dentro do legítimo e factível, uma existência com boa qualidade de vida, ou seja, devemos buscar, cada vez mais, a configuração que identifique o Estado de bem-estar social que representa um tipo de organização onde o mesmo é colocado como agente da promoção social oferecendo ao indivíduo um conjunto de bens e serviços que lhe permita uma existência digna.

Pensar de modo contrário implica, no nosso entendimento, negar a própria razão de existência do Estado, pois as determinações que ferem as premissas que conceituam o Estado de bem-estar social representam a expressão do que podemos conceituar como agressão a ideia de *Direito Justo*, assunto que comentaremos no capítulo seguinte após as considerações que faremos a respeito dos resultados obtidos na realização de pesquisa de campo onde foram aplicados questionários junto a profissionais e estudantes da área jurídica.

14.3.3 Dignidade da pessoa humana na jurisprudência brasileira

Mais uma vez transcrevemos ementa, voto e ou acórdão de decisões que versam sobre princípios que neste trabalho merecem comentários face as análises ligadas à *legítima expectativa de direito* e, como de prática, a identificação das partes, exclusive a União e seus representantes, foi omitida.

Como nas situações anteriores não houve a preocupação de que nas decisões se registrassem a conjugação dos citados princípios com a conjugação da *legítima expectativa de direito*, até porque, esta, em tese, não encontra na jurisprudência ordinária, de forma geral, proteção dos referidos princípios.

O que queremos mostrar, como já explanado anteriormente, é a utilização protetiva com base nestes princípios jurídicos para diversas outras relações.

Registram-se a seguir pertinentes transcrições das referidas decisões jurisprudenciais.

a - Questão de Direito do Trabalho.

Com fulcro no Princípio de Dignidade Humana não foi considerado razoável que, diante das peculiaridades do caso e da idade avançada da exequente, se determinasse a suspensão da execução trabalhista em desfavor do trabalhador.

“Rcl 5758 / SP - São Paulo

Reclamação

Relator (a): Min. Cármen Lúcia

Julgamento: 13/05/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-148 Divulg 06-08-2009 Public 07-08-2009

Parte(s):

Reclte.(s): União

Adv.(a/s): Advogado-Geral da União

*Recldo.(a/a): Juiz do Trabalho da 7ª Vara do Trabalho de São Paulo
(Processo N. 00640-1977-007-02-00-1)*

Intdo.(a/s): X

Adv.(a/s): Y

Ementa:

*Reclamação. Embargos à execução trabalhista. Intempestividade. Descumprimento da ação declaratória de constitucionalidade n. 11-mc/df. Exequente em idade avançada. Princípios da jurisdição e da **dignidade da pessoa humana**. Impossibilidade de suspensão da execução trabalhista até o julgamento definitivo da ação paradigma. Processamento imediato dos embargos. Reclamação julgada procedente. (grifos da transcrição)*

1. A decisão que deixa de receber embargos à execução trabalhista opostos no prazo legal, afastando a aplicação do art. 1º-B da Lei n. 9.494/1997³³⁷, descumpra a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade³³⁸ n. 11-MC/DF.

³³⁷ Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública e altera a lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

2. A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o **princípio da dignidade humana**, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz. Não é razoável que, diante das peculiaridades do caso e da idade avançada da exequente, se determine suspensão da execução trabalhista e se imponha à parte que aguarde o julgamento definitivo da ação apontada como paradigma nesta Reclamação. (grifos da transcrição)

3. Reclamação julgada procedente para se determinar o imediato processamento dos embargos à execução opostos pela União.

Decisão:

O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, com observações, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio.”

Art. 1ºB. O prazo a que se refere o caput dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias.

Código de Processo Civil brasileiro.

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

§ 1º - A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou *prescrição* da dívida.

§ 2º - Se na defesa tiverem sido arroladas testemunhas, poderá o Juiz ou o Presidente do Tribunal, caso julgue necessários seus depoimentos, marcar audiência para a produção das provas, a qual deverá realizar-se dentro de 5 (cinco) dias.

§ 3º - Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo.

§ 4º Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e as impugnações à liquidação apresentadas pelos credores trabalhista e previdenciário.

§ 5º Considera-se inexistente o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

³³⁸ Ação Declaratória de Constitucionalidade. Meio processual de obter, por decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a declaração, em tese, da validade de preceito legal ou ato normativo em face de norma constitucional. Têm legitimidade o Presidente da República, a Mesa do Senado e da Câmara, e o Procurador-Geral da República. SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.10.

b - Questão de Direito Penal.

Militar envolvido com posse e uso de entorpecentes, em pequena quantidade, por imposição do *princípio da dignidade humana*, teve concedido, pelo Supremo Tribunal Federal, ordem de *habeas corpus*³³⁹.

“HC 90125 / RS - Rio Grande do Sul

Habeas Corpus

Relator(a): Min. Ellen Gracie

Relator(a) P/ Acórdão: Min. Eros Grau

Julgamento: 24/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe-167 Divulg 04-09-2008 Public 05-09-2008

Parte(s):

Pacte.(s): Fulano de Tal

Impte.(s): Defensoria Pública da União

Coator(a/s)(es): Superior Tribunal Militar

Ementa:

*Habeas corpus. Penal militar. Uso de substância entorpecente. Princípio da insignificância. Aplicação no âmbito da justiça militar. Art. 1º, iii ³⁴⁰da constituição do brasil. Princípio da **dignidade da pessoa humana**. (grifos da transcrição)*

1. Paciente, militar, condenado pela prática do delito tipificado no art. 290 do Código Penal Militar³⁴¹ (portava, no interior da unidade militar, pequena quantidade de maconha).

³³⁹ Habeas Corpus

Constituição da República Federativa do Brasil.

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:

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

³⁴⁰ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

³⁴¹ Código Penal Militar

Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo

2. *Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares.*

3. *A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância.*

4. *A Lei n. 11.343/2006³⁴² - nova Lei de Drogas - veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas.*

5. *Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício.*

6. *O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III).*

7. *Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em lugar de apenar - Lei n. 11.343/2006 – “possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta”.*

substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

Forma qualificada

2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

³⁴² Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

8. No caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância, seja porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva, seja por imposição da **dignidade da pessoa humana**. (grifos da transcrição)

Ordem concedida. Decisão:

A Turma, por empate na votação, concedeu a ordem de Habeas Corpus, nos termos do voto do Ministro Eros Grau, no que foi acompanhado pelo Ministro Cezar Peluso, vencidos os Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.”

c - Questão de Direito Penal.

A Operação denominada “Navalha” foi deflagrada pela Polícia Federal do Brasil no dia 17 de maio de 2007 e visou desbaratar esquemas de corrupção relacionados à contratação de obras públicas feitas pelo Governo Federal.

Entre outros aspectos, sob a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva e lastreado no do *princípio da dignidade humana* na ordem jurídica, o que impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais, o Tribunal julgador, por unanimidade concede ao paciente deferimento ao seu pedido de *habeas corpus*.

“HC 91386 / BA – Bahia

Habeas Corpus

Relator(a): Min. Gilmar Mendes

Julgamento: 19/02/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe-088 Divulg 15-05-2008 Public 16-05-2008

Parte(S):

Pacte.(S): Beltrano de Tal

Impte.(S): Ordem dos Advogados do Brasil

Adv.(A/S): Sicrano de Tal

Coator(A/S)(Es): Relatora do Inquérito N. 544 do Superior Tribunal de Justiça

Ementa:

Habeas Corpus.

1. "Operação Navalha". Inquérito no 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça.
2. Alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva.
3. Decreto prisional fundamentado em supostas conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública e econômica.
4. Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP³⁴³, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes.
5. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX³⁴⁴ e 5º, XLVI³⁴⁵)
6. A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva.
7. A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. O prestígio desses direitos configura também elemento essencial de realização do **princípio da dignidade humana** na ordem jurídica, impedindo que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. (grifos da transcrição)
8. Os direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito.

³⁴³ Código de Processo Penal brasileiro.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

³⁴⁴ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

³⁴⁵ Constituição da República Federativa do Brasil.

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:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

9. A aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie. A diferença entre um Estado totalitário e um Estado Democrático de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva.

10. O Direito Processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. O âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais recebe contornos de especial relevância em nosso sistema constitucional.

11. A ideia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garante dos direitos fundamentais. É necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões preventivas. Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos.

12. Não é possível esvaziar o conteúdo constitucional da importante função institucional atribuída às investigações criminais na ordem constitucional pátria. A Relatora do INQ n. 544/BA possui amplos poderes para convocar sempre que necessário o paciente. Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento.

13. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

14. Paciente afastado da função de Procurador-Geral do Estado do Maranhão 11 (onze) meses antes da decretação da prisão cautelar.

15. Motivação insuficiente.

16. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face do paciente.

Decisão:

A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de Habeas Corpus, nos termos do voto do Relator.”

d - Questão de Direito Penal.

Paciente militar, preso em flagrante dentro da sua unidade ao fumar um cigarro de maconha e portar mais três.

Para tal situação foi entendido que punição severa e exemplar cabe aos traficantes, não devendo alcançar os usuários, os quais devem contar com políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício.

Em virtude do *princípio da dignidade humana* o Tribunal julgador, por votação unânime, concedeu deferimento ao pedido de *habeas corpus*.

“HC 92961 / SP - São Paulo

Habeas Corpus

Relator(a): Min. Eros Grau

Julgamento: 11/12/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe-031 Divulg 21-02-2008 Public 22-02-2008

Parte(s):

Pacte.(s): Caio Tício

Impte.(s): Defensoria Pública da União

Coator(a/s)(es): Superior Tribunal Militar

Ementa:

*Habeas Corpus. Penal militar. Uso de substância entorpecente. Princípio da insignificância. Aplicação no âmbito da justiça militar. Art. 1º, iii da constituição do Brasil. Princípio da **dignidade da pessoa humana**. (grifos da transcrição)*

1. Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar, quando fumava um cigarro de maconha e tinha consigo outros três.

2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares.

3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância.

4. A Lei n. 11.343/2006 - nova Lei de Drogas - veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas.

5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício.

6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III).

7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em vez de apenar - Lei n. 11.343/2006 - possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta.

8. Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar.

9. A aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma, porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a duas, em virtude da **dignidade da pessoa humana**. Ordem concedida. (grifos da transcrição)

Decisão:

A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de Habeas Corpus, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 11.12.2007.”

e - Questão de Direito Penal.

Neste caso, o paciente, gerente de agência bancária se recusa em disponibilizar, por determinação judicial, determinada quantia em conta corrente.

Por decisão do Superior Tribunal de Justiça o desobediente tem prisão decretada.

O Supremo Tribunal de Justiça arguindo, entre outros aspectos, a ausência de proporcionalidade e dolo, com fulcro no *princípio da dignidade humana* concede *habeas corpus* ao requerente.

“HC 82969 / PR – Paraná

Habeas Corpus

Relator(a): Min. Gilmar Mendes

Julgamento: 30/09/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 17-10-2003 pp-00037

Parte(s):

Pacte.(s): Tício de Tal

Impte.(s): Banco do Brasil S/A

Advdo.(a/s): Beltrano de Tal

Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça

Ementa:

Habeas corpus ajuizado em favor de gerente de agência do banco do brasil s/a, em face de decisão proferida pelo superior tribunal de justiça.

2. Crime de desobediência.

3. Mandado de penhora que, a par de indicar expressamente o valor total da dívida, continha comando adicional para penhora de cinquenta por cento de numerário vinculado a conta bancária.

4. Recusa do paciente em disponibilizar quantia correspondente a cinquenta por cento do numerário vinculado a conta bancária, haja vista que tal parcela era superior ao valor total da dívida, indicado expressamente no mandado.

5. Cumprimento do mandado de penhora, tendo em vista a quitação o valor total da dívida.

6. A mera instauração de inquérito, quando evidente a atipicidade da conduta, constitui meio hábil a impor violação aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana.

7. Ausência de proporcionalidade.

8. *Ausência de tipicidade.*

9. *Ausência de dolo.*

10. *Ausência de justa causa.*

11. *Sentença nula.*

Ordem deferida

Indexação:

Concessão, "habeas corpus", possibilidade, caracterização, constrangimento ilegal, instauração, inquérito, ofensa, direito, liberdade // violação, princípio da proibição do excesso, princípio da dignidade humana, princípio da proteção judicial efetiva // existência, excesso, atividade, perseguição criminal."

Mais uma vez, fica claro que, no Estado Democrático de Direito, nos mais variados aspectos, deve predominar o respeito à dignidade humana.

Neste subitem, de forma proposital, relacionamos, dentre seis julgados, cinco que se referem às questões de ordem penal. Assim, fica, como sempre, patente que, mesmo diante de fatos onde o indivíduo encontra-se envolvido com atos identificadores de desvios comportamentais, de forma plenamente justificável, não se considera plausível a ausência de análises e decisões que não observem os aspectos ligados à *dignidade da pessoa humana*.

Desta forma, não é cabível que nas relações jurídicas onde as partes se houveram com base nas determinações jurídicas, possa o hipossuficiente, por decisão unilateral, amargar prejuízos em razão da mudanças provocadas por um novo regramento que lhe atinge, inclusive, nos aspectos morais e espirituais.

14.4 POSSIBILIDADES DE DESCONSIDERAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO

Neste momento, a fim de que não possa parecer que defendemos uma posição incoerentemente radical, atentamos para o nosso entendimento quanto as situações que devem ser analisadas em determinados casos, onde se apresente a possibilidade de descon sideração

da condição de *legítima expectativa de direito* e, até a possibilidade da não consecução do direito almejado, mesmo diante da conclusão de todos atos parcelares.

Com vistas ao contexto do parágrafo inicial deste subitem, retornamos à matéria “Aprovado em concurso dentro das vagas tem direito à nomeação”, constante do site do Supremo Tribunal Federal, e utilizada no capítulo anterior, para observar nossa concordância com o entendimento do ministro Gilmar Mendes, quando o mesmo afirma que devem ser levadas em conta “situações excepcionalíssimas” que justifiquem soluções diferenciadas devidamente motivadas de acordo com o interesse público. “Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da administração de nomear novos servidores” salientou o relator.

Como já asseverado, também concordamos com a possibilidade de soluções inesperadas para determinadas situações, entretanto, como bem disse o ministro, estas dependem de circunstâncias não previsíveis somado ao fato de que o atendimento ao pretendido pelo cidadão, em razão de uma situação de *legítima expectativa de direito*, venha a propiciar um grande dano à sociedade como um todo.

Neste diapasão, mais uma vez, nos valem as palavras do ministro Gilmar Medes quando este afirma que tais situações devem apresentar as seguintes características: Superveniência - eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação de edital do certame público; Imprevisibilidade - a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias à época da publicação do edital; Gravidade - os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; Crises econômicas de grandes proporções; Guerras; Fenômenos naturais que causem calamidade pública ou comoção interna; Necessidade - a Administração somente pode adotar tal medida quando não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível.

Ainda, acrescentamos como passível de entendimento da validade na mudança, ou não atendimento, de regras preestabelecidas, em decorrência de um novo regramento jurídico quando tais alterações ocorrerem em favor do administrado ou da parte hipossuficiente nos contratos de adesão, sobremaneira, nas relações de emprego.

O relator avaliou a importância de que essa recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas seja devidamente motivada “e, dessa forma, seja passível de controle por parte do Poder Judiciário”.

Não é demais ressaltar que a exigência de motivação para a mudança nas regras preestabelecidas deve ser observada para todos os atos da Administração Pública, com o fito de que os administradores emprestem maior e melhor atenção aos atos por eles praticados, devendo, inclusive, sempre estarmos atentos para a necessidade de garantia jurídica, também, para os entabulamentos entre particulares.

O ministro Gilmar Mendes ainda salientou que as vagas previstas em edital já pressupõem a existência de cargos e a previsão de lei orçamentária, “razão pela qual a simples alegação de indisponibilidade financeira desacompanhada de elementos concretos tampouco retira a obrigação da administração de nomear os candidatos”. Desta forma, tonifica-se a pertinência das observações perpetradas no parágrafo anterior.

Segundo o ministro Celso de Mello, o referido julgamento “é a expressão deste itinerário jurisprudencial, que reforça, densifica e confere relevo necessário ao postulado constitucional do concurso público”.

Entretanto, com base na proposta desta peça científica, sempre observamos que a *segurança jurídica*, a necessidade de confiança, da *boa-fé* e, por conseguinte, respeito aos basilares mandamentos pertinentes à proteção da dignidade humana não devem se resumir, apenas, a um determinado fato ou situação do cotidiano coletivo.

Por sua vez, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha afirmou não acreditar “numa democracia que não viva do princípio da confiança do cidadão na administração”. Em torno desta afirmativa, podemos trazer à baila as palavras iniciais da Procuradora do Estado do Ceará-Brasil, Ludiana Carla Braga Façanha Rocha, que em conjunto com o professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e Procurador do Município de Fortaleza Ceará – Brasil, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, no trabalho intitulado “ A Administração Pública e o Princípio da Confiança Legítima”³⁴⁶ a respeito do tema, assim declaram:

³⁴⁶ Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32601-39843-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

O princípio da confiança legítima decorre diretamente da ideia de Estado de Direito e possui fundamental papel hermenêutico. Traz em si a necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que antijurídicos, desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. Pode, ainda, ser concretizado pela via reparatória, de caráter pecuniário, após a invalidação dos atos administrativos que se perpetraram no tempo. Embora não se encontre positivado expressamente, pode ser deduzido dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio. (ROCHA e DINIZ, 2011, p. 165).

Vale levar em consideração que as preleções contidas na citação retro citada vão além do que, em tese, estamos a defender, pois enquanto advogamos pelo direito à inalterabilidade dos termos e condições constantes de uma sucessão de atos parcelares configurados como *atos jurídicos perfeitos*, a nobre Procuradora Estadual defende a garantia do direito mesmo diante de atos administrativos antijurídicos, o que nas circunstâncias descritas também concordamos.

Para o ministro Marco Aurélio, “O Estado não pode brincar com o cidadão. O concurso público não é o responsável pelas mazelas do Brasil, ao contrário, busca-se com o concurso público a lisura, o afastamento do apadrinhamento, do benefício, considerado o engajamento deste ou daquele cidadão e o enfoque igualitário, dando-se as mesmas condições àqueles que se disponha a disputar um cargo”. Inclusive, como sempre estamos a observar, a preocupação em transformar o estágio de *Legítima expectativa de direito* em um Instituto com sede no texto constitucional visa garantir ao administrado a necessária *segurança jurídica* a fim de que, no hodierno cotidiano, não impulsionemos a comunidade para a convulsão social como reposta à inobservância dos aspectos apontados neste parágrafo.

O ministro Marco Aurélio ainda conclui, dizendo: “Feito o concurso, a Administração Pública não pode cruzar os braços e tripudiar o cidadão”. Caso contrário, isto é, não cabendo à Administração Pública a obrigação de pautar-se conforme as determinações que estabeleceu, com fulcro no poder que foi conferido pela sociedade, pode-se inferir que retroagimos ao Estado Absolutista.

Como vimos, desde o início do nosso trabalho, chamamos atenção para o fato de que se as regras preestabelecidas não forem devidamente respeitadas pelas partes, estaremos diante de um forte instrumento ensejador de *insegurança jurídica* e, no caso específico da gestão pública, a possibilidade de mudança ou não atendimento ao entabulado ao arbítrio do gestor, implicará em um enfático incentivo, entre outras mazelas, à irresponsabilidade administrativa.

Segundo Valter Shuenquener de Araújo, registramos que:

No Direito brasileiro, doutrina e jurisprudência ainda têm buscado solucionar os mais distintos conflitos relacionados com a violação de expectativas legítimas de particulares com base na multicitada dicotomia que separa os direitos adquiridos das expectativas de direito. De acordo com essa classificação, uma nova norma jurídica apenas estará autorizada a interferir em relações que, por se qualificarem como meras expectativas de direitos, ainda não se incorporaram definitivamente ao patrimônio de seus titulares. Dessa forma, o critério que tem sido utilizado para aferir se uma nova norma deve ter efeitos imediatos sobre certas relações jurídicas é extraído do caráter maior ou menor da aquisição de um direito pelo sujeito afetado. A separação entre os direitos adquiridos e as expectativas é, portanto, essencialmente orientada pelo momento de aquisição completa de um direito. (ARAÚJO, 2009, p. 66-67).

Não pretendemos que a garantia à proteção da *legítima expectativa de direito* seja uma maneira de se afastar qualquer possibilidade de análise para os casos que se apresentem com fatos considerados extraordinários, como na situação também trazida à baila pelo já citado professor Valter de Araújo, ao prelecionar que:

Em meados do século XIX, SAVIGNY já ensinava a diferença entre uma mera *expectativa de direito* e um direito adquirido. Um dos exemplos utilizados pelo professor alemão era o da alteração de uma lei que previa a maioridade aos 21 anos e que vem a ser majorada para os 25 anos. Após a alteração legal, o indivíduo menor de 21 anos não teria direito a ser considerado como de maioridade quando atingisse essa idade. Ele detinha uma mera *expectativa de direito* de se tornar maior aos 21 anos. Por sua vez, aquelas pessoas que já haviam completado 21 anos na vigência da lei antiga não perderão a maioridade, mesmo que contem com menos de 25 anos de idade. O contrário implicaria violação a um direito adquirido. SAVIGNY também diferenciava as meras expectativas de direitos dos direitos que, embora adquiridos, ainda não haviam sido exercidos. (ARAÚJO, 2009, p. 67).

Há de se entender que determinadas situações devem ser analisadas de *per si*. O que não se justifica é que em razão de situações excepcionais se generalize a agressão aos direitos do cidadão.

Não é justo, por exemplo, não se reconhecer, de forma pétrea, o direito adquirido das pessoas, sob a alegação de que se tal situação for assim estipulada, justificaria reconhecer o direito de não se libertar os escravos da época colonial porque os senhores escravocratas tinham direito adquirido sobre a liberdade e vida de outro ser humano.

Sendo assim, de pronto, cabe salientar que na época da escravidão o ser humano, nesta submissa condição, não era dotado de personalidade no sentido jurídico, isto é, existia na condição de *coisa*, de um bem material de propriedade alheia e, deste modo, não se

configurava na sociedade como um ente detentor de direitos e obrigações, e sim, apenas, como um “cão adestrado”, existia para cumprir, sem direito a análises, ordens do seu “dono”.

A professora Maria Helena Diniz, quanto à expressão personalidade jurídica, desta forma leciona:

Liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade.

A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. (DINIZ, 2003, p. 116).

