

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 413

(ano VII)

(06/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário*

*Coordenador de Dir. Administrativo:*  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**  
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.*

*Coordenador de Direito Penal -* **RODRIGO  
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



06/08/2015 Daniel Moreira

» [Franquias: sonho para entrar e pesadelo para sair](#)

### ARTIGOS

06/08/2015 Fernanda Iatarola Barbosa Dias

» [Discricionariedade administrativa e controle judicial](#)

06/08/2015 Jéssica de Souza Garcia

» [Psicomotricidade relacional e sua aplicabilidade na lei de diretrizes e bases da educação nacional nº. 9394/1996](#)

06/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Salvaguarda do Consumidor na Internet: Breve Pánel à Lei nº 12.965/2014](#)

06/08/2015 Mateo Scudeler

» [A necessidade de aprimoramento da eficácia jurídica do procedimento de legalização de documentos acadêmicos nacionais pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil](#)

06/08/2015 Jean Charles de Oliveira Batista

» [Resumo crítico da obra levando os direitos a sério de Ronal Dworkin e da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen](#)

## FRANQUIAS: SONHO PARA ENTRAR E PESADELO PARA SAIR

**DANIEL MOREIRA:** Nagel & Ryzewski Advogados.  
[www.nageladvocacia.com.br](http://www.nageladvocacia.com.br)

Para muitos candidatos a empreendedores, a franquia geralmente se mostra um modelo ideal por não precisar começar do zero com a preocupação de investir em marketing e na imagem da marca. Além disso, o franqueado se compromete em ajudar na gestão do negócio. Dessa forma, para aqueles que desejam se aventurar em um negócio próprio, o sistema de franquias é uma boa opção, pois empreender no sistema de franquias aumenta as chances de sucesso. O empresário conta com a facilidade de receber um negócio que já foi testado.

No entanto, esse sonho pode virar pesadelo se não observar atentamente várias questões, principalmente no aspecto jurídico. Na prática, atualmente, há diversos franqueados descontentes se socorrendo ao Judiciário na busca de reparos e indenizações por danos sofridos nessa relação.

As franquias são reguladas por Lei (8955/94) e preveem em seu art 3º que o franqueador deve entregar ao candidato a franqueado a COF (Circular de Oferta de Franquia) na qual deve fornecer todos os dados

necessários e relevantes sobre o negócio para que a decisão de contratar a franquia seja a mais transparente possível. A Lei determina, também, que o contrato de franquia não pode ser assinado antes de 10 dias a contar do recebimento da COF (art. 4º.), justamente para que o ato seja muito bem planejado. Por isso, em tese, após a assinatura do contrato de franquia, o franqueado não pode, sem justo motivo, desistir do negócio, seja antes ou depois da abertura da operação, sob pena de ser obrigado a pagar a multa rescisória do contrato.

Contudo, tem sido comum que, na prática, o franqueado perceba condições muito diferentes das propagadas, oferecidas e expostas pelo franqueador, na qual várias questões prometidas, como suporte técnico e comercial, serviço de apoio, peculiaridades sobre o produto ou serviço da loja, não procedam.

Nesse caso, o franqueado pode pedir a rescisão do contrato e requerê-la por culpa do franqueador com pedido de indenização e recebimento da multa rescisória contratual, cumulada com danos morais e materiais. Todavia, muitos são os contratos de franquia que contam com previsão em cláusula de que a solução de conflitos será apenas por meio de mediação e arbitragem.

Fica claro que, ao instituir de forma obrigatória a arbitragem, o franqueador claramente infringe a lei de franquias, pois evita que franqueados descontentes com a marca ingressem com ações no Judiciário, pois a adesão ao procedimento arbitral impede que o franqueado e o franqueador divulguem quaisquer informações, evitando que futuros candidatos a franqueados tenham acesso a esses litígios, agindo de forma contrária à lei das franquias. Por essa razão, anular esta cláusula é a primeira medida para pleitear na Justiça a reparação de todo e qualquer prejuízo que o franqueado sofreu realizando esse contrato.

Diante da constatação por parte do franqueado que está tendo problemas, falta de apoio, descumprimento do que foi acordado e que o negócio não se tratava exatamente daquilo que lhe foi passado, antes de qualquer decisão é importante consultar um área jurídica especializada em contratos de franquias que, analisando o caso concreto, vai orientar a melhor solução deste conflito, desde um repasse da franquia, uma negociação com o franqueador e distrato sem danos até uma rescisão litigiosa com pedidos de indenização e danos morais.

## DISCRIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL

**FERNANDA IATAROLA BARBOSA DIAS:** Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC/BARBACENA. Oficiala de Justiça - TJMG 2003/2010. Analista do Ministério Público de Minas