Diante de tais preleções, não nos parece de bom tom, neste contexto, isto é, no âmbito que ora abordamos nesta peça de cunho científico, na atualidade, equiparar o ser humano com a espécie “coisa”.

O escravo não podia questionar direitos em seu próprio nome o que não é o caso das pessoas sob as considerações do mundo moderno e civilizado.

Desta forma, cada vez mais, encontramos justificativas para acreditar que nossa tarefa respalda-se em valores e circunstâncias que deixam extrapolar os sinais de dignificação incrustados nas defesas que perpetramos.

15 A EXPECTATIVA DE DIREITO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A expressão “direitos fundamentais” foi registrada em tópicos anteriores, inclusive, em alguns pontos, apresentando breves conceitos e, conseqüentemente, continuará sendo enunciada nos próximos.

Entretanto, diante do nosso objetivo de buscar a consolidação da *legítima expectativa de direito*, ainda, como matéria constitucional, o que, exemplificando, pontuamos, de modo específico no subitem 2.3.2 – O Direito Civil no Âmbito do Direito Constitucional, neste momento, também, se justifica retorno ao assunto, considerando que a referida condição, *legítima expectativa de direito*, como visto, pode ser constatada em situações pertinentes a outros ramos do Direito, se configurando, deste modo, a necessidade de advogarmos pelo seu *status de direito fundamental*.

A esse respeito, inicialmente, comungamos com o entendimento do professor Jorge Reis Novais quando o mesmo preceitua:

A discussão sobre o reconhecimento de uma natureza jusfundamental aos direitos sociais é um tema recorrente do Direito Constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, o que, atendendo à relevância material dos interesses envolvidos, não pode deixar de provocar alguma surpresa. De facto, se o que estivesse em causa fosse apenas a fundamentalidade, ou o grau de fundamentalidade, no sentido de importância ou relevância materiais relativas, de um determinado direito ou tipo de direitos, é óbvio que ninguém de bom senso recusaria, por exemplo, aos direitos à saúde ou à habitação condigna um idêntico ou até superior grau de fundamentalidade relativamente aquele que se reconhece comumente a direitos de liberdade como a liberdade de manifestação ou o direito à greve. Tratar-se-ia, em quaisquer dos casos referidos, de uma fundamentalidade tão indiscutível que dispensaria considerações suplementares.

O problema já se torna mais perceptível quando a discussão se desloca da questão da fundamentalidade para a própria existência de um direito e, mais ainda, de um direito fundamental, com as conseqüências jurídico-práticas que tal envolve. Concebidos, como todos os direitos fundamentais, enquanto direitos dirigidos primariamente *contra* o Estado ou face ao Estado, o reconhecimento de direitos sociais convoca, desde logo, a questão de saber se cabe nas funções constitucionais de um Estado de Direito dos nossos dias a de se obrigar juridicamente ao fornecimento aos cidadãos ou, pelo menos, aos mais carenciados, de prestações fácticas destinadas a promover, possibilitar ou garantir o acesso individual a bens económicos, sociais e culturais.

Para este problema nunca encontraríamos uma resposta consensual no plano político, de tão diversas e contrastantes são opiniões e convicções que a propósito se desenvolvem. (NOVAIS, 2010, p. 65).

Observando que tais direitos devem compor o texto constitucional, também entendemos que, quando nos referimos aos direitos sociais, estamos a falar de garantias que permitam, pelo menos, o essencial para o registro das condições mínimas com o fito de aceitável qualidade de vida. Neste contexto, atingimos os conceitos atuais (embora não os vivenciando, nas suas plenitudes, de modo fático) em atendimento às diversas inquietações populares. Assim, podemos nos reportar, por exemplo, a sequência que se expressa, na Europa Ocidental, através das implementações do Direito Civil, do Direito Político e, durante o século XX, do Direito Social.

No momento trazemos à tona assuntos que bem poderiam constar dos capítulos 6 – Efeitos da falta de proteção à expectativa de direito – e 7 – O desequilíbrio social e a insegurança jurídica –, mas que, em razão da defesa do enquadramento do objetivo central da tese em epígrafe como direito fundamental, consideramos de relevante importância abordá-los agora com a finalidade de, cada vez mais, respaldar a necessidade de que seja promovida a devida segurança jurídica, em favor dos administrados, para os atos legais pelos mesmos praticados.

Destarte, continuamos chamando atenção para o fato de que a insegurança jurídica atinge, de forma devastadora, justamente, os mais carentes da compreensão e das justas decisões dos governantes, pois os detentores do poder só em última instância, se isto ocorrer, serão atingidos pelos nefastos efeitos das atecnias do mundo do Direito.

Entre outras desventuras, até os castigos impostos pela natureza em resposta às agressões que o homem pratica contra o meio ambiente, implicando em secas, enchentes, poluição dos rios e mares, escassez de alimentos, etc., martirizam, em primeiro plano, os mais necessitados.

Somando-se aos fatores retro transcritos ainda se registra que o indivíduo tem de conviver com a incerteza da validade dos atos que, com base no ordenamento jurídico, pratica, situação na qual, mais uma vez, observamos, só se configura agressão para os legítimos direitos dos administrados hipossuficientes.

Por outro lado, no Brasil, por exemplo, enquanto é questionado o custo da Previdência Social com quem trabalhou por mais de trinta e cinco anos, convivemos com as notícias de corrupção, com valores em torno de vários bilhões de dólares, em empresa nacional. Também, registramos, como já exposto nesta peça, a cogitação para que seja concedida pensão vitalícia a chefes do Executivo que tiverem concluído apenas dois anos de mandato.

Como se não bastasse, governador de uma das unidades da federação brasileira, que se afasta do poder em 31 de dezembro de 2014, um dia antes, isto é, em 30 de dezembro do referido exercício, sanciona lei que no seu artigo primeiro reza: “Cessada a investidura no cargo de Governador do Estado, quem o tiver exercido pelo tempo mínimo de 04 (quatro) anos ininterruptos ou 05 (cinco) intercalados terá o direito de utilizar, de forma vitalícia, serviços de motorista e segurança, de sua livre escolha dentre os servidores do quadro de provimento permanente do Estado, designados, respectivamente, pela Secretaria de Administração e pela Secretaria da Segurança Pública.”. Tudo isto pago pelos cofres públicos.

Neste jaez é interessante acrescentar que conforme recente matéria do já citado periódico de grande circulação no nordeste brasileiro, o jornal A Tarde, de 10 de abril de 2015, na matéria intitulada “STF suspende pensão de ex-governadores”³⁴⁷, entre outros aspectos, registra-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal do Brasil de que tal medida é inconstitucional. Isto é, enquanto relações jurídicas, elaboradas sob a égide do ordenamento vigente, são desconsideradas em detrimento de legítimos interesses dos administrados hipossuficientes, os governantes advogam na busca de direitos que não encontram respaldo no texto constitucional.

³⁴⁷ O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu suspender o pagamento de pensão a ex-governadores do Pará. A maioria dos ministros entendeu que o benefício vitalício é inconstitucional. O caso chegou ao Supremo em 2011, pela Ordem dos Advogados do Brasil, mas estava parado por um pedido de vista do ministro Dias Toffoli.

A Constituição do Pará garante aos ex-governadores o recebimento vitalício de salário correspondente à remuneração do cargo de desembargador do Tribunal de Justiça local.

Tramitam no Supremo, pelo menos, nove ações sobre o mesmo assunto, relativas aos Estados do Acre, Mato Grosso, Rondônia, Rio de Janeiro, Paraíba, Rio Grande do Sul, Piauí, Sergipe e Paraná. O julgamento desta quinta-feira é referente apenas à situação do Pará e as demais ainda deverão ser analisadas pelo tribunal.

Ao retomar a discussão, ontem, o ministro Dias Toffoli entendeu que o pagamento da pensão poderia ser realizado, desde que o ex-governador comprovasse a necessidade econômica. Toffoli também estabeleceu uma ressalva: o benefício não poderia ser superior à remuneração do governador atual do Estado.

A relatora da ação, ministra Carmen Lucia, já havia votado em 2011. Na ocasião entendeu pela inconstitucionalidade do pagamento.

Para a ministra, o subsídio não é devido “a quem não mais trabalha no Estado”. Também entenderam que o pagamento é inconstitucional os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux. O ministro Teori Zavascki entendeu que, no caso concreto, não se verificava a possibilidade de pagamento. O presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski, apontou que não seria possível definir a questão de forma abstrata, devendo ser analisada caso a caso.

Já o ministro Marco Aurélio Mello apontou que a questão é de competência de legislação federal e não estadual. Por Maioria de votos, os ministros derrubaram o pagamento no Pará.

Caso Baiano: Em novembro do ano passado, a Assembleia Legislativa aprovou a criação de pensão vitalícia para ex-governadores. A polêmica Proposta de Emenda à Constituição (PEC) é de autoria do deputado Adolfo Menezes (PSD) e foi aceita por unanimidade dos deputados baianos.

Segundo o projeto, para ter direito ao benefício, os ex-gestores devem ter cumprido mandatos por quatro anos consecutivos ou cinco intercalados, além de contribuído por 30 anos para a Previdência Social.

O projeto prevê que os ex-governadores recebam pensão de cerca de R\$ 20 mil mensais. Em caso de morte, a viúva do gestor passará a ter o benefício. (STF suspende pensão de ex-governadores. Jornal A Tarde, Salvador-Bahia-Brasil, 10/04/2015, p. B5-Política).

No tocante à República de Portugal, a respeito do desequilíbrio social, podemos citar as palavras do professor António Maria M. Pinheiro Tores, isto é:

Um dos dramas do nosso tempo reside na pobreza, pura e simples: pobreza económica, material, moral, jurídica e perseguições religiosas.

Concluiremos que é impossível a prática da justiça em qualquer povo onde domine este drama que se vai alastrando por todo o mundo – pelo que se torna premente erradicar a pobreza.

Os pobres os mais fracos em saúde, em recursos, em apoios, os dominados pela lei da natureza, pela lei dos mais fortes, que naturalmente absorvem os mais fracos porque sujeitos aos princípios da seleção natural, sem qualquer apoio material ou psicológico

Os pobres, sem alimentos, sem apoios sanitários, sem assistência médica, os sem-abrigo, os idosos, os sem família ou famílias destruídas; Hoje os desempregados, os reformados a pobreza envergonhada e muitos deles integram a classe média.

As famílias, onde predomina o divórcio, as uniões conjugais, o aborto, a violência em geral e a violência doméstica em especial. Todos estes males terão de ser eliminados para que a justiça se imponha.

Para que a justiça passe a vigorar nas atuais civilizações, que por demais avançadas tecnicamente e cientificamente parece serem completamente subjugadas, a favor dos mais poderosos.

Daqui naturalmente o aumento da criminalidade e por estranho que pareça a inerente corrupção entre os mais poderosos politicamente, economicamente, e socialmente.

Aqui reside a atual crise resultante de um liberalismo arrogante, de uma democracia liberal que nos levou a um capitalismo desordenado.

Fruto de uma democracia liberal, que serviu e serve mais os ricos que os necessitados. Mais o capitalismo que o (socialismo cristão) ou (estado social).

Pobreza e desigualdade sociais estão a agravar-se em Portugal e na Europa e crescem escandalosamente.

Após o neoliberalismo preste a esgotar-se e a globalização tão ao agrado dos atuais políticos deve ser regulada com regras éticas e até ambientais. Dar autoridade ao Estado e não só aos privados. (TORRES, 2014, p. 81-82).

A despeito de o presente capítulo ter designação pertinente aos direitos fundamentais, como se observa, as informações nele constantes, no início, referem-se aos direitos sociais, estes espécies daqueles. Neste jaez, continuamos nos reportando às palavras da professora Cristina Maria Machado de Queiroz quando, no seu compêndio “Direitos Fundamentais”, no tópico intitulado “O Estado Social”, informa:

Os direitos fundamentais inerentes à Constituição apresentam-se como um determinado “sistema cultural ou de valores” de um Povo. Não excluem os direitos sociais. Estes assinalam, no século XX, a passagem do Estado de mera “função protectiva” e “garantidora” a uma “função promocional”.

É na Estado social, constitucionalizado pela cláusula do “Estado de direito democrático” do artigo 2.º da Constituição, que se impõem “mandatos de actuação” aos poderes público, descrevendo, ao mesmo tempo, “deveres de protecção” a cargo do Estado. É assim que, nos termos do disposto no artigo 2.º da Constituição: “[a] República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e

interdependência de poderes, visando a realização da democracia participativa. (QUEIROZ, 2010, p. 199).

O já referido professor Jorge Novais, como a confirmar a relação entre os direitos sociais e os fundamentais, preceitua:

Apesar de a Constituição portuguesa ter optado pela consagração expressa de um vasto elenco de direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, são escassas ou contraditórias as consequências normativas que se têm retirado de tal opção. Ao longo de mais de três décadas de vigência da Constituição, o *tom* geral da caracterização doutrinária e jurisprudencial dos direitos sociais tem sido marcado por uma evidente secundarização, como se aquela afirmação constitucional, todavia inequívoca, não passasse de uma proclamação política ou de mero cumprimento retórico de um ritual politicamente correcto, mas dogmaticamente inconsequente. (NOVAIS, 2010, p. 9).

A Constituição da Espanha, no artigo 10 “Derechos de la persona”, constante do Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, nos números 1 e 2, assim determina:

Constitución Española

Art. 10 (Derechos de la persona)

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Não é despidiendo acrescentar, para as futuras e imediatas observações, os preceitos contidos nos artigos 9º e 53.1, do referido Diploma Maior da Espanha, isto é:

Constitución Española

Art. 9º (Respeto a la Ley, libertad y igualdad e garantías jurídicas)

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Artículo 53. (Tutela de las libertades y derechos)

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

O referido artigo 161 da Constituição da Espanha, previsto no artigo 53, mais seu número 1 alínea “a”, assim dispõe:

Artículo 161.(Competencia del Tribunal Constitucional)

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

Na Carta Magna de Portugal, no Título II da sua Parte I, registramos os “Direitos, liberdades e garantias” e no capítulo I deste Título temos o seguinte conjunto “Direitos, liberdades e garantias pessoais” deixando claro, nesta segunda exposição uma primeira especialização das garantias.

No artigo 288º, do retro diploma constitucional, que se refere aos “Limites materiais da revisão” combinado com a alínea “d”, temos: “As leis de revisão constitucional terão de respeitar: “d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;”

Como se pode depreender carecemos de maiores especulações para delimitar com precisão, mesmo de modo exemplificativo, o conjunto das várias espécies de direitos fundamentais, inclusive para, também, podermos definir, no cotidiano, as situações protegidas pelas regras da irretroatividade.

Neste ponto nos valem das observações do professor Ingo Wolfgang Sarlet quando, em torno da Constituição Federal do Brasil, na matéria “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988”³⁴⁸, assim preleciona:

³⁴⁸ Matéria veiculada na Internet “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos 20 anos da Constituição Federal de 1988: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf

O tratamento jurídico diferenciado de ambos os grupos de direitos fundamentais constitui, sem dúvida, um dos marcos caracterizadores da posição reforçada que os direitos, liberdades e garantias assumiram em relação aos direitos sociais no âmbito do constitucionalismo lusitano. Neste sentido, v., dentre tantos, José Casalta Nabais, “Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa”, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, nº400 (1990), p. 21 e ss.

Este tratamento diferenciado também se pode encontrar na Constituição Espanhola de 1978, na qual a parte significativa dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional está prevista no capítulo dos “principios rectores de la política social y económica”, que, por sua vez, não se encontra ao abrigo do princípio da aplicabilidade imediata dos “derechos y libertades” consagrado no artigo 53.1. Com isto, não se está negando, aos princípios da ordem económica e social, o carácter jurídico-normativo, já que, de acordo com o artigo 9º, 1, da Constituição Espanhola “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, princípio que se aplica a todas as normas constitucionais. Todavia, reconhece-se – a exemplo do que leciona Francisco Fernández Segado, “La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales em la Constitución Española de 1978 y su Interpretación por el Tribunal Constitucional”, in: *Revista de Información Legislativa* nº 121 (1994), p. 80, que o valor normativo da Constituição “necesita ser modulado en lo concerniente a los principios rectores de la política social y económica.” (SARLET, 2008).

Continuando, trazemos a lume que a Constituição da República Federativa do Brasil no seu Título II registra: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, neste, contém o Capítulo I, dedicado ao tópico “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e o Capítulo II, dedicado ao tópico “Dos Direitos Sociais”.

No artigo 60 da referida Carta Magna estão expressos os modos pelos quais esta poderá ser modificada em razão de Emenda e, no parágrafo 4º, inciso IV do referido artigo, temos: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:” “IV – os direitos e garantias individuais.”

Como visto, na divisão dos “direitos fundamentais”, em tese, os denominados “direitos sociais”, nos ordenamentos de Portugal e do Brasil, por exemplo, fazem parte do conjunto que apresenta como elementos prerrogativas que não possuem a proteção constitucional de inalterabilidade.

Com a inclusão de outros aspectos a serem analisados a professora Cristina Queiroz, a respeito do que ora abordamos, assim define:

Os direitos fundamentais apresentam-se, genericamente, como *limite* ao poder público, e ainda como *fim* da própria actividade público-estadual (“política dos direitos fundamentais”). A *dignidade da pessoa humana* (artigo 1.º da Constituição) como “princípio constitucional supremo” apresenta-se como “fundamento” da sociedade e do Estado, isto é, como “norma jusfundamental” e como “direito jusfundamental”. Numa palavra, como “compromisso fundamental do Estado”.

Perante este quadro, é usual distinguir-se os “direitos constitucionais”, de um lado, das simples “pretensões” e “expectativas”, do outro, isto é, aquilo que os norte-americanos designam por “constitutive commitments”.

Alguns afirmam que as pretensões e as expectativas não constituem “direitos” verdadeiros e próprios. Outros referem a existência de um feixe de direitos que não são “fixos”, antes evoluem com o decurso do tempo. De todo o modo, trata-se de direitos amplamente aceites pela comunidade e que não podem como tal ser eliminados sem uma mudança fundamental na compreensão social.

Esses direitos são genuinamente “constitutivos” (*constitutive*) de outros direitos no sentido em que ajudam a criar – ou constituem mesmo – valores básicos da Sociedade. Mas são também “compromissórios” (*commitments*) no sentido em que aspiram a desfrutar de um grau de estabilidade no tempo. A sua violação corresponde a uma espécie de quebra ou ruptura da relação de confiança (*trust*) que deve presidir às relações entre governantes e governados, numa palavra, uma violação do “princípio da protecção da confiança” próprio de um Estado de Direito democrático e constitucional.

Nesta ordem de considerações, quer os “direitos constitucionais”, isto é, aqueles que independentemente de se encontrar ou não inscritos (enumerados) na Constituição, são garantidos por um “interesse prevalente”, quer os “constitutive commitments”, devem ser distinguidos dos “direitos” e “interesses” garantidos pelo direito ordinário infra-constitucional ou mesmo das simples “políticas públicas” (*policies*) de direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais.

Os cidadãos gozam do “direito” à liberdade de expressão, liberdade de religião, de iniciativa económica, de propriedade, etc., mas não necessariamente à ajuda e protecção do Estado. Estes conceitos, que espelham direitos e liberdades básicos, não se encontram dependentes de noções “confusas” ou de “conteúdo variável”, designadamente de “direitos negativos” ou “positivos”, mas de uma “posição de princípio” sobre o que realmente constitui um “direito fundamental”.

Sob este ponto de vista, os direitos devem ser vistos, em primeira linha, como instrumentos de “protecção de interesses humanos fundamentais”. Daí a importância da distinção entre os “direitos”, de um lado, e os “interesses”, do outro, decorrente da tradição ocidental do Direito Natural e das teorias do contrato social.

A esta luz, quer se entenda as “pretensões” como “direitos”, meros “interesses” ou simples “expectativas”, o certo é que estas se foram sedimentando na consciência jurídica geral de tal sorte que se apresentam como “direitos complementares”. Se se quiser, numa outra terminologia, como “expectativas constitucionais”, isto é, aquilo que os cidadãos têm “direito” a esperar da Sociedade.

Ainda assim, muitas das disposições relativas aos direitos fundamentais não se referem a “direitos” na acepção rigorosa do termo. Referem-se, antes, a “tarefas” e “finalidades/responsabilidades” do Estado, sem cuidar de especificar se os cidadãos gozam em relação a estas normas de um “direito à protecção” de determinadas pretensões ou interesses constitucionalmente garantidos.

Esta relação entre a “função” e a “situação social” dos direitos tem consequências na interpretação e aplicação desses direitos e liberdades ao caso particular. (QUEIROZ, 2010, p. 281-283).

No texto que acabamos de transcrever registramos, com ênfase, que a dignidade da pessoa humana deve ser tratada como um compromisso “fundamental” do Estado.

Podemos também depreender que as “expectativas” na condição de direitos “constitutivos”, quando violadas, implicam, entre outras situações prejudiciais, numa agressão ao “princípio da protecção da confiança”.

Deste modo, entendemos que a situação de *legítima expectativa de direito*, em se tratando da Constituição portuguesa, deve ser inserida no texto supremo no conjunto dos

“direitos, liberdades e garantias dos cidadãos” e no caso da Carta Magna brasileira no conjunto dos “direitos e garantias individuais”.

Os demais aspectos, quanto aos procedimentos para alteração constitucional, dentro do escopo cabível, são expostos no subitem seguinte.

15.1 A EXPECTATIVA DE DIREITO NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Ultrapassadas as questões quanto à necessidade de garantia de imutabilidade dos termos e condições da *legítima expectativa de direito*, o que necessariamente implicou na análise de conceitos ligados a sociologia, filosofia e, sobremaneira, de conceitos ligados à doutrina e ordenamento jurídicos, continuamos em relação às últimas, na busca, dentro dos seus específicos contextos, da melhor forma de como objetivar a devida proteção ao instituto que ora definimos como *bem jurídico*, sub classificado na condição de “bem antecedente”, em razão da *legítima expectativa de direito* se configurar como estágio anterior e necessário para a aquisição, na maioria das situações, do direito subjetivo pretendido, quando então configurar-se-á o denominado direito adquirido.

Foi incansavelmente combatida, no decorrer deste trabalho, a possibilidade da utilização de uma nova Lei para atingir fato pretérito em detrimento do direito de uma das partes intervenientes nos mais diversos atos jurídicos decorrentes de igualmente múltiplas relações do gênero.

A ordem constitucional portuguesa busca evitar a retroatividade da norma em prejuízo do cidadão quando no seu artigo 18.º N.ºs 2 e 3:

Artigo 18.º (Força jurídica)

1. (...)

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeitos retroactivos nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Na ordem constitucional brasileira, tais premissas encontram-se previstas através do que preceitua o artigo 5º, inciso XXXVI:

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:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Mas, como visto nos dois ordenamentos, por exemplo, não vislumbramos de modo claro e de forma objetiva, a proteção à *legítima expectativa de direito*, situação esta, já por diversas vezes, conceituada nesta obra.

Destarte, propomos que o instituto *legítima expectativa de direito*, neste contexto, galgue posição no texto constitucional e, como já defendido, no conjunto das normas que fazem referências aos direitos, deveres e garantias individuais.

Na Carta Magna portuguesa nos reportamos a sua parte I, que versa sobre Direitos e Deveres Fundamentais, e, de modo mais específico, no conjunto “Dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos” implicando em acréscimo ou alteração na redação do Capítulo um do Título II da Parte 1.

Na Carta Constitucional da República Federativa do Brasil estamos a nos referir ao Título II – dos Direitos e Garantias Individuais, Capítulo I – dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, onde no inciso XXXVI do artigo 5º, deverá se registrar nova redação de forma que conste a expressão “*os termos e condições da legítima expectativa de direito*”.

Destarte, a proposta é que, na citada disposição constitucional, se apresente a seguinte determinação: “A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e os termos e condições da legítima expectativa de direito.”

Evidente que a proposta implicará na mudança, em razão de acréscimo, do texto da Carta Magna, o que só poderá ocorrer através de Revisão ou Emenda Constitucional³⁴⁹.

³⁴⁹ Sobre o tema “Revisão Constitucional” o professor José Fontes (Teoria Geral do Estado e do Direito. Coimbra Editora, 4. Ed., 2014, o. 257-260) assim expõe:

“Este processo tem algumas especificidades no que respeita, em primeiro lugar, ao momento do seu exercício, já que a revisão constitucional ordinária pressupõe, em Portugal, um lapso de tempo de cinco anos, contados a partir da data da publicação da última lei de revisão constitucional ordinária, atento o disposto no artigo 284.º, n.º

Em se tratando do ordenamento português, para o processo de Revisão Constitucional, devem ser seguidos os mandamentos previstos nos artigos que compõem o Título II (Revisão Constitucional), da Parte IV do Diploma Supremo (Artigos 284.º a 289.º)³⁵⁰.

1, da Constituição. Este limite temporal poderá, no entanto, ser ultrapassado se a Assembleia da República deliberar assumir, mediante a aprovação de uma resolução, poderes extraordinários de revisão constitucional. Esta revisão extraordinária pressupõe uma deliberação pela maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções, isto quer dizer que, com o voto favorável de 184 Deputados em efetividade de funções, isto quer dizer que, com voto favorável de 184 Deputados, pode a Assembleia da República assumir poderes constitucionais derivados, nos termos do artigo 284.º, n.º 2, da Constituição, qualquer momento.

Um segundo tipo de limites a observar são os formais ou processuais e têm que ver igualmente com a iniciativa, já que só os Deputados é que têm legitimidade para apresentar projetos de revisão constitucional, ou seja, não podem existir propostas de revisão constitucional, isto atento o disposto no artigo 285.º, n.º 1, da Constituição. Os limites formais acarretam ainda, quanto à aprovação de qualquer alteração a uma norma constitucional, a obrigação de a mesma ser aprovada por uma maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções, atento o consagrado no n.º 1 do artigo 286.º da Constituição. Quanto à promulgação, o que resulta do artigo 286.º, n.º 3, da Constituição é a insuscetibilidade de o Presidente da República poder recusar a promulgação de uma lei de revisão, ou seja, estamos perante aquilo a que os autores designam de promulgação obrigatória. Como vimos anteriormente, a regra no nosso Direito é a da promulgação livre, ou seja, o Presidente da República pode optar por promulgar, exercer o direito de veto político ou requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade. Esta imposição constitucional contraria esta regra. Quanto ao prazo para a promulgação do decreto de revisão dever-se-á, segundo o entendimento corrente da Doutrina, aplicar por analogia o disposto no artigo 136.º, n.º 1, do texto constitucional, o que equivale a dizer que o Presidente da República dispõe do prazo de 20 dias a contar da data da receção do decreto de revisão para o promulgar. Este ato de promulgação é, como estudámos anteriormente, um ato vinculado do Presidente da República.

Para além disso, a Lei Constitucional que consagrar as alterações à CRP deve inserir depois das alterações o texto global da Constituição, isto é, deve reunir de forma sistemática a nova versão do texto constitucional resultante do processo de revisão.

O legislador constituinte derivado está ainda vinculado, nos termos do disposto no artigo 289.º da CRP, a limites circunstanciais já que não é possível a prática de qualquer ato de revisão constitucional durante a vigência do estado de sítio ou do estado de emergência, isto é, na pendência de suspensão de exercícios de direitos, liberdades e garantias constitucionais consagrados, nos termos do artigo 19.º da Constituição.

Como estudámos a propósito das revisões constitucionais, a câmara legislativa, ao assumir poderes de revisão constitucional, está obrigada por limites materiais, de natureza substantivas, onde se delimitam aqueles princípios que têm de ser acatados pelo poder constituinte derivado, isto é, pela Assembleia da República, que discute e aprova uma revisão, já que a lei de revisão não poderá deixar de respeitar esses princípios e normas consagradas como limites materiais consagrados, hoje em dia, nos termos do disposto no artigo 288.º da CRP.

Quanto a este tipo específico de limites, não podemos deixar de referir, mais uma vez, a posição assumida por JORGE MIRANDA, que sempre defendeu, através do instituto da *dupla revisão*, a revisibilidade dos mesmos. Ou seja, primeiro promove-se a revisão do limite e posteriormente poder-se-á proceder à alteração desejada das restantes normas, cuja revisibilidade era limitada pelo limite material que já não se encontra em vigor por haver sido revisto. Por isso, o instituto se designa *dupla revisão*: terão de ocorrer duas revisões; a primeira ao limite e depois à norma cuja revisão estaria limitada. Importa sublinhar, no entanto, que se duvida da possibilidade de aplicação deste mecanismo a todos os limites materiais constitucionalmente previstos pela relevância estrutural que alguns têm no próprio texto da CRP.

Uma última consideração para salientar o facto de a lei de revisão constitucional ser, na expressão de ANTÓNIO VITORINO, (...) a soma das propostas de alteração que tenham merecido o apoio da maioria especialmente qualificada que a Constituição requer para a sua aprovação.”

³⁵⁰ Constituição da República portuguesa.

Título II - Revisão constitucional.

Artigo 284.º - (Competência e tempo de revisão)

1. A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária.

2. A Assembleia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções.

Artigo 285.º - (Iniciativa da revisão)

No caso da alteração do texto constitucional brasileiro, as regras a serem observadas são as constantes do artigo 62³⁵¹ da pertinente Carta Magna.

1. A iniciativa da revisão compete aos Deputados.

2. Apresentado um projecto de revisão constitucional, quaisquer outros terão de ser apresentados no prazo de trinta dias.

Artigo 286.º - Aprovação e promulgação

1. As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.

2. As alterações da Constituição que forem aprovadas serão reunidas numa única lei de revisão.

3. O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão.

Artigo 287.º - Novo texto da Constituição

1. As alterações da Constituição serão inseridas no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários.

2. A Constituição, no seu novo texto, será publicada conjuntamente com a lei de revisão.

Artigo 288.º - Limites materiais da revisão

As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

a) A independência nacional e a unidade do Estado;

b) A forma republicana de governo;

c) A separação das Igrejas do Estado;

d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;

e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;

f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;

g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista;

h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;

i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;

j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;

l) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas;

m) A independência dos tribunais;

n) A autonomia das autarquias locais;

o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.

Artigo 289.º - Limites circunstanciais da revisão

Não pode ser praticado nenhum acto de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência.

³⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

III - reservada a lei complementar; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

Trazermos a lume, mais uma vez, informações sobre aspectos constitucionais que devem ser observados no que é pertinente à proteção constitucional que requeremos para o “instituto”, tema da nossa tese, com a finalidade de, através de outras argumentações, consubstanciarmos as premissas que defendemos.

Assim, como apoio didático, transcrevemos as palavras do professor Marcelo Galante, quando em torno do assunto *Poder Constituinte Derivado Reformador*, tece os seguintes comentários:

Poder Constituinte Derivado Reformador. É o poder que altera as normas constitucionais. A atual Constituição do Brasil prevê duas hipóteses desse tipo de alteração:

a-Revisão constitucional - Prevista no artigo 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, já foi realizada, cinco anos após a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, exigindo-se apenas maioria absoluta para amplas modificações no texto constitucional, conforme estabelecido pelo Poder Constituinte Originário.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)

b-Emendas à Constituição - Como essas modificações são a exteriorização do Poder Constituinte Derivado, encontram limites dispostos pelo Poder Constituinte Originário, consagrados no artigo 60 da Constituição Federal do Brasil.

O primeiro limite é de ordem procedimental. O *caput* do referido artigo prevê a possibilidade de emenda constitucional, mas apenas mediante proposta:

- de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (natureza coletiva);
- do Presidente da República (natureza singular);
- de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (natureza coletiva).

O § 2º do artigo 60 dispõe sobre os limites procedimentais relativos à votação.

A proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional (Câmara e Senado), em dois turnos necessitando, para ser aprovada de três quintos dos votos dos membros de cada Casa. Logo, uma emenda só será aprovada se votada quatro vezes por três quintos da maioria absoluta. É por isso que a Constituição de 1988 é considerada rígida – o *quorum* para alteração é mais rígido e solene que as formas de alteração de normas infraconstitucionais.

No § 3º do artigo 60, há o limite procedimental quanto à promulgação. A emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado. Dessa maneira, não existe veto presidencial em emenda à Constituição.

Além desses limites procedimentais, existem os limites circunstanciais, presentes no § 1º do aludido artigo.

A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Já o § 5º do artigo 60 estabelece limites temporais.

A emenda constitucional rejeitada não pode ser novamente proposta na mesma sessão legislativa.

Cumprir lembrar que a sessão legislativa corresponde ao ano civil e que uma legislatura equivale a quatro sessões legislativas.

Existem ainda os limites matérias, dispostos no § 4º do mesmo artigo.

Como visto anteriormente, determinadas matérias não podem sequer ser objeto de deliberação de emenda tendente a abolir: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias fundamentais. Trata-se de cláusulas pétreas.

Forma federativa. Assegura a autonomia dos Estados membros da Federação, a capacidade de auto-organização com Constituições próprias (art. 25, CFB).

Voto direto, secreto, universal e periódico. Portanto, proposta de emenda que torne o voto facultativo é plausível, pois não se encaixa em nenhuma das características do voto elencadas no inciso II do § 4º do art. 60 da Constituição Federal do Brasil.

Separação dos poderes. O poder é uno, mas suas funções são tripartidas entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CFB).

Não pode haver emenda abolindo um dos poderes ou mesmo retirando competência originária de um poder e delegando-a a outro, pois tal emenda tenderia a abolir a separação dos poderes.

Direitos e garantias fundamentais. São os direitos individuais (art. 5º, CFB), os direitos sociais (art. 7º, CFB) e os direitos políticos (arts. 13 e segs., CFB).

Cumprir lembrar que os direitos individuais consagrados no artigo 5º são cláusulas pétreas e, portanto, nunca poderão ser modificadas pelo poder constituinte derivado. (GALANTE, 2005, p. 35-36).

Utilizando-nos das informações retro transcritas e nos pautando com base nas observações de que os *atos parcelares* de uma determinada situação jurídica, quando pautados pela legitimidade, são equivalentes a *atos jurídicos perfeitos* e em seguida, mais uma vez, nos debruçando nas determinações preceituadas no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição

Federal do Brasil – constante do Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) inserido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) que rezam: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o *ato jurídico perfeito* e a coisa julgada;” – e, após os citados procedimentos, conjugarmos as informações computadas com a dicção do parágrafo 4º do artigo 60 da referida Carta Magna, *caput* do parágrafo mais seu inciso IV, que determinam: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais.” repetimos que indubitavelmente desembocaremos no entendimento de que (como, por outros meios já definimos), ao não ser garantida, em razão de um novo regramento legal, a imutabilidade das condições e termos definidos em uma relação ensejadora de uma situação de *legítima expectativa de direito*, pelo menos com vistas aos preceitos do ordenamento positivo brasileiro, direitos e garantias fundamentais, de modo, no mínimo, reflexo, estão a ser desconsiderados. O mesmo acontecendo no que se refere as disposições constantes do artigo 18º da Constituição de Portugal.

Convém, por oportuno, lembrar que ocorrências causadoras de insegurança jurídica indiscutivelmente geram, como já visto, agressão a outros basilares princípios do Direito, como, por exemplo, agressão ao princípio da confiança, agressão ao princípio da boa-fé e assim por diante.

A cotidiana convivência com esta situação desenvolve no indivíduo atingido pelos efeitos retro citados uma sensação de desprestígio ao ver desrespeitadas suas mais legítimas aspirações. Sendo assim, não se tem como negar que no íntimo o mesmo se sente ofendido, ou seja sua dignidade está sendo atingida. Destarte, garantir inalterabilidade para os atos que são de forma legítima constituídos é premissa que deve anteceder o que pode parecer benesse legislativa, haja vista que o Direito deve existir em razão da existência humana e não vice-versa. Nesta mesma direção podemos trazer à superfície palavras do professor J. J. Canotilho quando o mesmo no contexto da proteção dos direitos através de cláusulas constitucionais de não revisão, assim discorre:

Se os direitos, liberdades e garantias podem ser objecto das leis de revisão, coloca-se o problema de saber em que medida a declaração de irrevisibilidade é um método dogmaticamente útil de protecção dos direitos fundamentais. Ora, o núcleo essencial ou os núcleos essenciais resistem às lei de revisão não porque as cláusulas constitucionais de irrevisibilidade os considerem invioláveis e intransponíveis mas porque eles não podem deixar de ser intangíveis dado o seu carácter de direito superior constitutivo de nossa identidade jurídico-cultural. (CANOTILHO, 2004, p. 142).

Os demais aspectos doutrinários em torno dos conceitos e procedimentos pertinentes aos assuntos ligados à mudança constitucional, fogem ao escopo deste obra, haja vista que a nossa proposta foi mostrar a pertinência do estudo de institutos do Direito Civil que estão presentes na construção dos *atos jurídicos perfeitos*, conforme dicção do ordenamento brasileiro ou dos atos que devam ser enquadrados no conjunto dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, conforme disposição da Constituição de Portugal, os quais em sucessão preestabelecida configuram a *legítima expectativa de direito* situação por nós defendida como sendo um *bem jurídico* e, por conseguinte, detentora do direito à garantia de imutabilidade dos seus termos e condições quando por vontade unilateral da Administração Pública ou da parte economicamente dominante na avença, seja originada modificação que propicie prejuízo para o administrado ou para aquele que, na específica relação jurídica, é o hipossuficiente, pois como várias vezes externado, os efeitos da má construção das normas jurídicas, entre outras situações, atingem, em primeira mão, os componentes que estão situados na base da pirâmide social.

16 A EXPECTATIVA DE DIREITO SOB A ANÁLISE SOCIAL

Como previsto, aplicamos questionários junto a um determinado público alvo para levantarmos dados relacionados à percepção, entendimento e reação dos entrevistados no que concerne a específicos pontos ligados a situação de *expectativa de direito*.

Tal instrumento de pesquisa abordou aspectos quanto à faixa etária, sexo, estado civil, perfil socioeconômico, atividade econômica e vínculo profissional dos entrevistados.

Nas questões específicas, foram levantados dados no tocante aos prejuízos porventura ocorridos em virtude de um novo regramento jurídico, elementos motivadores das ocorrências, sentimento diante de tais circunstâncias, entre outras questões.

Chamamos atenção, neste ponto, para o fato de o quantitativo de pessoas ouvidas nesta pesquisa não pode ser utilizado como determinante para afirmação sobre a percepção de todo um conjunto populacional, haja vista que a amostra utilizada não foi definida com fulcro em um levantamento científico no campo estatístico, entretanto entendemos que os resultados demonstrados servem, no mínimo, como indicativos de que a situação em estudo carece de melhor apreciação no cotidiano das relações jurídicas da atualidade.

Assim, nos propomos a comentar o resultado da pesquisa de campo, na qual, como asseverado, utilizamos questionários que foram aplicados para um grupo de cem pessoas integrantes de um universo, da área jurídica, composto de estudantes, professores, promotores e magistrados.

Também observamos que, para as expressões percentuais, foram desprezados os decimais, e, ao nos referir ao vocábulo Estado, estamos a utilizar tal palavra em sentido amplo, isto é, Municípios, Estados-membros da Federação e União, o mesmo ocorrendo com as expressões “poder estatal”, “poder governamental” e outras afins.

Desta forma, na amostra, objeto da pesquisa, em razão das respostas obtidas, pontuamos os seguintes aspectos:

a- 68% (sessenta e oito por cento) dos entrevistados tem idade igual ou abaixo de 40 (quarenta) anos;

b- 67% (sessenta e sete por cento) da amostra são compostas de pessoas solteiras;

c- 44% (quarenta e quatro por cento) dos entrevistados são estudantes;

d- 62% (sessenta e dois por cento) dos entrevistados possuem renda inferior a cinco salários mínimos;

e- 43% (quarenta e três por cento) dos entrevistados apresentam vínculo profissional com as esferas governamentais (Federal, Estadual e Municipal).

Em sequência aos comentários atinentes à pesquisa, neste ponto em análise, observamos que a amostragem, conforme se configura, apresenta um significativo contingente de pessoas jovens e, por conseguinte ainda não definidas no campo profissional ou, no mínimo, pode-se afirmar que estas ocupam postos de trabalho que apresentam remuneração com reduzido poder aquisitivo.

Mais adiante, analisando os dados obtidos em decorrência de questionamentos que permitiram múltiplas respostas para uma mesma pergunta, catalogamos que 92% (noventa e dois por cento) das mesmas indicam que os entrevistados tiveram prejuízos decorrentes de situações que registram vínculos com o Poder Público relativos: ao direito de aposentadoria, ao recebimento de créditos junto ao Estado, a não nomeação em cargo público e às perdas em contrato público.

Soma-se às questões descritas, o fato de que tais prejuízos oficializaram-se em decorrência de atos oriundos do próprio poder estatal distribuídos nas seguintes situações e percentuais: nova Emenda Constitucional, 13% (treze por cento); mudança ou surgimento de Lei Federal, 9% (nove por cento); mudança ou surgimento de Lei Estadual, 9% (nove por cento); mudança ou surgimento de Lei Municipal, 2% (dois por cento); influência de nova lei em contrato particular, 10% (dez por cento); influência de nova lei em contrato público, 17% (dezessete por cento).

Ainda, foram contabilizados um percentual de situações prejudiciais aos direitos dos entrevistados que somaram 40% (quarenta por cento) e que os mesmos não souberam identificar com precisão o ato motivador.

Em razão do relatado em parágrafo anterior, a pesquisa também mostra o enfático afloramento de sentimentos negativos (descrença na segurança das normas jurídicas, revolta em razão da insegurança das normas jurídicas, impotência diante dos atos dos órgãos públicos, impotência diante do poder econômico) os quais somados, equivalem a um percentual de 68% (sessenta e oito por cento) das respostas contra apenas 20% (vinte por cento) de demonstração de crença na atividade do judiciário, um dos poderes do Estado.

No que concerne à aplicação e eficácia de nova norma jurídica, 82% (oitenta e dois por cento) das opiniões, assim se distribuem: 49% (quarenta e nove por cento) defendem que “Devem-se considerar os atos legais praticados, em andamento, para a obtenção de um determinado direito” e 33% (trinta e três por cento) defendem que a nova norma “Só deve ser aplicada no estabelecimento de futuras relações jurídicas”.

Como visto, a enfática maioria dos entrevistados não entende como cabível a possibilidade do novo regramento atingir os *atos jurídicos perfeitos* praticados para aquisição de um bem futuro, contra apenas 9% (nove por cento) que entendem, quanto a um novo regramento, que “Podem-se desconsiderar os atos legais praticados, em andamento, para a obtenção de um determinado direito”, tudo levando a crer que possivelmente, em razão de falta de conhecimentos específicos sobre a matéria em discussão, o entrevistado não alcançou o âmago da questão.

Tal situação, isto é, o desconhecimento sobre o assunto, por parte de acadêmicos e até por parte de operadores do Direito, nos impulsiona, cada vez mais, para maior aprofundamento e enfática publicidade a respeito do tema em comento.

Quanto ao entendimento de como deve ser considerada a *expectativa de direito* em relação à defesa de direitos e garantias individuais e coletivas, face às modificações resultantes da elaboração legislativa ou de mudanças contratuais, registramos que 42% (quarenta e dois por cento) das opiniões defendem que tal estágio para a aquisição do direito subjetivo em fase de concretização, deve corresponder a “Um *bem jurídico*, por conseguinte, protegido pelas normas de Direito”, isto é, assim como uma casa ou automóvel que são bens patrimoniais, a honra e imagem que são bens personalíssimos, são devidamente protegidos pelo Direito Positivo em razão da condição de bens jurídicos, quase metade dos entrevistados entendeu pela plausibilidade de se estender tal proteção para os termos e condições que são preestabelecidos para futura aquisição de um determinado Direito Subjetivo.

Ainda, 11% (onze por cento) defendem que estamos diante de uma “Situação provisória sem direitos, mas com garantias”. Tal entendimento encontra ressonância com as observações que perpetrarmos em boa parte desta obra científica, ou seja, não estamos a defender que durante a situação de *expectativa de direito*, possa qualquer das partes intervenientes da avença, requerer o direito futuro pretendido como se já adquirido se configurasse.

Sendo assim, advogamos pela *segurança jurídica* para as partes no sentido de que as regras definidas não possam ser, em prejuízo do hipossuficiente, modificadas pelo Poder Pública ou por outra parte dominante na relação.

Não é demais sempre observar que casos excepcionais, como situação de guerra, surgimento de nova carta constitucional, etc., autorizam análises especiais.

Somando-se os percentuais relativos às duas últimas respostas que, neste momento, analisamos, registramos um total de 53% (cinquenta e três por cento) das respostas contabilizadas para tais questões e posicionamentos.

Em contra partida, registramos, ainda, 10% (dez por cento) dos entrevistados que defendem ser a condição de expectativa de direito uma “Situação provisória sem direitos nem garantias”, o que, indubitavelmente, mais uma vez, mostra a enfática necessidade de desenvolvermos explicitações, cada vez mais impactantes, em torno das premissas defendidas neste trabalho jurídico, pois, se parcela relativamente considerável de promotores, juízes, desembargadores, professores e estudantes de Direito desta forma entende, de modo inquestionável, fica patente o quanto árdua será a tarefa de mostrar a coerência e necessidade no tocante a implantação dos aspectos ligados à situação de *expectativa de direito* que aqui abordamos.

No que se refere às análises das respostas pertinentes ao questionário aplicado durante o trabalho de campo, ficou registrado que 6% (seis por cento) dos entrevistados indicaram ser a *expectativa de direito* “Um nada jurídico” e, neste ponto, pudemos observar que esta convicção lastreia-se em um sentimento resultante do constante convívio com o desrespeito aos princípios mais basilares do ordenamento jurídico, quando considerado um Estado Democrático de Direito.

Percebe-se que muito mais que uma defesa desta condição, isto é, ser a *expectativa de direito* “um nada jurídico”, na realidade o externar desta forma mostra a insatisfação com o que, neste contexto, no cotidiano se observa.

A *expectativa de direito*, embora não registrando sua inserção no conjunto de normas reguladoras do país, tem influência em vários setores da convivência social e como prova disto foi registrado que sendo tal “instituto” considerado um “*bem jurídico*” implicações serão sentidas em vários pontos como: ocupação profissional, aposentadoria, qualidade de vida, relações de consumo, direito de sucessão, direitos do nascituro, *segurança jurídica*, entre outros.

Cabe também observar que durante a realização das atividades de campo, pudemos em alguns momentos registrar uma espécie de apatia no que diz respeito ao interesse das pessoas quanto à luta pela mudança do *status quo* de situações extremamente prejudiciais à vida em sociedade.

Poderíamos até afirmar que, decepcionada, boa parte da sociedade apresenta o que se qualifica como apatia social. Sendo assim, esta parcela com o seu isolamento e também sua recusa em participar da luta pelas necessárias transformações, termina por desenvolver o que sociologicamente é denominado como forma passiva de desenvolver política.

Esperamos que esta peça científica possa se configurar, no mínimo, o embrião de um movimento que tenda a levar pertinentes setores da sociedade a uma luta pela reparação de uma grande injustiça que é, como sempre temos afirmado, o constante estado angustiante de *insegurança jurídica* que vive grande parcela da população, em razão de não poder contar com a garantia de que ao praticar *atos jurídicos perfeitos*, portanto, atos jurídicos pautados pela legalidade, possa, conseqüentemente, viver a esperança de que os mesmos serão respeitados.

Por fim, neste tópico, observamos, diante da pesquisa realizada, que a insegurança e ofensa à esfera jurídica do cidadão atingem com maior intensidade justamente os mais dependentes da ação protetora do Estado.

17 DIREITO JUSTO

Diante dos relatos do item antecedente, mesmo que resultantes de uma pequena amostra do sentimento da sociedade no que concerne aos aspectos ligados à segurança, ou melhor, ligados à *insegurança jurídica* dos atos legais praticados, somos levados a entender do cabimento da perquirição da justeza de tais circunstâncias ou, de modo mais direto, questionar se o Direito, da forma como exercitado nas situações descritas, é justo. Para isto, traçaremos do modo como se segue nos parágrafos seguintes, o desenvolvimento das argumentações até desembocarmos no que definimos como Direito Justo.

O conjunto de elementos ligados às ciências ou áreas do conhecimento pertinente ao estudo do homem, como agente ativo ou passivo dos atos e fatos sociais, determina o que chamamos de ciências sociais e humanas e, neste campo, em tese, podemos afirmar que os conceitos e ideias não apresentam forma una de expressão.

O Direito, admitido como um conjunto de normas que regem as relações das pessoas vivendo em sociedade, identifica-se como parte das ciências já definidas no parágrafo anterior, levando-se em consideração que, como asseverado, este conjunto normativo tem por objeto o ser humano.

Deste modo, a expressão da subjetividade é constante nos entendimentos e opiniões sobre os vários elementos ligados ao estudo e aplicação das pertinentes disposições. Assim, quando falamos de *Direito Justo* nos encontramos diante de uma infinidade de conceitos e percepções. Uns afirmam que as relações onde o enfoque gire em torno dos procedimentos democráticos complementam o que poderia ser definido como *Direito Justo*, outros atrelam esta expressão ao entendimento do que seja legítimo.

O professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, António Pedro Barbas Homem, autor do livro “O Justo e o Injusto”, expõe:

A justiça constitui um dos temas clássicos da filosofia e da teoria do direito e a reflexão sobre a justiça um traço marcante das ideias ocidentais, na filosofia, na política e no direito. A identificação conceptual entre direito e justiça favoreceu este entendimento, de tal modo que a função do jurista foi classicamente descrita como uma tarefa de distribuição da justiça, como verificamos de um célebre passo de Ulpiano: “Há quem nos chame (a nós juristas) sacerdotes; e com razão. Na verdade, prestamos culto à Justiça; professamos a ciência do bom e do equitativo – separando

o équo do iníquo, dizendo o que é justo e que é injusto, discernindo o lícito do ilícito, esforçando-nos para que os homens sejam bons, não só através da ameaça da penas mas sobretudo pelo estímulo dos prémios (inerentes ao cumprimento do devido).

Uma máxima sintetiza este modo de pensar: *fiat justitia, pereat mundus*.

Contudo, a reflexão sobre a essência do justo foi menosprezada na época contemporânea em favor de outros núcleos temáticos e o triunfo das ideologias modernas assentou na crença de que a justiça se deve associar ao regime político e à forma de governo. De outro lado, o triunfo do positivismo na teoria do direito teve como resultado afastar do ensino jurídico o estudo do direito natural e da teoria da justiça, demonstrando a validade de uma observação de English: a lei ao jurista e o direito ao filósofo do direito. (HOMEM, 2001, p. 9-10).

De forma conclusiva, para o que pretendemos neste ponto, voltamos as palavras do referido autor quando, em torno do que o mesmo define como elementos institucionais e normativos (o Parlamento, o Governo, os Tribunais, os Advogados, a Administração e a Constituição com suas normas e princípios), assim preceitua:

Aquilo que devemos interrogar perante estes elementos normativos e institucionais é o método da justiça, a saber, se estes elementos próprios da situação actual importam uma metodologia específica do decidir justamente.

O problema enfrentado é, portanto, não apenas o de conhecer a essência do justo, mas o de conhecer os pressupostos para não decidir de modo injusto. (HOMEM, 2001, p. 11).

Ainda, com vistas às exposições teóricas, consideramos cabível o registro das posições defendidas por António Maria M. Pinheiro Torres, quando este preleciona:

Para a questão da validade do direito, isto é, para a questão de saber se as suas normas devem ser aplicadas e acatadas, é decisiva a relação que se pressuponha entre a justiça e direito. Sobre este ponto apresentam-se-nos duas concepções diametralmente opostas. Segundo uma delas, um direito positivo apenas pode ser considerado como válido na medida em que corresponda às exigências da justiça. Direito válido é direito justo: uma regulamentação injusta da conduta humana não tem qualquer validade. Quer isto dizer que a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do direito positivo. Segundo a outra concepção, a validade do direito positivo é independente da validade da norma de justiça. Um direito positivo não vale pelo facto de ser justo, isto é, pelo facto da sua prescrição corresponder à norma de justiça – e vale mesmo que seja injusto. A sua validade é independente da validade de uma norma de justiça. É esta a concepção do positivismo jurídico, e tal é a consequência de uma teoria jurídica positiva ou realista, enquanto contraposta à doutrina idealista. (TORRES, 2014, p. 51-52).

De modo prático, trazemos à baila acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal - processo 02A2479, de 05.12.2002³⁵² - onde registamos que “*O conceito de Direito Justo impõe que, com respeito pelo direito das partes, se aproveitem os actos processuais que podem conduzir a uma decisão proferida em prazo razoável.*”

Como visto, em qualquer das situações, vamos nos deparar com vários núcleos que demandam interpretações, e, sendo assim, vários podem ser os resultados.

Contudo, não podemos nos afastar da ideia de que as questões têm que apresentar soluções que atendam aos legítimos anseios da sociedade. Neste ponto, vale observar que o detentor do poder delegado tem a obrigação de procurar a melhor alternativa e esta deve depender do sentimento coletivo do que seja o melhor e, por conseguinte, do que seja expressão de *bom senso*. Esta expressão, como as demais, exige interpretação, mas podemos racionalizá-la combinando os elementos do seu conceito. E, como elementos do conceito de *bom senso*, podemos apontar, pelo menos, a ética, a virtude e a correção da ação.

Destarte, por mais que se registrem variações nas percepções dos conceitos de cada um dos elementos, quando os mesmos são reunidos e colocados sob análise coletiva, dirigem as opiniões para o que podemos denominar de *bom senso coletivo* o qual, é de se supor, busca a melhor alternativa para o conjunto das pessoas.

Alguns consideram o *bom senso coletivo* como situação utópica. Entendemos que mesmo que individualmente não se registre com facilidade a demonstração de *bom senso*, isto não invalida a premissa de que o efeito da sinergia propicia melhor resultado que o somatório dos esforços individuais, haja vista que diante desta situação, possíveis desvios podem ser absorvidos sem, entretanto, macular o resultado final levando-se em conta que, em uma coletividade pautada no comportamento democrático, os posicionamentos individuais, se discordantes da maioria, em tese, influenciam com reduzido efeito em termos ponderados.

Temos consciência de que vivemos sob o efeito de múltiplos e conflitantes interesses e quando a disputa ocorre entre polos com poderes que apresentam enfático desequilíbrio de forças precisamos buscar dos setores diligenciadores as medidas mais democráticas que possibilitem a equalização das distorções.

³⁵² Supremo Tribunal de Justiça de Portugal - processo 02A2479, de 05.12.2002. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fe23300f849ff7e580256d3200298479?OpenDocument>. Acesso em: 20 jul. 2014.

Entender que se apresenta como expressão de justiça a agressão aos direitos dos hipossuficientes apenas por que o Administrador Público assim pretende, até mesmo que seja para corrigir seus erros de planejamento é, inquestionavelmente, deformação dos mais basilares princípios da Ciência Jurídica.

A respeito do que trazemos à baila no parágrafo anterior podemos informar que a reação a tais desvios não compõe sentimento apenas dos administrados diretamente atingidos, mas de há muito transmitem, também, o entendimento dos mais variados representantes cientistas do conhecimento humano. Neste ponto, nos valem das palavras registradas na Revista Única (Ano XXI, n. 5, Bahia-Salvador, novembro de 1949) do grande jurista brasileiro Ruy Barbosa de Oliveira que, entre outras funções, serviu à nação como Senador e Ministro da Fazenda, quando, já no século passado, no tocante ao que o mesmo denominava *falta de justiça*, assim expunha:

A falta de justiça é o grande mal de nossa terra, o mal dos males, a origem de todas as nossas infelicidades, a fonte de todo o nosso descrédito; é a miséria suprema dessa pobre nação, a sua grande vergonha, diante do estrangeiro.

A injustiça desanima o trabalho, a honestidade, o bem; cresta em flor o espírito dos moços: semeia, no coração das gerações que vêm nascendo, a semente da podridão; habitua os homens a não acreditar senão na estrela, na fortuna, no acaso, na loteria da sorte; promove a desonestidade, promove a venalidade, promove a relaxação; insufla a cortesania e a baixeza sob todas as suas formas.

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto. (REVISTA ÚNICA, 1949, p. 16).

Diante das exposições supracitadas, podemos inferir que as decisões surgidas do entendimento coletivo representam as melhores alternativas.

É lógico que outros elementos têm que ser observados, como por exemplo, o nível de domínio que este agrupamento tem a respeito de determinada matéria, tempo disponível para a execução da pesquisa sobre o assunto, e assim por diante. Contudo, o que não podemos olvidar é que, em uma sociedade onde se propala procedimentos democráticos, respeito aos princípios constitucionais e a identificação do ser humano como centro das atenções do Estado, é de se esperar que os anseios coletivos norteiem as decisões e atos dos legítimos representantes do povo, configurando-se, destarte, a aplicação dessas premissas na materialização do que podemos definir como sendo o *Direito Justo*.

17.1 DIREITO JUSTO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Em continuidade, valendo-nos de decisões jurisprudenciais e visando o mesmo objetivo definido para as anteriores exposições ligadas a tópicos do nosso tema, são transcritas decisões prolatadas pelo Tribunal Superior de Justiça do Brasil, onde, em matérias diversas, encontramos a aplicação do entendimento concernente à expressão *Direito Justo*.

No caso a seguir, registramos que é revogada a demissão de servidor público com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Em acréscimo, observa-se, nas fundamentações, que tais princípios devem permitir ao judiciário uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de *Direito Justo*.

“Recurso em Mandado de Segurança N. 29.290 - MG (2009/0065647-5)

<i>Relator:</i>	<i>Ministro Arnaldo Esteves Lima</i>
<i>Recorrente:</i>	<i>Fulano de Tal</i>
<i>Advogados:</i>	<i>Beltrano de Tal</i>
<i>Recorrido:</i>	<i>Estado de Minas Gerais</i>
<i>Procurador:</i>	<i>Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho</i>

Ementa:

*Direito administrativo. Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público. Demissão. Desconstituição de provas. Impossibilidade. Processo administrativo disciplinar. Excesso de prazo. Anulação. Não-cabimento. Princípios da **proporcionalidade** e **razoabilidade**. Inobservância. Recurso ordinário parcialmente provido. Segurança parcialmente concedida. (grifos da transcrição)*

1. "O egrégio Superior Tribunal de Justiça já tem entendimento pacificado segundo o qual o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não conduz à sua nulidade, desde que não tenha causado qualquer prejuízo ao servidor" (MS 12.369/DF, Relator Ministro. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ de 10/9/07).

2. O mandado de segurança não constitui o meio processual adequado para provar um fato que exige prova pré-constituída como condição essencial à verificação do direito líquido e certo de modo que a dilação probatória mostra-se incompatível com a natureza dessa ação constitucional.

3. Se o servidor público acusado pretende desconstituir as provas de processo disciplinar, que se apresentam suficientes para a aplicação da sanção, deve se valer dos meios processuais adequados.

4. O **princípio da proporcionalidade** em sentido amplo alberga a "exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado" (Suzana de Toledo Barros). (grifos da transcrição)

5. "O **princípio da razoabilidade** é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de **Direito Justo**, ou justiça" (Fábio Pallaretti Calcini). (grifos da transcrição)

6. Determinar a aplicação da pena máxima de demissão a servidores públicos por terem submetido magistrado e outros servidores a constrangimentos por figurarem indevidamente na condição de representados, em processos instaurados no âmbito da Corregedoria-Geral de Justiça, não obstante a gravidade do ato, não se coaduna com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impondo-se que a Administração aplique uma sanção disciplinar mais branda.

7. Recurso ordinário parcialmente provido. Segurança parcialmente concedida..”

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2010 (Data do Julgamento).”

Na questão seguinte, nos deparamos com uma lide que versa sobre tema do Direito Civil onde em razão dos parâmetros inerentes ao denominado *Direito Justo*, e de acordo com o que reza a cláusula *rebus sic stantibus*³⁵³ a parte tem o seu recurso conhecido e provido no sentido da perpetração de um pretendido reajuste contratual.

“Processo: REsp 60945 / SP Recurso Especial: 1995/0007466-4
Relator(a) Ministro: Luiz Vicente Cernicchiaro (1084)
Recte: Fulano de Tal
Recdo: Beltrano de Tal
Órgão Julgador: Sexta Turma
Data do Julgamento: 28/03/1995
Data da Publicação/Fonte: DJ 18/09/1995 p. 29998 LEXSTJ vol. 78 p. 288

Ementa:

Recurso Especial - civil - locação - aluguel - reajuste - o aluguel e a prestação locatícia. Como preço deve ser certo, verdadeiro e justo.

Em período inflacionário, com a queda diária do poder aquisitivo da moeda, cumpre admitir a atualização, ainda que fora do prazo legal, caso a manutenção do valor signifique enriquecimento sem justa causa.

*A colocação simplista - "dura lex sed lex"³⁵⁴ – cede passagem nos quadrados do **Direito Justo**, a cláusula - "*rebus sic stantibus*". (grifos da transcrição)*

Acórdão:

Por Unanimidade, Conhecer em Parte do Recurso e, nesta Extensão, dar-lhe Provimento.”

No caso evidenciado a seguir, nota-se o recebimento de embargos, em desfavor de autarquia federal³⁵⁵, em lide sobre direitos previdenciários.

³⁵³ *Rebus sic stantibus*. Estando assim as coisas.

³⁵⁴ *Dura lex sed lex*. A lei é dura mas é lei.

Tal decisão respalda-se, entre outras fundamentações, na seguinte assertiva: “A essência do *Direito Justo* desautoriza o judiciário a interpretar a lei e aplicá-la sem levar em consideração o compromisso do Direito com a superior realização da Justiça.” (grifos da transcrição)

“Processo EREsp: 100273 / SP Embargos de Divergência no Recurso Especial: 1997/0057394-0
Relator(a): Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira (1088)
Embargante: Beltrano de Tal
Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social
Órgão Julgador: CE - Corte Especial
Data do Julgamento: 04/02/1998
Data da Publicação/Fonte: DJ 16/03/1998 p. 2

Ementa:

*Direitos previdenciário e processual civil. Benefícios vencidos antes do ajuizamento da demanda. Correção monetária. Incidência. Termo "a quo". Tempo em que devida a prestação. Dissídio notório. Transcrição de trechos dos paradigmas. Cotejo analítico. Dispensabilidade. Hermenêutica. **Direito justo**. Embargos de divergência providos. (grifos da transcrição)*

I - nos benefícios previdenciários vencidos antes do ajuizamento da ação, a correção monetária incide desde quando era devida a parcela, uma vez que a correção monetária nada acrescenta ao valor nominal da moeda.

II - a transcrição de trechos dos acórdãos paradigmas e o cotejo entre eles e o aresto impugnado são dispensáveis se notório o dissídio que se pretende configurar, notadamente quando o confronto e com precedentes deste tribunal.

³⁵⁵ Autarquia. As autarquias são pessoas jurídicas de Direito Público que gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou, não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas, tendo direitos e obrigações distintos do Estado.

Os seus negócios e recursos são próprios, haja vista que desfrutam de personalidade jurídica e autonomia financeira e administrativa, independentemente de provirem do orçamento ou de serem produto da atividade da própria pessoa jurídica. Destarte, os processos administrativos e judiciais decorrente de seus atos contra elas devem ser propostos, portanto são sujeitos responsáveis. MARINELA, Fernanda de Sousa Santos. *Direito Administrativo*. Salvador - Bahia - Brasil: JusPODIUM, 2005, p. 68-69.

III - a essência do Direito Justo desautoriza o judiciário a interpretar a lei e aplicá-la sem levar em consideração o compromisso do Direito com a superior realização da Justiça.

Acórdão:

Por Unanimidade, Rejeitar a Preliminar e, no Mérito, Receber os Embargos.”

Finalizando este Capítulo – Direito Justo – queremos, mais uma vez, atentar para o fato de que a abrangência do tema “*A expectativa de direito como bem jurídico*” nos obriga a enfrentar uma vasta exposição que vai desde a “excursão” pelos variados aspectos da doutrina no campo do Direito, passando por questões de ordem social e filosófica, por vezes, inclusive, em posicionamentos na seara política e até, conseqüentemente, abordagens referentes às decisões jurisprudenciais nos diversos ramos da pertinente área do conhecimento humano.

Assim, mesmo antes das informações conclusivas, mantemos o firme propósito de que tenhamos levado ao leitor, sob um novo prisma, senão novidades da teoria jurídica no que diz respeito aos institutos já existentes, mas certamente apresentado um assunto que, embora de há muito ventilado, não foi ainda expresso no formato e com as justas pretensões que expusemos.

18 CONCLUSÃO

Na elaboração da presente tese, alguns pontos mereceram análise destacada, pois ficou evidente, no seio da pequena parcela da população que apresenta algum domínio no que tange aos conhecimentos dos temas jurídicos, a ideia distorcida de que a garantia de inviolabilidade aos elementos de uma *legítima expectativa de direito* implica atribuir ao citado “instituto” a condição de *direito adquirido* quando, na realidade, o que expusemos é que tal situação, caso configurada como um “*bem jurídico antecedente*”, deverá ter garantida a proteção do ordenamento de modo específico, independentemente do *direito adquirido* pertinente ao futuro *direito subjetivo* almejado, ficando, destarte, claro que a nossa proposta implica em classificar a *expectativa de direito* como instituto distinto do *direito adquirido*, como na realidade as situações se apresentam e conseqüentemente não se confundem, entretanto são conexas.

Não é irrelevante citar que, embora não registrados nos relatos contidos neste trabalho, pudemos, durante a confecção do mesmo, aprofundar análises sobre as mais diversas e “disfarçáveis” formas do sistema dominante impingir na base da comunidade mundial o deleite pela imaturidade na recepção e tratamento dos assuntos ligados às questões sociais. Nestas condições, mecanismos são utilizados de forma a minimizar o poder da reação coletiva.

Como anteriormente observado, a evolução tecnológica e conseqüentemente o desenvolvimento dos meios de transportes e comunicação, sobremaneira, no que se refere às atividades ligadas ao conglomerado de redes de comunicações em grande escala mundial, “encurtam” do modo enfático as distâncias e propiciam, aos percentualmente reduzidos detentores do poder, maior raio de ação, resultando em um quase incontrolável poder de influência e domínio.

Desta forma o que parece ser conquista das classes menos favorecidas, não raras vezes, apenas materializam, de modo reflexo, concessões daqueles que administrando um espaço bem mais amplo não mais se interessam pelas questões regionais e de base da pirâmide social.

De modo mais pormenorizado percebemos também que se registra para a população, de um modo geral, e até para boa parcela dos envolvidos de forma acadêmica ou profissional

com a matéria jurídica, a ausência de análise distintiva entre *expectativa de direito pura e simples* e a *legítima expectativa de direito*, o que, não raramente, termina por viciar julgamentos na esfera judiciária e suas inerentes decisões.

Embora com titulação diferente, desde o início dos nossos estudos, buscamos construir doutrinariamente uma argumentação jurídica ensejadora de uma forma de proteção para a pessoa que, em face de novo regramento, venha a registrar prejuízos em virtude de nova Lei que preceitue determinada situação de modo a desconsiderar ato ou *atos jurídicos perfeitos* que ensejaram um estágio de *expectativa de direito*, esta quando legítima, a qual representa uma etapa anterior à aquisição do direito subjetivo pretendido.

No estudo do Direito Comparado ficou comprovado que a expressão *ato jurídico perfeito* tem sede constitucional no ordenamento brasileiro e quanto ao ordenamento português ficou registrado que a segurança dos atos jurídicos em nível constitucional é abordada através da garantia da irretroatividade da nova lei, no que diz respeito à restrição de direitos, liberdades e garantias de modo a não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

A expressão *expectativa de direito* não tem lugar nos ordenamentos jurídicos pesquisados e as doutrinas e jurisprudências, tanto brasileira quanto portuguesa, pelo menos em tese, não atribuem a este estágio de aquisição do direito subjetivo a garantia de imutabilidade dos *termos, condições* e demais elementos constantes dos *atos jurídicos perfeitos*, ou seja, *atos parcelares* que respaldam tal estágio.

Ressalvamos, entretanto, que no colacionar de decisões jurisprudenciais pudemos perceber que se vislumbra, ainda que de forma tímida, nova visão quanto ao respeito que se deve atribuir à *legítima expectativa de direito*, sem contudo, como objetivamos, defini-la, na condição de “instituto formal” e integrante do Direito Positivo, até porque desta forma ainda não se configura.

A despeito dos efeitos prejudiciais, tanto no que se refere à órbita jurídica dos administrados, analisados individualmente, quanto da coletividade, as pessoas, em tese, não conseguem, sem a devida provocação, atribuir tais resultados danosos à desconsideração da *expectativa de direito* como um *bem jurídico* e, por conseguinte, detentora do direito de proteção por parte do ordenamento jurídico.

No desenvolver dos trabalhos de pesquisa registramos o ineditismo, no que tange à proposta específica – transformar o estágio de *expectativa de direito* em *bem jurídico* para

aquisição da proteção do ordenamento – o que é de se esperar em se tratando de elaboração de tese científica.

Ainda, observamos a enfática escassez doutrinária no que se refere ao “instituto” em epígrafe no seu contexto geral e que a jurisprudência, em tese, atribui à *expectativa de direito* a condição, simplesmente, de um “nada jurídico”, “conceito” que se apresentou, inclusive, nas respostas obtidas em razão dos trabalhos de campo que foram realizados.

Em decorrência desta consideração, pudemos perceber a falta de conhecimento mais profundo em torno da matéria, por parte de significativa parcela do número de entrevistados o que, conseqüentemente, dificultou a aplicação dos pertinentes questionários.

Neste ponto, fazemos ressalvas à doutrina espanhola que atribui à *expectativa jurídica* o entendimento de que a mesma é a *expectativa real de aquisição* e ainda que, nesta situação, *se protege a esperança de se adquirir um direito real*.

As análises a respeito do tema “*A expectativa de direito como bem jurídico*” deram ensejo ao questionamento, por parte de estudiosos da Ciência Jurídica, quanto à incompatibilidade da atribuição de estabilidade para os elementos da *expectativa de direito*, com a característica essencial do conjunto das normas jurídicas vigente no país, que é a de se constituir em um sistema dinâmico de regras.

Cabe, portanto esclarecer que a patrocinada defesa de manutenção do *status quo* dos elementos propiciadores da *expectativa de direito*, não deve ter o condão da verdade absoluta, haja vista, por exemplo, que se um determinado ato parcelar tiver o aval de Lei que posteriormente venha a ser julgada inconstitucional, não haverá de se falar em legítima manutenção da *expectativa de direito* que se respaldou no referido ato indevidamente considerado legal. O mesmo acontecendo quando, diante de outra Carta Magna, oriunda do exercício de um autêntico poder constituinte originário, um determinado direito anteriormente materializado, sob a égide de uma nova análise, não tenha a sua legitimidade reconhecida, ou ainda, não haverá de se falar em imutabilidade de termos e condições referentes a atos pretéritos quando diante de situações extraordinárias, onde se registre, por exemplo, calamidades, onerosidade excessiva, alto índice de gravidade, entre outros, desde que também se confirme a superveniência dos fatos e conseqüentemente a sua imprevisibilidade, devendo, nestas condições, as fundamentações apresentarem-se do modo claro e indubitavelmente consubstanciadas.

Como visto, existem situações que podem atingir não apenas a *expectativa de direito*, mas o próprio *direito adquirido*.

Na realidade, como já afirmado, não defendemos o engessamento do complexo de normas jurídicas de um país, não seria plausível muito menos factível, sobremaneira, na atualidade, onde as transformações sociais, a evolução tecnológica e o “encurtamento das distâncias” em razão, entre outros aspectos, da crescente facilidade de comunicação, não permitiriam jamais tal imobilidade. Deste modo, repita-se, o que se pretende não é que o Direito se torne estático, mas sim, que o seu dinamismo não propicie agressão aos seus próprios princípios, gerando alto índice de incerteza jurídica e, por consequência, descrença nas instituições e ordenamentos, proporcionando, assim, grande instabilidade social.

Observamos também, que se apresenta como imperioso o repensar quanto ao mundo que queremos. Não devemos nos contentar com uma sociedade que de modo improdutivo seja complexa e, de forma rotineira, conviva com a perplexidade de estar sempre diante dos infindáveis conflitos, sejam estes de caráter político, econômico, social ou cultural.

Acreditamos ter ficado demonstrado que não estamos a advogar pela aquisição do utópico paraíso terrestre, mas propugnamos que, de forma humanamente possível, devemos envidar esforços na busca de uma melhor qualidade de vida, de um mundo melhor.

Neste trabalho, defendemos também que os conceitos que identificam a expressão “Estado Democrático de Direito”, não deve servir apenas como matéria disciplinar nas universidades e elemento para formulação de questões de provas, mas sim, de modo produtivo, deve possibilitar a realização dos legítimos anseios da sociedade e consequentemente do bem comum, perseguindo, desta forma, de modo positivo, aquilo que no Capítulo 17 – Direito Justo – definimos como tal.

Também, com base em tudo que foi exposto, deduzimos que sendo a *expectativa de direito* considerada um *bem jurídico*, torna-se imprescindível que cumulativamente seja erigida à condição de instituto com sede constitucional, isto porque, de outra forma, manteria a mesma situação de insegurança que apresenta agora, isto é, poderia ter seus elementos modificados em virtude de uma nova Lei ordinária, por exemplo.

O processo legislativo necessário para tal inclusão, não há dúvida, tem de ser pertinente ao que tem por objetivo propiciar alterações na Carta Magna, submetendo-se aos limites impostos pela própria Constituição.

Os demais aspectos a serem observados doutrinariamente no que diz respeito às etapas do processo legislativo, natureza jurídica da Emenda ou Revisão Constitucional, possibilidade ou não do acréscimo de cláusula pétrea, entre outros assuntos ligados às atividades necessárias à inclusão da *expectativa de direito* no texto constitucional, não são objetos do presente estudo, ficando, destarte, para etapa posterior.

No momento, como repetidas vezes afirmamos, pretendemos despertar à comunidade jurídica para a necessidade de repensar o tratamento que deve ser atribuído à etapa antecedente para aquisição do direito subjetivo sob expectativa.

Por fim, torna-se necessário repetir que este trabalho de pesquisa reflete o resultado das investigações a respeito da *insegurança jurídica* que se avoluma, na atualidade, diante de um vertiginoso aumento da atividade legislativa do Estado, em razão da necessidade do mesmo responder de forma cada vez mais rápida às solicitações de ordem interna e internacional sob os mais variados aspectos e tipos de relações jurídicas. O que, se não devidamente diligenciado, termina, como já exposto, por interferir enfaticamente na esfera jurídica do cidadão o qual, por isso mesmo, carece, cada vez mais, de instrumentos que lhe possibilitem justa defesa contra a tirania estatal e, conseqüentemente, também possibilitem a defesa no tocante à sua dignidade pessoal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 1988.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. 6. ed. São Paulo - Brasil: Editoria Jurídica Brasileira, 1994.

AGUIAR, André Luiz Souza. *Assédio moral: o direito à indenização pelos maus - tratos e humilhações sofridos no ambiente de trabalho*. São Paulo - Brasil: Ltr, 2005.

ALENCAR, Martsung F.C.R. *O sistema jurídico: normas, regras e princípios*. Jus Navigandi, Teresina-Brasil, ano 11, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8628>>. Acesso em: 28 dez. 2010.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Renovar, 2002.

ARAÚJO, Valter Shwenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói - Rio de Janeiro - Brasil: Impetus, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral Vol. I*. 2. ed. Coimbra - Portugal: Coimbra editora, 2000.

_____. *Direito Civil Teoria Geral. vol. II - Acções e Factos Jurídicos*. 2. ed. Coimbra - Portugal: Ed. Coimbra, 2003.

_____. *Direito Civil Teoria Geral Vol. III*. 2. ed. Coimbra - Portugal: Coimbra editora, 2002.

_____. *Os direitos da Pessoa e a parte geral do Direito Civil: A pessoa como o fundamento ontológico*. In: NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica (coordenadores). *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro - Brasil: Forense, 2010.

Avança a PEC do Calote. *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo - Brasil, Notas & Informações, p. A3, 20 abr. 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro - Brasil: Renova, 2002.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Sinopses Jurídicas: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 13. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas; v. 11).

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 94. Disponível em: <www.iabnacional.org.br>. Acesso em: 20 fev. 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional*. 6. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atualizada. São Paulo - Brasil: Malheiros Editores Ltda., 2002.

BULUS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2001.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Editora Forense, 1970.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003.

_____. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra - Portugal: Coimbra Editoria, 2004.

CANTALICE, Magela. *Noções de Direito Romano*. 2. ed. Salvador - Brasil: Editora e Distribuidora de Livros Salvador Ltda., 1977.

CARDOSO, Antonio Pessoa. O Estado e a decisão judicial. *Tribuna da Bahia*, Salvador - Brasil, 1 abr. 2011, p. 14.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 12. ed. São Paulo - Brasil: Cortez, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2010, v. 1.

_____. *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2005, v. 3.

_____. _____. 6. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2003, v. 2.

COSTA, J. Almeida; MELO, A. Sampaio e. *Dicionário da Língua Portuguesa*, 7. ed. Porto-Portugal: Porto Editora, 1994.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções Fundamentais de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da segurança jurídica* (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador-Brasil, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

CRETELLA, Júnior José. *Manual de Direito Administrativo: Curso moderno de graduação*. 5. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense, 1989.

CUNHA, Paulo Ferreira da – *Direito, Filosofia e Educação*. 2003. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand11/pfc.htm>>. Acesso em: 06 out. 2011.

DELGADO, José Augusto. O direito adquirido nas relações de Direito Privado e nas relações de Direito Público. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 12, n. 56, p. 15-37, set. 1988. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/11438>>. Acesso em: 8 jul. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo - Brasil: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 7. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 1995.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 10. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2004.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General Del Proceso*. 1. ed. Buenos Aires - Argentina: Editorial Universidad, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Parte Geral Direito Civil*. 1. ed. Salvador - Brasil: JusPodivm, 2003.

FERNANDES, Camila Vicenci. *Segurança jurídica, proteção das legítimas expectativas e a administração pública: Estabilidade e auto-vinculação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7285>. Acesso em: 13 out. 2013.

FERREIRA, Durval. *Negócio Jurídico Condicional*. 1. ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 1998.

FERREIRA, Rosilda Arruda. *A pesquisa científica nas ciências sociais: caracterização e procedimentos*. Recife: Universitária, 1998.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. v 2, São Paulo - Brasil: Julex Livros, 1989.

FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. 1. ed. Porto Alegre - Brasil: Editora Verbo Jurídico, 2006.

FONSECA, Guilherme da; CAMARA, Miguel Bettencourt da. *A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos*. 1. ed. Coimbra - Portugal: Editora Coimbra, 2013.

FONSECA, Tiago Soares da. *Jurisprudência Seleccionada de Teoria Geral do Direito Civil* vol. I. 1. ed. Lisboa - Portugal: AAFDL Editora, 2007.

_____. *Jurisprudência Seleccionada de Teoria Geral do Direito Civil* vol. II. 1. ed. Lisboa - Portugal: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 1976. Disponível em [http://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A_Microfisica do Poder - Michel Foucault.pdf](http://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A_Microfisica_do_Poder_-_Michel_Foucault.pdf) >.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. *Novo curso de Direito Civil: parte geral*. v. I, São Paulo - Brasil: Saraiva, 2002.

GALANTE, Marcelo. *Para Aprender Direito: Direito Constitucional*, São Paulo - Brasil: Barros, Fischer e Associados, 2005.

GARCIA, Wander. *Como passar! Jurisprudência classificada*. São Paulo - Brasil: Editora Foco, 2011.

GHIRARDI, Olsen A. *Lecciones de introducción a la filosofía del derecho*. 1. ed. Buenos Aires - Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo - Brasil: Atlas, 2002.

GIL, José. Crise leva Portugal à era de incertezas. *Jornal A Tarde*, Salvador - Brasil, Economia, p. B6, 4 jul. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. I: parte geral. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo - Brasil: Saraiva, 2009.

_____. *Direito das obrigações*, parte especial: contratos. 14. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas; v. 6, t. 1)

_____. *Principais Inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Sinopses Jurídicas Direito Comercial: direito de empresa e sociedades empresárias*, 6. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2013 (Coleção sinopses jurídicas v. 21.).

GRECO Filho Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 8 ed. São Paulo – Brasil: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini.... et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro-Brasil: Forense Universitária, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense, 1988.

HORCAIO, Ivan. *Dicionário Jurídico Referenciado*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Primeira Impressão, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência Social e a garantia dos direitos humanos – Evolução internacional e aplicações no contexto brasileiro*. In: Direitos Humanos e formação jurídica / coordenadores José Renato Nalini, Angélica Carlini. – Rio de Janeiro - Brasil: Forense, 2010.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 1998.

JÚNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 1992, v. I.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. VI.

_____. *Direito Adquirido*. In Enciclopédia Saraiva do Direito. R. Limongi França (coord.). São Paulo - Brasil: Saraiva, 1977. v. 25.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo - Brasil: Martins Fontes, 1994.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2009.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Código Civil: comentários didáticos: parte geral*, atualizado até setembro de 1994 por Carlos Augusto de Barros Levenhagen. 4. ed. São Paulo - Brasil: Atlas, 1995.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LIZ, Jorge Pegado. *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*. 1. ed. Lisboa - Portugal: Editorial Notícias, 1999.

LUIZ, Antônio Filardi. *Dicionário de Expressões Latinas*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Atlas, 2002.

MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da Proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil, 2005.

MARINELA, Fernanda de Sousa Santos. *Direito Administrativo*. Salvador - BA: JusPODIUM, 2005.

MARINHA, Luís C. Jogadores já têm benefícios fiscais. *Correio da Manhã*, Portugal, p. 3, 17 jun. 2002.

MARTINEZ, Vinício C.. O Estado de Direito Gregário: quando o Direito surge como fato social. *Jus Navegandi*, Teresina - Brasil, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6620>>. Acesso em: 24 set. 2006.

_____. Técnica ou dominação jurídica. *Revista Jus Vigilantibus*, São Paulo - Brasil, 26 abr. 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/20939>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo - Brasil: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano de existência*. 16. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2010.

MENDES, João de Castro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 1. ed. Lisboa - Portugal: Pedro Ferreira Edições, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo - Brasil: Atlas, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 25. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 1985, v. 1.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo - Brasil: Atlas, 2004.

MORIN, Edgar. *O método 5: a humanidade da humanidade*. Tradução de Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre - Brasil: Sulina, 2007.

MOTA, Helena. *Do Abuso de Representação*. 1. ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editoria, 2001.

NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro-Brasil: Aide, 1995.

NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 14. ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2004.

NETO, Wagner Araújo. *A Justiça como Vingança Institucionalizada: Uma Análise Nietzscheana*. Salvador - Brasil, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. 1. ed. Coimbra - Portugal: Editora Coimbra, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Editora Lumen Juris, 2006.

PAES, Paulo Roberto Tavares. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo - Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro - Brasil: Forense, 2003.

PAUPERIO, A. Machado. “*segurança jurídica*”. In Enciclopédia Saraiva do Direito. R. Limongi França (Coord). São Paulo – Brasil: Saraiva, 1977, v. 67.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, vol. I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Ed. Forense, 2007.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A proteção previdenciária dos servidores públicos após as reformas constitucionais. *Revista Febrafite*, São Paulo - Brasil, 2009.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Lei de falências e recuperação de empresas*. 18. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva (Coleção Saraiva de legislação/obra coletiva), 2005.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 39. ed. atual. São Paulo - Brasil: Saraiva (Coleção Saraiva de legislação/obra coletiva), 2006.

_____. *Código penal*. 17. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva (Coleção Saraiva de legislação/obra coletiva), 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra - Portugal: Editora Coimbra, 1999.

_____. _____. 4. ed. Coimbra - Portugal: Editora Coimbra, 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte - Brasil: Del Rey, 2005.

PRATA, Ana (org.). *Dicionário Jurídico*. 4. ed. Coimbra - Portugal: Editora Almedina, 2006.

POZZOLI, Lafayette. *Direito Comunitário Europeu*. 1. ed. São Paulo - Brasil: Editora Método, 2003.

PRAÇA, José Joaquim Lopes. *Direito Constitucional português vol. I.: estudos sobre a carta constitucional de 1826 e acto addcional de 1852*. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (Stvdia Ivridica 25, Classici Lusitani – 1). Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 1997.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra - Portugal: Editora Coimbra, 2010.

RAIMUNDO, José Inácio Fonseca-Herrero; SÁNCHEZ, Maria Jesús Iglesias. *Dicionário Jurídico*. 4. ed. Madrid - Espanha: Editora Colex, 2010.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *Interpretação e integração da legislação tributária*. In: Comentários ao Código Tributário Nacional/Carlos Valder do Nascimento (coord.). 4. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Revista Forense, 1999.

ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. *Direitos humanos e globalização*. In: Direitos Humanos em uma época de insegurança/organizado por Emílio Santoro, Gustavo Barbosa Mesquita Batista, Maria de Nazaré Tavares Zenaide e Raffaella Greco Tonegutti. – Porto Alegre - Brasil: Tomo Editorial, 2010.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo - Brasil: Saraiva, 1971, v. 1.

SAMPAIO, Maurício Souza. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo - Brasil: Lawbook Editora, 2009.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia*. São Paulo - Brasil: Editoria Nova Cultural, 1989.

SANTORO, Emílio.... et al. *Direitos humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre-Brasil: Tomo editorial, 2010

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo-Brasil: Cartez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre - Brasil: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Dignidade de pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre - Brasil: Livraria do Advogado, 2002.

SIDOU, J.M Othon. *Dicionário Jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense Universitária, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Forense, 2003.

SILVA, Fernando. *Direito Penal Especial os Crimes Contra as Pessoas*. 1. ed. Lisboa-Portugal: Quid Juris Sociedade Editora, 2005.

SILVA, Germano Marques da. *Introdução ao estudo do direito*. Lisboa - Portugal: Universidade Católica Editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo - Brasil: Malheiros Editores Ltda. 2012.

_____. *Constituição e segurança jurídica*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte – Brasil: Fórum, 2005.

SOUSA, Domingos Pereira de. *Noções Fundamentais de Direito*. 1. ed. Coimbra - Portugal: Editora Coimbra, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: concursos públicos: Lei de Introdução e Parte Geral* 1. 3. ed. São Paulo - Brasil: Método, 2007.

_____. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie: Lei de Introdução e Parte Geral* 3. 2. ed. São Paulo - Brasil: Método, 2007.

TENÓRIO, Igor; ALMEIDA, Carlos dos Santos. *Dicionário de Direito Tributário*, 4. ed. São Paulo - Brasil: IOB Thomson, 2004.

TORRES, António Maria M. Pinheiro. *O valor da Justiça*. 1. ed. Coimbra - Portugal: Editora Coimbra, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4 (outubro/novembro/dezembro) 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16 out. 2013.

VASCONCELOS, Levir. Injustiça na Justiça. *A Tarde*, Salvador - Brasil, 16 out. 2010. p. 2.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra - Portugal: Ed. Almedina SA, 2005.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 8. ed. Rio de Janeiro - Brasil: Editora Civilização Brasileira, 1985.

VIEIRA, José Ribas (org.). *A Constituição Europeia: o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro - Brasil: Renovar, 2004.

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Procuradoria Geral da República, *Portaria PGR nº 233 de 22/04/2004*.

BRASIL. Procuradoria Geral da República, *Portaria PGR/MPU nº 712 de 20/12/2006*.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça, *Apelação Cível nº 70045593803*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 27.752*, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em mandado de Segurança nº 2011/0021123-4*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Regimento no Agravo de Instrumento nº 186.557*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 419620/AM*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 269266/PE*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 421938*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental. Recurso em Mandado de Segurança nº 31.015/RJ*, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo de Regimental no Recurso Extraordinário nº 552354/AC*, Rel. Min. Ellen Gracie.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Divergência do Recurso Especial nº 100273/SP*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 80602/SP*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição nº 1082*, Rel. Min. Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82969/PR*, Rel. Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 90125/RS*, Rel. Min. Ellen Gracie.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 91386/BA*, Rel. Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 92961/SP*, Rel. Min. Eros Grau.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26603/DF*, Rel. Min. Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 21870-3*, Rel. Min. Carlos Veloso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 27.008*, Rel. Min. Ayres de Britto.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.250*, Rel. Min. Ayres Britto.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 5758/SP*, Rel. Min. Cármen Lúcia.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança nº 29.290/MG*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial nº 2004/0052595-1*, Rel. Min. Luiz Fux.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial nº 2008/0078202-4*, Rel. Min. Jorge Mussi.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial nº 2010/0179968-4*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial nº 60945/SP*, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 318106/RN*, Rel. Min. Ellen Gracie.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 598099/MS*, Rel. Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 566621/RS*, Rel. Min. Ellen Gracie.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 653.736/DF*, Rel. Min. Luiz Fux.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Extraordinário nº 318.106-8*.

ANEXOS

QUESTIONÁRIO

LISTA DE TABELAS

TABELAS

REPRESENTAÇÃO GRÁFICA

QUESTIONÁRIO

A EXPECTATIVA DE DIREITO COMO BEM JURÍDICO

Este questionário tem a finalidade de levantar dados sobre a *expectativa de direito*, que é objeto de estudo da pesquisa intitulada **A Expectativa de Direito como Bem Jurídico**, vinculada ao Programa de Doutorado da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Respondendo a esse questionário você estará contribuindo para essa pesquisa que tem como objetivo principal materializar instrumento que possa servir de elemento na defesa de direitos e garantias individuais ou coletivas, face às modificações resultantes da elaboração legislativa ou de mudanças contratuais que atinjam termos ou condições constantes de *atos jurídicos perfeitos* realizados no entabulamento das mais diversas relações jurídicas entre particulares ou entre estes e o Estado.

Antecipadamente agradecemos a sua participação e colocamo-nos à disposição para maiores esclarecimentos sobre o tema.

I - DADOS DE IDENTIFICAÇÃO

1. Qual a sua faixa etária?

- | | |
|---|--|
| ☐ Até 22 anos | ☐ De 23 a 30 anos |
| ☐ De 31 a 40 anos | ☐ De 41 a 50 anos |
| ☐ De 51 a 60 anos | ☐ De 61 a 70 anos |
| ☐ Acima de 70 anos | |

2. Gênero do entrevistado (a):

- | | |
|------------------------------------|-----------------------------------|
| ☐ Masculino | ☐ Feminino |
|------------------------------------|-----------------------------------|

3. Qual o seu estado civil?

- | | |
|---|--------------------------------------|
| ☐ Solteiro(a) | ☐ Casado(a) |
| ☐ Em União Estável | ☐ Separado(a) |
| ☐ Viúvo(a) | |

4. Qual o seu grau de instrução?

- | | |
|---|--|
| ☐ Estudante | ☐ Graduação – 3º grau |
| ☐ Especialização | ☐ Mestrado |
| ☐ Doutorado | ☐ Pós-Doutorado |

5. Qual o seu perfil sócio-econômico atual (em salários-mínimos)?

- | | |
|---|---|
| ☐ Até 5 S.M. | ☐ De 6 a 10 S.M. |
| ☐ De 11 a 15 S. M. | ☐ De 16 a 20 S. M. |
| ☐ De 21 a 30 S. M. | ☐ Acima de 31 S.M. |

6. Em relação à vida ativo-econômica, qual a sua situação atual?

- | | |
|--|--|
| ☐ Empregado(a) | ☐ Aposentado(a) |
| ☐ Empresário(a) | ☐ Bolsista |
| ☐ Desempregado(a) | ☐ Autônomo(a) |
| ☐ Estudante | ☐ Outros: |

Especificar. _____

7. Informe seu vínculo profissional atual ou seu último vínculo.

- | | |
|---|-----------------------------------|
| ☐ Federal | ☐ Estadual |
| ☐ Municipal | ☐ Privado |
| ☐ Outros: Especifique. _____ | |

II - QUESTÕES ESPECÍFICAS

- 8. Sabendo que a expressão “expectativa de direito” é, conforme grande parte da doutrina jurídica, entendida como simples possibilidade de aquisição de um direito dependente de determinados requisitos legais, situação em que não se registra garantia de imutabilidade para os mesmos, responda:**

Você já se sentiu prejudicado (a) em virtude de um não reconhecimento de direito, nesta condição?

() Sim

() Não

OBS: Em caso de ter respondido “Não”, passe para a questão n. 12.

9. Tendo respondido “Sim” na questão anterior, especifique em qual (is) situação (ões)? (Marcar no máximo 3 opções).

() Relativa ao direito de aposentadoria.

() Relativa ao recebimento de créditos junto à Administração Pública.

() Relativa a não nomeação em cargo público.

() Relativa às perdas em contrato público.

() Relativa às perdas em contrato particular.

() Outros. Especifique:_____

10. Qual (is) foi (ram) o(s) ato(s) motivador (es) do prejuízo apontado?

(Marcar no máximo 3 opções)

() Nova Emenda Constitucional.

() Mudança ou surgimento de Lei Federal.

() Mudança ou surgimento de Lei Estadual.

() Mudança ou surgimento de Lei Municipal.

() Influência de nova lei em contrato público.

() Influência de nova lei em contrato particular.

() Outros. Especifique:_____

() Não sabe informar.

11. Em razão do prejuízo registrado, qual foi o seu sentimento e/ou vontade?
(Marcar no máximo 3 opções):

- ☐ De aceitação pura e simples e não fazer coisa alguma, porque “*expectativa de direito*” nada significa.
- ☐ De descrença na segurança das normas jurídicas.
- ☐ De revolta em razão da insegurança das normas jurídicas.
- ☐ De impotência diante dos atos dos órgãos públicos.
- ☐ De impotência diante do poder econômico.
- ☐ De denunciar à imprensa.
- ☐ De procurar o judiciário.
- ☐ Outros. Especifique: _____

12. Quanto à aplicação e eficácia de uma nova norma jurídica, o que você defende?
(Marcar no máximo 2 opções)

- ☐ Devem-se considerar os atos legais praticados, em andamento, para a obtenção de um determinado direito.
 - ☐ Podem-se desconsiderar os atos legais praticados, em andamento, para a obtenção de um determinado direito.
 - ☐ Só deve ser aplicada no estabelecimento de futuras relações jurídicas.
 - ☐ Outros. Especifique: _____
- _____
- _____

13. Tendo em vista a defesa de direitos e garantias individuais ou coletivas, face às modificações resultantes da elaboração legislativa ou de mudanças contratuais, a *expectativa de direito* deve ser considerada como:

(Marcar no máximo 2 opções)

- ☐ “Um nada jurídico.”
- ☐ Um *bem jurídico*, por conseguinte, protegido pelas normas do Direito.
- ☐ Cada caso é um caso.
- ☐ Situação provisória sem direitos nem garantias.
- ☐ Situação provisória sem direitos, mas com garantias.

14. Você participa ou já participou de discussão sobre a *expectativa de direito*?

- ☐ Na faculdade
- ☐ No exercício da profissão
- ☐ Em reunião social
- ☐ Em projetos de governo
- ☐ Não participa/participou
- ☐ Outros. Especificar:_____

OBS: Caso “Não participa/participou”, passe para a questão n. 16.

15. Em caso de participação, informe qual o assunto que foi discutido.

R. _____

16. Quais os principais problemas que você identifica em relação à “*expectativa de direito como bem jurídico*”?

R. _____

17. Na sua opinião, a consideração da “*expectativa de direito como bem jurídico*” implicaria em resultados relacionados à: (Marcar no máximo 3 opções).

- ☐ Desemprego e subemprego
- ☐ Violência e criminalidade
- ☐ Aposentadoria
- ☐ Saúde
- ☐ Juventude e envelhecimento
- ☐ Outros. Especifique:_____

18. Em sua opinião, a aprovação de uma Emenda Constitucional considerando “*A expectativa de direito como bem jurídico*” trará contribuições para a sociedade?

☐ Sim

☐ Não

☐ Em parte

Justifique: _____

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 -	Perfil etário dos entrevistados	472
Tabela 2 -	Perfil/Gênero dos entrevistados	472
Tabela 3 -	Perfil/Estado civil dos entrevistados	473
Tabela 4 -	Perfil/Grau de instrução/Titulação máxima dos entrevistados.....	473
Tabela 5 -	Perfil socioeconômico atual dos entrevistados (em salários-mínimos)	474
Tabela 6 -	Perfil/Situação atual dos entrevistados em relação à vida ativa/econômica	474
Tabela 7 -	Atual/último vínculo profissional exercido pelos entrevistados.....	475
Tabela 8 -	Sentimento de prejuízo em virtude de um não reconhecimento de direito (<i>expectativa de direito</i>)	476
Tabela 9 -	Situação (ões) de prejuízo(s) apontada(s) pelos entrevistados	476
Tabela 10 -	Outras Situações de prejuízo(s) apontadas pelos entrevistados	477
Tabela 11 -	Modalidade(s) de ato(s) motivador (es) do(s) prejuízo(s) apontado(s) pelos entrevistados.....	477
Tabela 12 -	Outra(s) Modalidade(s) de ato(s) motivador (es) do(s) prejuízo(s) apontado(s) pelos entrevistados	478
Tabela 13 -	Sentimento e/ou vontade dos entrevistados em razão do(s) prejuízo(s) registrado(s)	478
Tabela 14 -	Opinião (ões) defendida(s) pelos entrevistados quanto à aplicação e eficácia de nova norma jurídica.....	479
Tabela 15 -	Outra(s) Opinião (ões) defendida(s) pelos entrevistados quanto à aplicação e eficácia de nova norma jurídica	479
Tabela 16 -	Correspondência da “ <i>expectativa de direito</i> ” em relação à defesa de direitos e garantias individuais e coletivas, face às modificações resultantes da elaboração legislativa ou de mudanças contratuais	480
Tabela 17 -	Localidade/Participação dos entrevistados de discussão sobre “ <i>expectativa de direito</i> ”	480
Tabela 18 -	Modalidades de assuntos discutidos sobre o tema durante participação dos entrevistados	481
Tabela 19 -	Principais problemas identificados pelos entrevistados em relação à “Expectativa de direito como <i>bem jurídico</i> ”	483
Tabela 20 -	Implicações/resultados relacionados pelos entrevistados face à consideração da “ <i>expectativa de direito como bem jurídico</i> ”	488
Tabela 21 -	Outra(s) implicações/resultados relacionadas pelos entrevistados face à consideração da “ <i>expectativa de direito como bem jurídico</i> ”	489
Tabela 22 -	Opinião dos entrevistados em relação às contribuições para a sociedade da aprovação de uma Emenda Constitucional considerando “A <i>Expectativa de Direito</i> como Bem Jurídico”	490
Tabela 23 -	Caso sim - Justificativas:	490
Tabela 24 -	Caso não - Justificativas:	495

Tabela 25 -	Concordância parcial - Justificativas:	497
Tabela 26 -	Perfil/Grau de instrução/Titulação máxima dos entrevistados conforme o gênero/sexo	500
Tabela 27 -	Perfil socioeconômico dos entrevistados conforme o gênero/sexo.....	501
Tabela 28 -	Perfil/Situação atual dos entrevistados em relação à vida ativo-econômica conforme o gênero/sexo.....	502
Tabela 29	Atual/último vínculo profissional exercido pelos entrevistados conforme o gênero/sexo	503
Tabela 30 -	Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito conforme o grau de instrução /titulação máxima dos entrevistados	504
Tabela 31 -	Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito conforme o perfil socioeconômico dos entrevistados (em salários mínimos)	505
Tabela 32 -	Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito conforme a situação ativa /econômica dos entrevistados	506
Tabela 33 -	Opinião dos entrevistados em relação à aplicação e eficácia de nova norma jurídica VS Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito	507
Tabela 34 -	Correspondência da “ <i>expectativa de direito</i> ” em relação à defesa de direitos e garantias individuais e coletivas, face às modificações resultantes da elaboração legislativa ou de mudanças contratuais VS Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito	508
Tabela 35	Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito VS Localidade/Participação dos entrevistados em discussões sobre a <i>expectativa de direito</i>	509

TABELAS

PROJETO EXPECTATIVA DE DIREITO COMO BEM JURÍDICO

CARACTERÍSTICAS SOCIODEMOGRÁFICOS DOS ENTREVISTADOS

Tabela 1: Perfil etário dos entrevistados

Faixa Etária	Casos	%
Até 22 anos	41	38,3
Acima de 22 até 30 anos	32	29,9
Acima de 30 até 40 anos	13	12,1
Acima de 40 até 50 anos	12	11,2
Acima de 50 até 60 anos	5	4,7
Acima de 60 até 70 anos	2	1,9
Acima de 70 anos	2	1,9
Total	107	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 2: Perfil/Gênero dos entrevistados

Gênero/sexo	Casos	%
Masculino	60	56,1
Feminino	47	43,9
Total	107	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 3: Perfil/Estado civil dos entrevistados

Estado civil	Casos	%
Solteiro (a)	72	67,3
Casado (a)	25	23,4
Em União Estável	6	5,6
Separado (a)	3	2,8
Viúvo (a)	1	0,9
Total	107	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 4: Perfil/Grau de instrução/Titulação máxima dos entrevistados

Grau de instrução	Casos	%
Estudante	48	44,9
Graduação - 3º grau	38	35,5
Especialização	10	9,3
Mestrado	7	6,5
Doutorado	3	2,8
Não informou	1	0,9
Total	107	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 5: Perfil socioeconômico atual dos entrevistados (em salários-mínimos)

Perfil socioeconômico	Casos	%
Até 05 Salários mínimos	67	62,6
Acima de 05 até 10 Salários mínimos	20	18,7
Acima de 10 até 15 Salários mínimos	3	2,8
Acima de 15 até 20 Salários mínimos	6	5,6
Acima de 20 até 30 Salários mínimos	7	6,5
Acima de 30 Salários mínimos	3	2,8
Não informou	1	0,9
Total	107	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 6: Perfil/Situação atual dos entrevistados em relação à vida ativa/econômica

Modalidades	Casos	%
Empregado (a)	45	42,1
Aposentado (a)	4	3,7
Empresário (a)	2	1,9
Bolsista	4	3,7
Desempregado (a)	4	3,7
Autônomo (a)	7	6,5
Estudante	36	33,6
Outro(s)	5	4,7
Total	107	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 7: Atual/último vínculo profissional exercido pelos entrevistados

Vínculo profissional	Casos	%
Federal	9	8,4
Estadual	28	26,2
Municipal	9	8,4
Privada	38	35,5
Não possui/nunca teve	15	14,0
Não informou	8	7,5
Total	107	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

CONTEXTUALIZAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO COMO BEM JURÍDICO

Tabela 8: Sentimento de prejuízo em virtude de um não reconhecimento de direito (*expectativa de direito*)

Prejudicado	Casos	%
Sim	38	35,5
Não	69	64,5
Total	107	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 9: Situação (ões) de prejuízo(s) apontada(s) pelos entrevistados

Modalidades de situações/Prejuízos	Casos	% Casos
Relativa ao direito de aposentadoria	5	10,9%
Relativa ao recebimento de créditos junto ao Estado	7	15,2%
Relativa a não nomeação em cargo público	8	17,4%
Relativa às perdas em contrato particular	4	8,7%
Relativa às perdas em contrato público	15	32,6%
Outros	7	15,2%
Não sabe/não informou	5	10,9%
Total	46	121,1%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere à questão de resposta múltipla.

Tabela 10: Outras Situações de prejuízo(s) apontadas pelos entrevistados

Situações/Prejuízos	Casos	% Casos
Contratos de adesão como telefonia, cartão de crédito etc.	1	14,3
Financiamento de imóvel	1	14,3
Pelo fato da <i>insegurança jurídica</i>	1	14,3
Perícia médica	1	14,3
Reconhecimento de paternidade	1	14,3
Relativo ao desenvolvimento da vida, pós universidade (OAB, Concursos, emprego etc.)	1	14,3
Não informou	1	14,3
Total	7	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 11: Modalidade(s) de ato(s) motivador (es) do(s) prejuízo(s) apontado(s) pelos entrevistados

Modalidades de atos motivadores	Casos	% Casos
Nova Emenda constitucional	6	15,8%
Mudança ou surgimento de Lei Federal	4	10,5%
Mudança ou surgimento de Lei Estadual	4	10,5%
Mudança ou surgimento de Lei Municipal	1	2,6%
Influência de nova lei em contrato particular	5	13,2%
Influência de nova lei em contrato público	8	21,1%
Outro(s)	9	23,7%
Não sabe/não informou	9	23,7%
Total	46	121,1%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere à questão de resposta múltipla.

Tabela 12: Outra(s) Modalidade(s) de ato(s) motivador (es) do(s) prejuízo(s) apontado(s) pelos entrevistados

Outras modalidades	Casos	% Casos
Corrupção. Justiça falha	1	11,1
Desconhecimento de normas	1	11,1
Dificuldade em resolver questão em que a lei dá o direito, mas dificulta a sua concretização	1	11,1
Discricionariedade	1	11,1
Estatuto da ordem, legislação do MEC e a lei 8112	1	11,1
Ingerência estatal	1	11,1
Juros abusivos	1	11,1
Legislação específica na Bahia para nova lei da licença maternidade estendida (falta)	1	11,1
Nepotismo	1	11,1
Total	9	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 13: Sentimento e/ou vontade dos entrevistados em razão do(s) prejuízo(s) registrado(s)

Sentimento/Vontade	Casos	% Casos
De aceitação pura e simples e não fazer coisa alguma, porque “ <i>expectativa de direito</i> ” nada significa	3	7,9%
De descrença na segurança das normas jurídicas	13	34,2%
De revolta em razão da insegurança das normas jurídicas	9	23,7%
De impotência diante dos atos dos órgãos públicos	19	50,0%
De impotência diante do poder econômico	7	18,4%
De denunciar à imprensa	3	7,9%
De procurar o judiciário	14	36,8%
Outro(s)	2	5,3%
Total	70	184,2%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere à questão de resposta múltipla.

Tabela 14: Opinião (ões) defendida(s) pelos entrevistados quanto à aplicação e eficácia de nova norma jurídica

Modalidades de opinião	Casos	% Casos
Devem-se considerar os atos legais praticados, em andamento, para a obtenção de um determinado direito	62	59,6%
Podem-se desconsiderar os atos legais praticados, em andamento, para a obtenção de um determinado direito	11	10,6%
Só deve ser aplicada no estabelecimento de futuras relações jurídicas	42	40,4%
Outro(s)	8	7,7%
Não sabe/não informou	3	2,8%
Total	126	121,1%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere à questão de resposta múltipla.

Tabela 15: Outra(s) Opinião (ões) defendida(s) pelos entrevistados quanto à aplicação e eficácia de nova norma jurídica

Outras modalidades	Casos	% Casos
Além de considerar os atos legais praticados, tem de se observar também a aceitação social de tais normas, pois ela ser aplicada, não garante que será eficaz	1	12,5
Cada caso é um caso	1	12,5
Depende da norma. Algumas normas devem ter aplicação imediata, atingindo inclusive relações jurídicas em andamento e outras não, atingindo somente fatos futuros	1	12,5
Devem-se considerar o direito adquiridos e o ato jurídico perfeito em favor da sociedade	1	12,5
Novas práticas de atos legais	1	12,5
Quando a nova norma jurídica beneficiar o réu, esta deve prevalecer	1	12,5
Se correr o bicho pega, se ficar o bicho come	1	12,5
Tem pouca ou nenhuma aplicabilidade	1	12,5
Total	8	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 16: Correspondência da “*expectativa de direito*” em relação à defesa de direitos e garantias individuais e coletivas, face às modificações resultantes da elaboração legislativa ou de mudanças contratuais

Modalidades/Considerações	Casos	% Casos
"Um nada jurídico"	8	7,6%
Um <i>bem jurídico</i> , por conseguinte, protegido pelas normas do Direito	55	52,4%
Cada caso é um caso	37	35,2%
Situação provisória sem direitos nem garantias	14	13,3%
Situação provisória sem direitos, mas com garantias	15	14,3%
Não sabe/não informou	2	1,9%
Total	131	124,7%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere à questão de resposta múltipla.

Tabela 17: Localidade/Participação dos entrevistados de discussão sobre “*expectativa de direito*”

Localidade/Participação	Casos	% Casos
Na faculdade	38	35,5%
No exercício da profissão	9	8,4%
Em reunião social	11	10,3%
Em projetos do governo	4	3,7%
Não participa/participou	55	51,4%
Total	117	109,3%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere à questão de resposta múltipla.

Tabela 18: Modalidades de assuntos discutidos sobre o tema durante participação dos entrevistados

Entrevista	Assuntos discutidos
48	Devem ser consideradas garantias/direitos do nascituro
86	A disseminação do direito
96	A <i>expectativa de direito</i> do nascituro
38	A <i>expectativa de direito</i> nas ações de usucapião
52	A <i>expectativa de direito</i> ou de fato, o direito adquirido
98	A <i>expectativa de direito</i> para nascituro
29	A respeito de sua aplicabilidade nos casos concretos e a falta de <i>segurança jurídica</i> que isso leva
56	A situação de recebimento de benefício
99	Alteração de lei estadual sobre licitação
11	Ao não direito à pensão alimentícia retroativa
50	Aposentadoria
44	Aposentadoria e Direito civil em alguns pontos
60	Aprovação em concurso público estadual e não nomeação por tratar-se de cadastro de reserva; direito a licença maternidade de 180 dias (garantida por lei federal) sem poder gozar do direito por falta de legislação específica no Estado da Bahia
105	Aprovação em concurso público, que não gera direito a nomeação e sim uma mera expectativa
69	Assunto de aula, debatendo o que é a <i>expectativa de direito</i>
9	Carta Magna - Palestra
47	Conceito e conseqüências
93	Danos morais
41	Direito civil
85	Direito de família em relação ao nascituro
106	Direito de liberdade de um réu preso
18	Direito e normas que o cidadão deve seguir durante a lei Constitucional, ligando ao social
26	Direito na Faculdade
75	Direitos adquiridos
24	Discriminação racial
90	Do direito a vida

Entrevista	Assuntos discutidos
74	Em relação a Concurso
27	Exemplos dados pelo professor em sala de aula, como o caso de um acompanhante de um idoso que espera receber uma herança mesmo sem que o idoso tenha obrigação de fazer isso
70	Exercício efetivo da cidadania em instituições/órgãos de defesa do consumidor
58	Herança
2	Leis trabalhistas, previdenciárias e acesso ao crédito
15	Melhoria de projetos para pessoas carentes
91	Mudança na regra de aposentadoria
3	Não informou
40	Não informou
57	Não informou
77	Não informou
81	Não informou
97	Não informou
68	Não lembra
82	Não me recordo
103	Nomeação em concurso público
46	O direito como regulador
89	O futuro do profissional de direito
35	Previdência
37	Previdência
22	Projeto do governo para a melhoria da saúde, educação, lazer e etc.
71	Relacionado a questões de nomeação em concursos públicos
4	Responsabilidade civil
10	Ressocialização de ex-presidiários
80	Significado de <i>expectativa de direito</i> ; Como tornar uma garantia à <i>expectativa de direito</i>
49	Significado e aplicação

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 19: Principais problemas identificados pelos entrevistados em relação à “*expectativa de direito como bem jurídico*”

Entrevista	Principais problemas identificados
1	Não informou
2	Legislação descontextualizada, burocracia e morosidade
3	Não informou
4	Falta de tutela constitucional no <i>bem jurídico</i>
5	Não informou
6	No momento nenhum
7	Falta de conhecimento
8	Proteção de bens consumidos
9	Não informou
10	A devida aplicação
11	A aplicação do conceito
12	A falta de importância do <i>bem jurídico</i>
13	Não informou
14	Não informou
15	A falta de valor que dão a questão
16	Não informou
17	Não informou
18	São diversos fatores como fome, miséria, educação, entre outros
19	Fome, miséria, saúde e educação
20	O lado social como a educação, saúde para todos
21	A melhoria de escolas, creches, saúde e educação
22	A falta de pontuar as leis constitucionais para a melhoria da educação
23	O aborto clandestino, problemas ambientais, problemas com discriminação
24	Problemas socioeconômicos, problemas culturais
25	Biossegurança, aborto clandestino
26	Desigualdade econômica, má distribuição de renda
27	O fato de a <i>expectativa de direito</i> não ser tutelado pelo Estado

Entrevista	Principais problemas identificados
28	Não creio que todas as situações possam ser assim avaliadas
29	Por ele não ser realmente um objeto de tutela por parte do Estado, sendo uma mera expectativa e não um direito
30	A <i>expectativa de direito</i> ainda não constitui uma situação consumada, pois ainda há requisitos a serem cumpridos
31	Se não há direitos garantidos e sim a expectativa, não creio que se possa considerar um <i>bem jurídico</i>
32	Não informou
33	A própria nomenclatura empregada, já que "Expectativa" não se coaduna com "Certeza". Agora, se a <i>expectativa de direito</i> está sendo aqui tratada como predisposição para a pessoa ser sujeito de direito e obter o patamar de pessoa capaz para ter, aí sim
34	Não reconhecimento das garantias protegidas pela expectativa
35	Deveria ser discutido com mais frequência, pois não sei responder a pergunta
36	A casuística, já que em determinadas situações creio que a aplicação absoluta da mesma traria problemas
37	A princípio nenhum
38	Insegurança jurídica
39	Não é <i>bem jurídico</i> , pois para que seja qualificado como tal, dever ser tutelado pelo Direito. A " <i>expectativa de direito</i> " é a própria aquisição dos bens jurídicos
40	A falta de conhecimento, por parte da sociedade, de como ter acesso aos meios jurídicos e assim buscar a efetivação de seus direitos
41	Não entendo <i>expectativa de direito</i> como <i>bem jurídico</i>
42	A falta de conhecimento por parte dos titulares de direito quanto aos mecanismos legais para alcançar o direito, isso gera uma espécie de insegurança para si e para a sociedade
43	Nem tudo pode ser considerado um <i>bem jurídico</i>
44	A <i>expectativa de direito</i> não traz garantias imediatas ao detentor de direitos
45	Não tenho opinião formada sobre o assunto
46	Não tenho opinião formada
47	Em caso de frustração da <i>expectativa de direito</i> , o <i>bem jurídico</i> torna-se algo desprovido de concretude, e, portanto perde sua proteção.
48	A sua "Não positividade" específica permite ainda discricionariedade e, por conseguinte pode não assegurar todas as garantias devidas, ou a melhor situação
49	Por ainda não se tratar de um direito, não é motivo de ser protegido por este

Entrevista	Principais problemas identificados
50	É complicado se defender <i>expectativa de direito</i> como um <i>bem jurídico</i> , pois as normas estão em constante mutação e não se podem estagnar os direitos que possuem as pessoas em determinado tempo e espaço
51	A <i>expectativa de direito</i> não pode ser tratada como <i>bem jurídico</i> visto que não traz garantias instantâneas
52	Que não há uma segurança plena nas situações de fato, que o direito não abarca todas essas situações
53	Nada pode ser estagnado, alterações devem ser naturais, com garantias de situações em andamento.
54	Expectativa nada quer dizer. O requerente deve se apoiar na sorte
55	Vejo como principal problema a compreensão do instituto
56	O prejuízo causado ao requerente
57	Não informou
58	É explicar para o cidadão que essa <i>expectativa de direito</i> embora como <i>bem jurídico</i> é <i>expectativa de direito</i>
59	A expectativa não assegura nada, quem será beneficiado?
60	O principal problema identificado refere-se à frustração pessoal dos indivíduos lesados e a própria <i>insegurança jurídica</i> apontada pelo nosso ordenamento jurídico
61	Questão que requer acuidade, afinal quem efetivamente será beneficiado? Identificar isso é importante
62	A aceitação por parte da instituição requerida
63	Decepção e frustração do indivíduo lesado
64	Expectativa é relativo
65	Expectativa por si só é uma situação subjetiva, mas se houver elementos que possam objetivar a expectativa a entrave diminui
66	A insegurança e a frustração do indivíduo
67	Ser um conceito muito relativo, pouco concreto. Pode ser muita coisa e ao mesmo tempo nada
68	Não informou
69	Comprovar essa expectativa, também ser utilizado de forma indiscriminada
70	Exclusão/marginalização social
71	Há uma insegurança relativa nas situações em que há mera <i>expectativa de direito</i> , eis que as garantias são mitigadas e inviabilizam sua concretização
72	Prejudica o réu
73	O benefício deve ser sempre ao réu, portanto situações em andamento devem ser mantidas
74	A própria forma em seu teor abstrato, que não está relacionado a nada, bem como, não há formas de

Entrevista	Principais problemas identificados
	garantias.
75	O cumprimento dos requisitos para constituição da expectativa se tornar um direito adquirido
76	Tal status de <i>bem jurídico</i> à mera <i>expectativa de direito</i> , torna contraditório o termo, pois não haverá mais expectativa e sim direitos
77	Não informou
78	A atualização da lei é natural, entretanto devem ser mantidos os casos em andamento
79	Expectativa não é garantia
80	O fato de que muitos em nossa sociedade nem se quer sabem que possuem direitos e a não materialização da <i>expectativa de direito</i>
81	A prática de retrocesso de direitos sociais e trabalhistas que está ocorrendo no mundo
82	As pessoas tendem a confundir uma mera <i>expectativa de direito</i> com direito adquirido, que são coisas completamente distintas.
83	Garantir como um direito, uma <i>expectativa de direito</i> é atentar contra a <i>segurança jurídica</i>
84	O desrespeito ao princípio basilar: a <i>dignidade da pessoa humana</i>
85	Não informou
86	A não garantia do direito face a todos
87	A não socialização do direito
88	Não informou
89	Não visualizo problema algum
90	Do de nascer com vida ou não, por causa da sucessão
91	Alteração e aplicação imediata após publicação de direitos garantidos
92	O principal problema que se percebe é a manutenção dessa expectativa, sem alterações posteriores que possam trazer <i>insegurança jurídica</i>
93	A fase probatória, normalmente difícil de mensurar e sustentar
94	Muita expectativa, pouca prática
95	Não informou
96	A concretização e conceitualização para gerar efeitos na sociedade, deixando expectativo o mundo das ideias (normas) e efetivando-se
97	Não informou
98	Não concretização de um direito esperado

Entrevista	Principais problemas identificados
99	O problema principal é a incerteza da aquisição de um direito líquido e certo, o que gera (uma) certa expectativa e ansiedade
100	Não há problemas. A <i>expectativa de direito</i> deve ser respeitada e acolhida como um <i>bem jurídico</i>
101	Em sendo considerado como <i>bem jurídico</i> , a expectativa do direito poderá suscitar a violação ao princípio da igualdade
102	A não execução do direito para se tornar a teoria em realidade, além disso, a minoria da sociedade é que tem o seu direito efetivamente como <i>bem jurídico</i>
103	Dar ao poder público uma margem muito grande para este, praticar livremente certos atos que deveriam ser limitados
104	O fato de ter que adequá-la a fim de que seu titular tenha plena condição de adquirir o direito
105	A <i>insegurança jurídica</i> , já que o que está previsto nem sempre é efetuado, digo, se realiza de fato
106	A realidade é diferente do que a lei diz. Os meios de se chegar ao fim desejado, não são os garantidos na prática.
107	A interligação com o direito subjetivo, em que o indivíduo busca do Estado - juiz, a tutela da proteção abduzida, gerando uma expectativa em satisfazer o cumprimento ou não de obrigação, um interesse protegido

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 20: Implicações/resultados relacionados pelos entrevistados face à consideração da “*expectativa de direito como bem jurídico*”.

Modalidades	Casos	% Casos
Desemprego e subemprego	49	47,6%
Aposentadoria	54	52,4%
Juventude e envelhecimento	17	16,5%
Violência e criminalidade	33	32,0%
Saúde	67	65,0%
Outro(s)	11	10,7%
Não sabe/não informou	4	3,7%
Total	235	228,0%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere à questão de resposta múltipla.

Tabela 21: Outra(s) implicações/resultados relacionadas pelos entrevistados face à consideração da “*expectativa de direito como bem jurídico*”.

Outras Implicações	Casos	% Casos
Bem estar - Vida	1	9,1
Consumidor	1	9,1
Depende do caso	1	9,1
Direitos de sucessões	1	9,1
Direitos do nascituro	1	9,1
Educação	1	9,1
Insegurança jurídica	1	9,1
Inventário	1	9,1
Não haverá resultados, o Estado precisa implementar as garantias já ora juradas pela Constituição Federal	1	9,1
Não informou	1	9,1
Nenhum, porque <i>expectativa de direito</i> é mera expectativa, é um mero ente abstrato que de fato não garante nada e que não está legitimado no ordenamento jurídico	1	9,1
Total	11	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 22: Opinião dos entrevistados em relação às contribuições para a sociedade da aprovação de uma Emenda Constitucional considerando "A Expectativa de Direito como Bem Jurídico"

Opinião	Casos	%
Sim, trará	47	43,9
Não trará	24	22,4
Em parte sim, em parte não	34	31,8
Não informou	2	1,9
Total	107	100,0

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 23: Caso sim - Justificativas:

Entrevista	Justificativas
2	A participação popular implica na promoção da cidadania
8	No apoio a proteção moral e material do sujeito
9	Não justificou
11	Não justificou
12	Porque trará um mercado mais abrangedor para a sociedade
13	Não justificou
15	Não justificou
16	Não justificou

Entrevista	Justificativas
17	Não justificou
26	Ajudará os jovens a terem mais força de vontade para crescerem na vida
27	Porque com a aprovação da emenda, algumas expectativas de direito que não haviam sido atendidas poderão ser alcançadas
32	A <i>expectativa de direito</i> tem que ser protegida como um <i>bem jurídico</i> , pois é muito importante e traz segurança
34	Visará uma melhor garantia no reconhecimento desses direitos
36	Pois a exemplo da aposentadoria, pessoas que planejam toda sua vida salvaguardando o direito, o tem perdido por mudança legislativa, o que não aconteceria se houvesse tal emenda.
37	A <i>expectativa de direito</i> deve ser considerada como <i>bem jurídico</i> em qualquer situação
39	Iria existir uma obrigação para que todos os direitos (garantias jurídicas) fossem adquiridos, da forma mais simples possível. Uma " <i>expectativa de direito</i> " consiste no fato de "dever" existir uma forma simples de aquisição do Direito
48	A <i>expectativa de direito</i> é, nada mais que um momento de nascimento conceitual do direito, uma antecipação de um direito devido e, portanto um direito em construção que deve ser assegurado
52	Pois deverá contribuir para formar uma opinião pública sobre o tema
53	Não justificou
54	Para que tenhamos mais dignidade no seio de nossa sociedade
55	Não informou

Entrevista	Justificativas
60	Pois transformado em <i>bem jurídico</i> , deixa de ser mera <i>expectativa de direito</i>
66	Essa aprovação torna a expectativa em bem
69	Desde que seja feita observando-se os limites, dará uma maior <i>segurança jurídica</i>
71	Cercará as situações em que houver mera <i>expectativa de direitos</i> de garantias assecuratórias de sua concretização
72	Devem ser considerados os casos em andamento
79	Não justificou
80	Tendo em vista que expectativa é a possibilidade, o que dá ideia de algo incerto, criar uma E.C. referente à mesma mais firmada à sua real aplicação
81	Trará garantias
84	Não justificou
85	A criação de uma E.C. modificadora trará contribuição para a sociedade, pois indicará respeito aos termos e condições dos <i>atos jurídicos perfeitos</i> contribuindo assim, com a necessária <i>segurança jurídica</i> para aqueles que assim esperam da lei, que deve ser
86	Sim, trará a possibilidade de uma sociedade mais justa
87	Sim, desde que seja realmente cumprida

Entrevista	Justificativas
88	Não justificou
89	Haveria uma maior segurança no que tange o direito propriamente dito
90	Por causa do princípio do direito adquirido, não pode ser retirado
91	Evitaria alterações constantes em assuntos pacificados
94	Não justificou
95	Não justificou
96	Sim, pois normas constitucionais que não são aplicadas no presente poderá depois serem perseguidas por instrumento específico.
97	Não justificou
100	A lei de Introdução ao Código Civil deixou claro em todo o art. 6º que uma nova lei respeitaria o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Todavia, não é o que vemos na prática
101	Trará moralidade a justiça e nas leis e, conseqüente <i>segurança jurídica</i>
103	Viver em um Estado democrático de direito. <i>Expectativa de direito</i> engessa o direito posto
105	Trará mais moralidade as legislações, tendo em vista que predomina a crença de que a lei só funciona para alguns
106	Trará soluções a questões de difícil resolução e colocará o cidadão em melhores condições de exercer seus direitos.

Entrevista	Justificativas
107	Sim, pois produziria efeitos do direito adquirido, pois passaria de concepções filosóficas e sociais.

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 24: Caso não - Justificativas:

Entrevista	Justificativas
5	Não justificou
18	Não justificou
19	Não justificou
20	Não justificou
21	Não justificou
22	Não justificou
23	Irá piorar a saúde no país
25	Acaba prejudicando as pessoas que trabalham toda uma vida pagando impostos caros
30	Poderá trazer contradições
31	Não há garantias. É apenas uma expectativa, não há porque considerar como <i>bem jurídico</i>
40	Se contribuísse, seria negativamente, pois estaria abrindo as portas para que outros princípios também passassem a ser tidos como " <i>bem jurídico</i> ", tirando-lhe a credibilidade
41	A <i>expectativa de direito</i> não pode ser entendido como direito adquirido e muito menos como <i>bem jurídico</i>
44	Pois se quer é um ato jurídico concretizado não podendo ser <i>bem jurídico</i>

Entrevista	Justificativas
51	São conceitos diferentes. A <i>expectativa de direito</i> não pode ser considerada um <i>bem jurídico</i>
59	Não justificou
64	Não sabe ao certo se trará contribuições
65	No mundo fótico já existe <i>expectativa de direito</i> , expectativa de que o Estado seja de fato garantias dos direitos fundamentais já declaradas na C.F./88
74	Não justificou
75	Não justificou
76	Já existem garantias no tocante aos direitos sucessórios, assim não há necessidade de tornar essa condição jurídica em <i>bem jurídico</i>
82	Não justificou
83	Não justificou
98	A <i>expectativa de direito</i> é a esperança de um direito duvidoso, que a sociedade confundirá com direito adquirido que está presente no direito

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 25: Concordância parcial - Justificativas:

Entrevista	Justificativas
1	Se as normas realizadas forem realmente igualitárias para todas as classes
3	Não justificou
4	Existirá grande demanda no judiciário com situações em que estará visivelmente comprovada a não expectativa, abarrotando assim o judiciário desnecessariamente
6	Metade
7	Não saberia responder com exatidão
10	Depende do texto da emenda
24	Sempre existe o lado bom e o lado ruim
28	Há de se analisar se uma medida generalizada como esta será realmente boa em todos os casos
29	Em parte aumentará a <i>segurança jurídica</i> em casos como a saúde e aposentadoria, por outro levará a um acréscimo nos gastos do Estado e um desestímulo de benefícios por parte dos planos de saúde, por outro lado a saúde pública deverá melhorar
33	Os casos concretos merecem uma especial atenção quando tratamos da " <i>expectativa de direito</i> ", já que nem sempre a situação em enfoque fará jus ao recebimento de tal benesse, por assim dizer
35	Devem-se analisar as situações em particular para poder melhor definir a questão
42	Por um lado possibilitaria um maior conhecimento legal para alcançar um direito, mitigando a insegurança burocrática, por outro lado, bens jurídicos são entes que representam uma generalidade maior, em

Entrevista	Justificativas
	consequência, "A <i>expectativa de direito</i> como bem júri"
43	A situação terá de ser analisada com ponderação, mas a princípio acredito que ao mesmo tempo em que considerar a <i>expectativa de direito</i> como <i>bem jurídico</i> traz benefícios, não seria correto tratar, porém as situações como bem jurídicas. Como disse antes, "Cada caso é um caso"
45	Não tenho opinião formada sobre o assunto
47	Em meio à proteção jurídica do instituído e evidenciado é positivo na medida em resguardar mais garantias e direitos aos cidadãos para com direitos ainda não aderidos ao patrimônio jurídico
49	Banalização de " <i>bem jurídico</i> ".
50	Pois ela trará méritos e deméritos, visto que é uma ideia nova e ainda pouco aperfeiçoada
56	Afinal, cada situação requer análise individual
57	Não justificou
58	No sentido de evitar as manobras dos não bem intencionados para frustrar outros indivíduos
61	Análise individual de cada caso
62	Não informou
63	Pois cada caso é um caso
67	Por ser um conceito abstrato, pode haver dificuldades em sua aplicação

Entrevista	Justificativas
68	Não tenho formada sobre
70	Não justificou
73	Cada caso é um caso
77	A aprovação em si não muda muita coisa. Far-se-á necessário avaliar a modificação dessa norma
78	Cada caso é um caso
92	Será importante se for concretizado como norma. Assim, a expectativa, apenas, não traz <i>segurança jurídica</i>
93	Devido a nossa sociedade, precária, injusta, egoísta, pode se ter dificuldade de se valer o direito
99	Por um lado trará segurança aos jurídicos perfeitos, por outro, o direito não pode ser petrificado, pois o direito deve seguir o clamor social de mutabilidade, desde que seja para o bem da sociedade
102	Tendo em vista as mudanças que vem ocorrendo na sociedade faz-se mister a adequação da norma aos fatos sociais, nesse sentido é imprescindível em determinados casos a aprovação de emendas
104	A sociedade será agasalhada com a garantia de um direito que ainda não é titular, haja vista carecer de requisitos exigidos pelas leis.

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

CRUZAMENTOS DE VARIÁVEIS PERTINENTES AO PROJETO

Tabela 26: Perfil/Grau de instrução/Titulação máxima dos entrevistados conforme o gênero/sexo

Grau de instrução	Sexo/Gênero		Total
	Masculino	Feminino	
Estudante	30	18	48
	28,0%	16,8%	44,9%
Graduação – 3º grau	20	18	38
	18,7%	16,8%	35,5%
Especialização	5	5	10
	4,7%	4,7%	9,3%
Mestrado	4	3	7
	3,7%	2,8%	6,5%
Doutorado	1	2	3
	0,9%	1,9%	2,8%
Não sabe/não informou	0	1	1
	0,0%	0,9%	0,9%
Total	60	47	107
	56,1%	43,9%	100,0%

Fonte: Pesquisa direta – expectativa de direito. Janeiro/Março 2011.

Tabela 27: Perfil socioeconômico dos entrevistados conforme o gênero/sexo

Perfil socioeconômico	Sexo/Gênero		Total
	Masculino	Feminino	
Até 05 salários mínimos	37	30	67
	34,6%	28,0%	62,6%
Acima de 06 até 10 salários mínimos	14	6	20
	13,1%	5,6%	18,7%
Acima de 10 até 15 salários mínimos	2	1	3
	1,9%	0,9%	2,8%
Acima de 15 até 20 salários mínimos	2	4	6
	1,9%	3,7%	5,6%
Acima de 20 até 30 salários mínimos	3	4	7
	2,8%	3,7%	6,5%
Acima de 30 salários mínimos	1	2	3
	0,9%	1,9%	2,8%
Não sabe/não informou	1	0	1
	0,9%	0,0%	0,9%
Total	60	47	107
	56,1%	43,9%	100,0%

Fonte: Pesquisa direta – expectativa de direito. Janeiro/Março 2011.

Tabela 28: Perfil/Situação atual dos entrevistados em relação à vida ativo-econômica conforme o gênero/sexo

Modalidades/Situação	Sexo/Gênero		Total
	Masculino	Feminino	
Empregado (a)	22	23	45
	20,6%	21,5%	42,1%
Aposentado (a)	3	1	4
	2,8%	0,9%	3,7%
Empresário (a)	1	1	2
	0,9%	0,9%	1,9%
Bolsista	2	2	4
	1,9%	1,9%	3,7%
Desempregado (a)	3	1	4
	2,8%	0,9%	3,7%
Autônomo (a)	5	2	7
	4,7%	1,9%	6,5%
Estudante	21	15	36
	19,6%	14,0%	33,6%
Outro(s)	3	2	5
	2,8%	1,9%	4,7%
Não sabe/não informou	22	23	45
	20,6%	21,5%	42,1%
Total	60	47	107
	56,1%	43,9%	100,0%

Fonte: Pesquisa direta – expectativa de direito. Janeiro/Março 2011.

Tabela 29: Atual/último vínculo profissional exercido pelos entrevistados conforme o gênero/sexo

Modalidades/Vínculos	Sexo/Gênero		Total
	Masculino	Feminino	
Federal	7	2	9
	6,5%	1,9%	8,4%
Estadual	16	12	28
	15,0%	11,2%	26,2%
Municipal	4	5	9
	3,7%	4,7%	8,4%
Privado	22	16	38
	20,6%	15,0%	35,5%
Outro(s)	8	7	15
	7,5%	6,5%	14,0%
Não sabe/não informou	3	5	8
	2,8	4,7%	7,5%
Total	60	47	107%
	56,1%	43,9%	100,0%

Fonte: Pesquisa direta – expectativa de direito. Janeiro/Março 2011.

Tabela 30: Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito conforme o grau de instrução/titulação máxima dos entrevistados

Grau de instrução	Prejudicado		Total
	Sim	Não	
Estudante	14	34	48
	13,1%	31,8%	44,9%
Graduação – 3º grau	18	20	38
	16,8%	18,7%	35,5%
Especialização	5	5	10
	4,7%	4,7%	9,3%
Mestrado	0	7	7
	0,0%	6,5%	6,5%
Doutorado	1	2	3
	0,9%	1,9%	2,8%
Não sabe/não informou	0	1	1
	0,0%	0,9%	0,9%
Total	38	69	107
	35,5%	64,5%	100,0%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 31: Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito conforme o perfil socioeconômico dos entrevistados (em salários mínimos)

Perfil socioeconômico	Prejudicado		Total
	Sim	Não	
Até 05 salários mínimos	23	44	67
	21,5%	41,1%	62,6%
Acima de 06 até 10 salários mínimos	8	12	20
	7,5%	11,2%	18,7%
Acima de 10 até 15 salários mínimos	1	2	3
	0,9%	1,9%	2,8%
Acima de 15 até 20 salários mínimos	1	5	6
	0,9%	4,7%	5,6%
Acima de 20 até 30 salários mínimos	3	4	7
	2,8%	3,7%	6,5%
Acima de 30 salários mínimos	2	1	3
	1,9%	0,9%	2,8%
Não sabe/não informou	0	1	1
	0,0%	0,9%	0,9%
Total	38	69	107
	35,5%	64,5%	100,0%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 32: Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito conforme a situação ativa/econômica dos entrevistados

Situação Ativa/econômica	Prejudicado		Total
	Sim	Não	
Empregado (a)	20	25	45
	18,7%	23,4%	42,1%
Aposentado (a)	1	3	4
	0,9%	2,8%	3,7%
Empresário (a)	0	2	2
	0,0%	1,9%	1,9%
Bolsista	1	3	4
	0,9%	2,8%	3,7%
Desempregado (a)	1	3	4
	0,9%	2,8%	3,7%
Autônomo (a)	2	5	7
	1,9%	4,7%	6,5%
Estudante	12	24	36
	11,2%	22,4%	33,6%
Outro(s)	1	4	5
	0,9%	3,7%	4,7%
Não sabe/não informou	20	25	45
	18,7%	23,4%	42,1%
Total	38	69	107
	35,5%	64,5%	100,0%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Tabela 33: Opinião dos entrevistados em relação à aplicação e eficácia de nova norma jurídica VS Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito

Opinião	Prejudicado		Total
	Sim	Não	
Devem-se considerar os atos legais praticados, em andamento, para a obtenção de um determinado direito	25	37	62
	23,4%	34,6%	57,9%
Podem-se desconsiderar os atos legais praticados, em andamento, para a obtenção de um determinado direito	1	10	11
	0,9%	9,3%	10,3%
Só deve ser aplicada no estabelecimento de futuras relações jurídicas	13	29	42
	12,1%	27,1%	39,3%
Outro(s)	3	5	8
	2,8%	4,7%	7,5%
Não sabe/não informou	0	3	3
	0,0%	2,8%	2,8%
Total	38	69	126
	35,5%	64,5%	117,8%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere a um cruzamento de perguntas fechadas simples e de respostas múltiplas.

Tabela 34: Correspondência da “expectativa de direito” em relação à defesa de direitos e garantias individuais e coletivas, face às modificações resultantes da elaboração legislativa ou de mudanças contratuais VS Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito

Modalidades/Considerações	Prejudicado		Total
	Sim	Não	
"Um nada jurídico"	4	4	8
	3,7%	3,7%	7,5%
Um <i>bem jurídico</i> , por conseguinte, protegido pelas normas do Direito	22	33	55
	20,6%	30,8%	51,4%
Cada caso é um caso	8	29	37
	7,5%	27,1%	34,6%
Situação provisória sem direitos nem garantias	5	9	14
	4,7%	8,4%	13,1%
Situação provisória sem direitos, mas com garantias	4	11	15
	3,7%	10,3%	14,0%
Não sabe/não informou	1	1	2
	0,9%	0,9%	1,9%
Total	38	69	131
	35,5%	64,5%	122,4%

Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere a um cruzamento de perguntas fechadas simples e de respostas múltiplas.

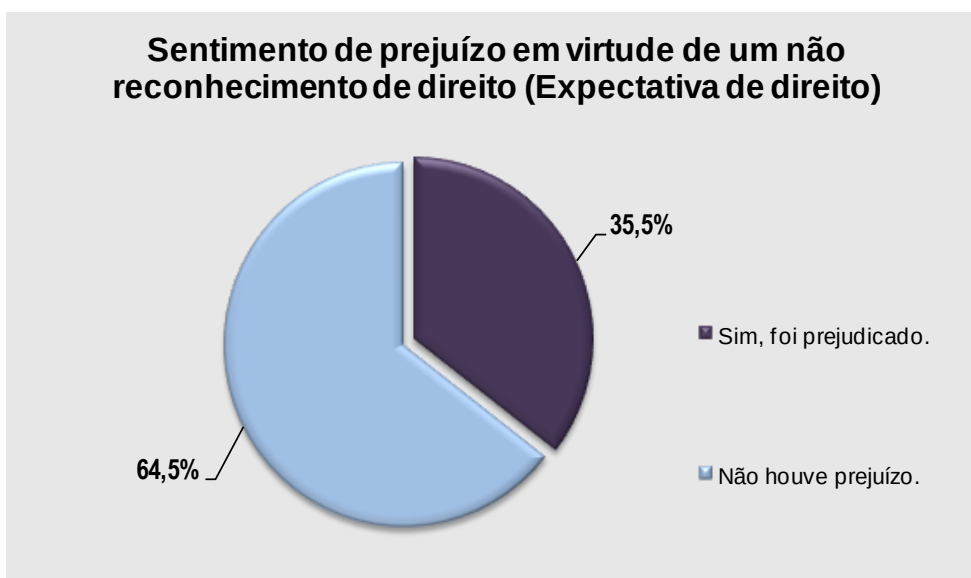
Tabela 35: Sentimento de prejuízo por não reconhecimento de direito VS Localidade/Participação dos entrevistados em discussões sobre a *expectativa de direito*.

Participação/Localidades	Prejudicado		Total
	Sim	Não	
Na faculdade	18	20	38
	16,8%	18,7%	35,5%
No exercício da profissão	5	4	9
	4,7%	3,7%	8,4%
Em reunião social	6	5	11
	5,6%	4,7%	10,3%
Em projetos do governo	2	2	4
	1,9%	1,9%	3,7%
Outros	11	44	55
	10,3%	41,1%	51,4%
Não participa/participou	18	20	38
	16,8%	18,7%	35,5%
Total	38	69	155
	35,5%	64,5%	144,9%

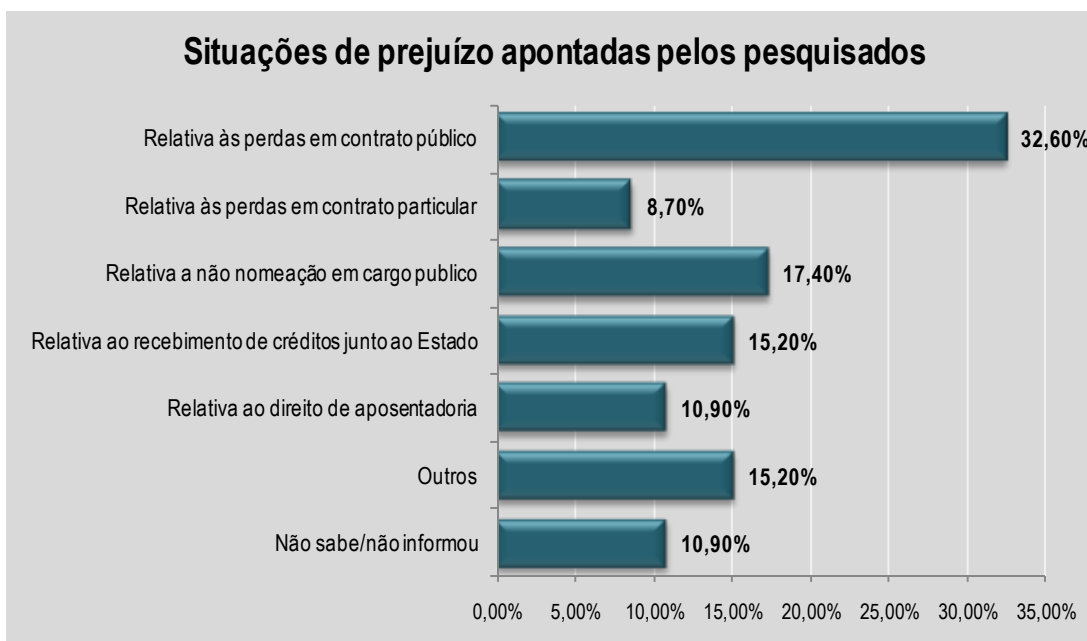
Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: A tabela acima não totaliza 100%, pois se refere a um cruzamento de perguntas fechadas simples e de respostas múltiplas.

REPRESENTAÇÃO GRÁFICA DOS RESULTADOS DA PESQUISA

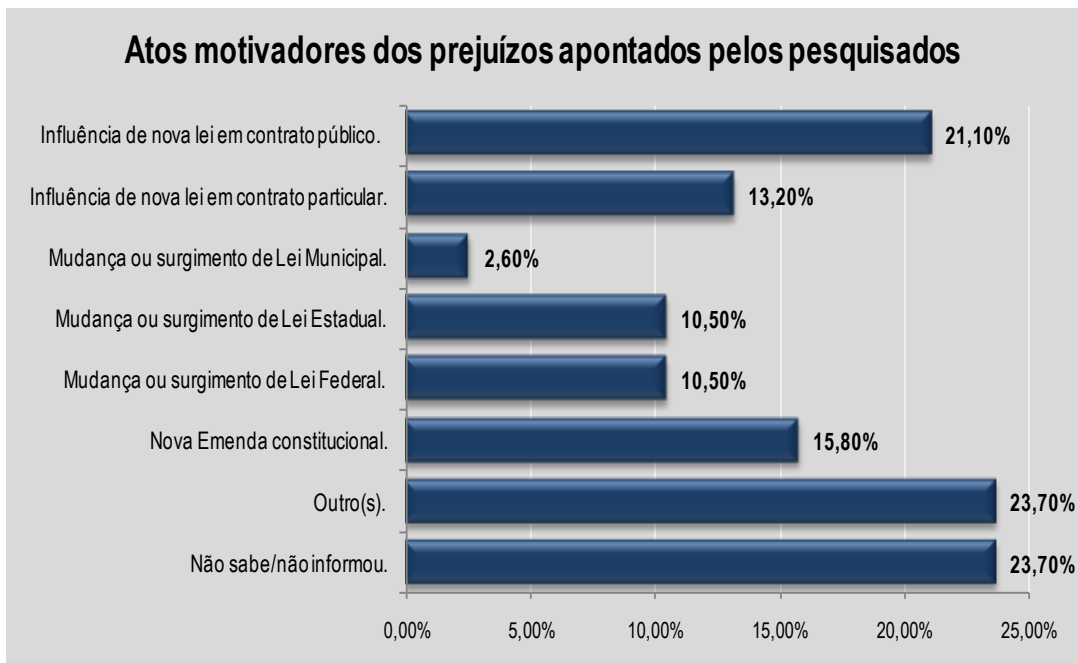


Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.



Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

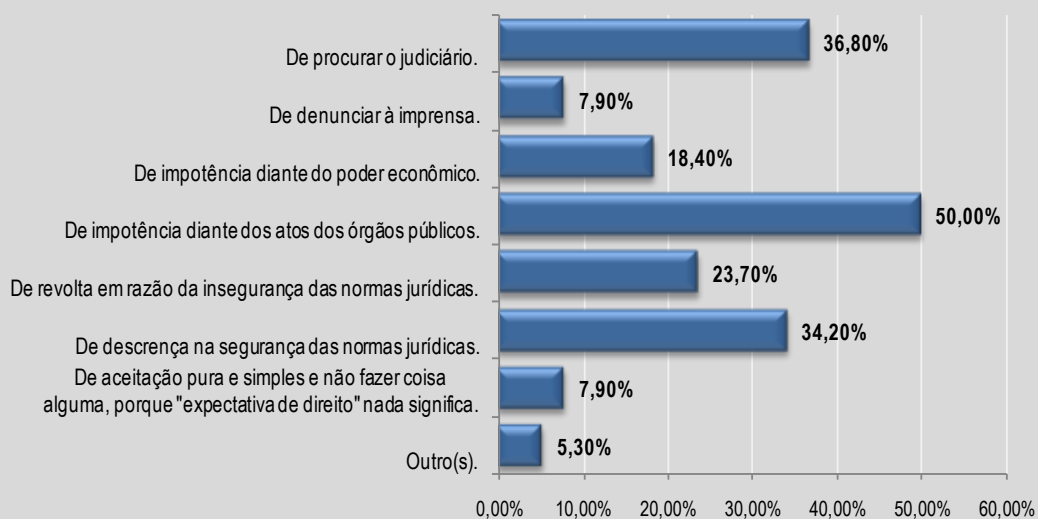
Nota: O gráfico acima não totaliza 100%, pois se refere a uma questão de resposta múltipla, o mesmo deve ser analisado levando em consideração o percentual de casos.



Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: O gráfico acima não totaliza 100%, pois se refere a uma questão de resposta múltipla, o mesmo deve ser analisado levando em consideração o percentual de casos.

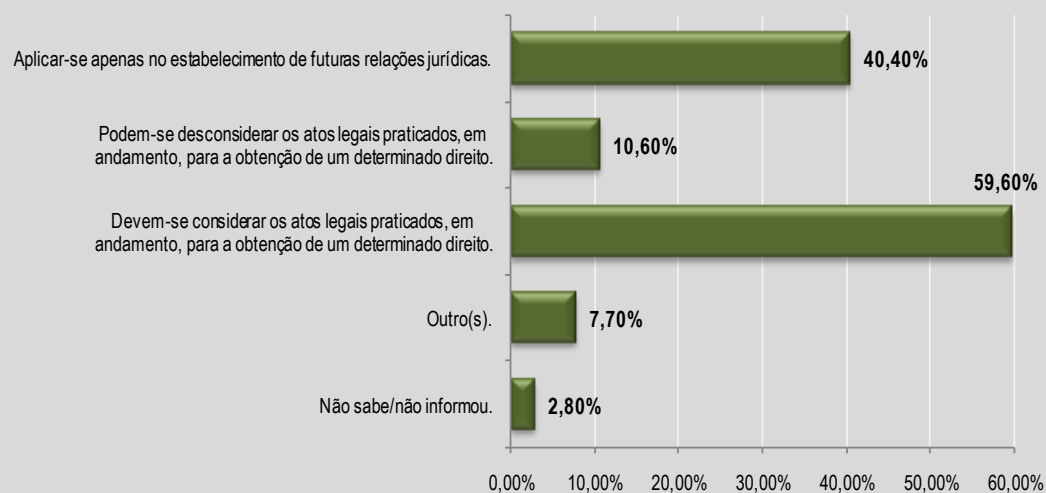
Sentimentos/vontade diante do prejuízo apresentado



Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: O gráfico acima não totaliza 100%, pois se refere a uma questão de resposta múltipla, o mesmo deve ser analisado levando em consideração o percentual de casos.

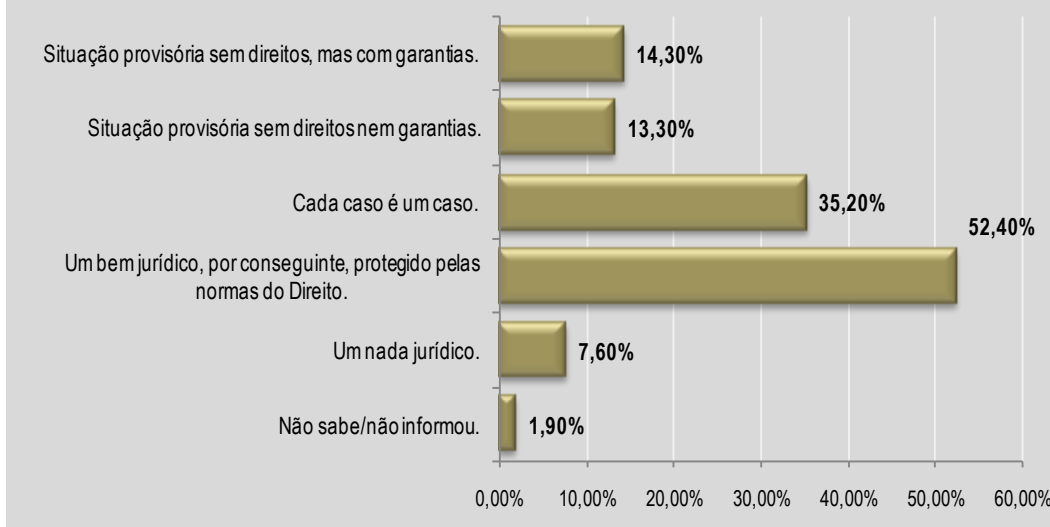
Opiniões defendidas pelos pesquisados em relação à aplicação e eficácia de nova norma jurídica



Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

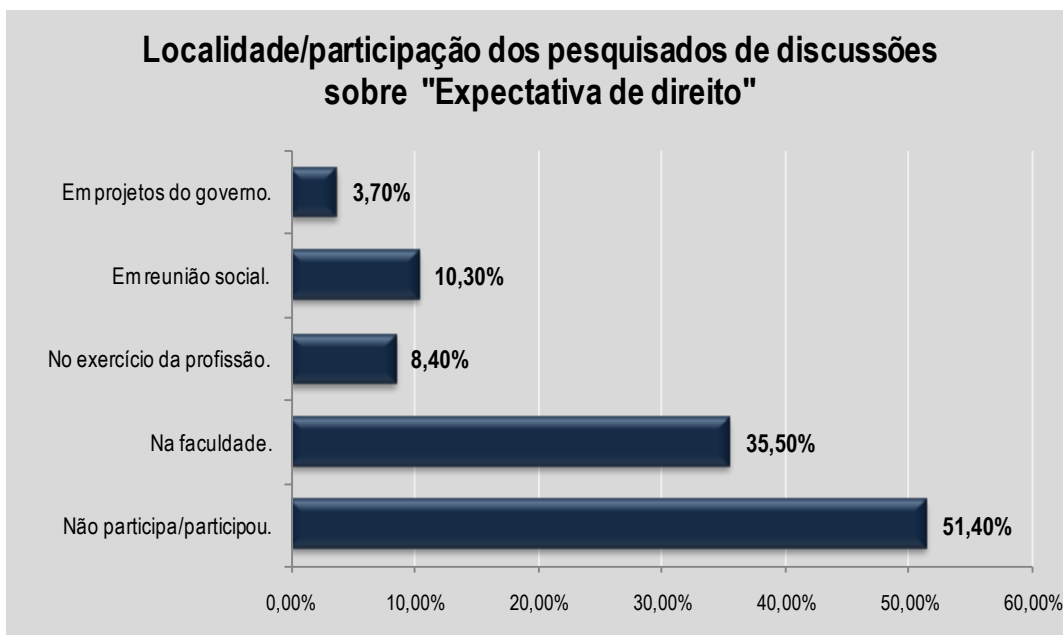
Nota: O gráfico acima não totaliza 100%, pois se refere a uma questão de resposta múltipla, o mesmo deve ser analisado levando em consideração o percentual de casos.

Correspondência da "expectativa de direito" em relação à defesa de direitos e garantias individuais e coletivas



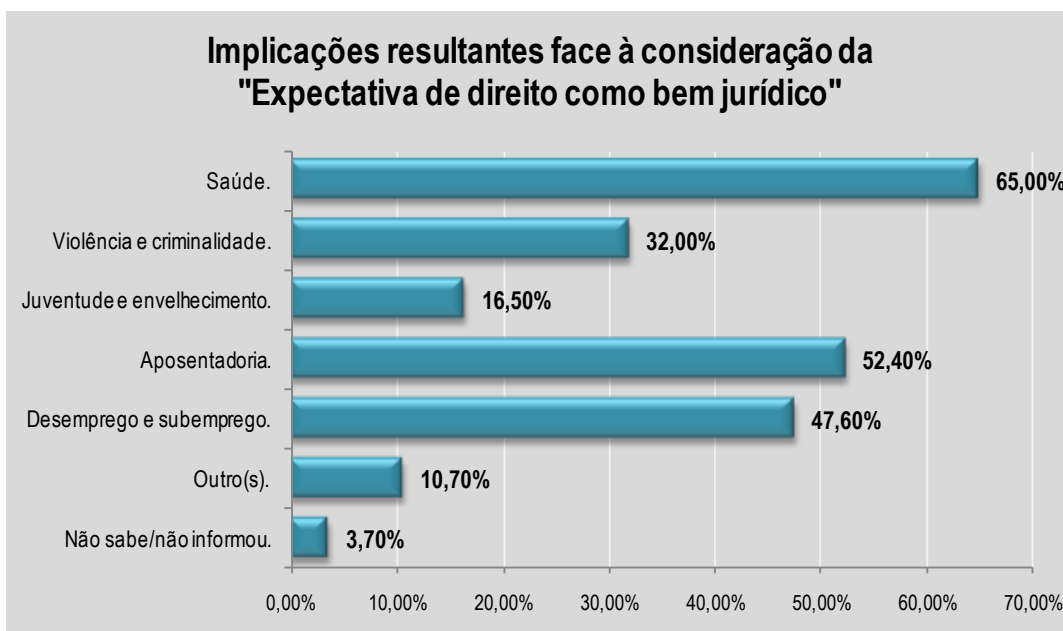
Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: O gráfico acima não totaliza 100%, pois se refere a uma questão de resposta múltipla, o mesmo deve ser analisado levando em consideração o percentual de casos.



Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

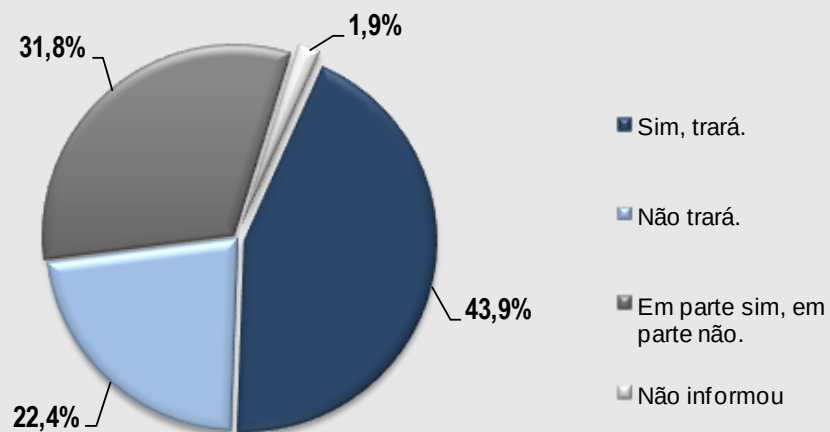
Nota: O gráfico acima não totaliza 100%, pois se refere a uma questão de resposta múltipla, o mesmo deve ser analisado levando em consideração o percentual de casos.



Fonte: Pesquisa direta – *expectativa de direito*. Janeiro/Março 2011.

Nota: O gráfico acima não totaliza 100%, pois se refere a uma questão de resposta múltipla, o mesmo deve ser analisado levando em consideração o percentual de casos.

**Contribuição para a sociedade - Aprovação de E.C.
considerando "A expectativa de direito como bem jurídico"**



Fonte: Pesquisa direta – expectativa de direito. Janeiro/Março 2011.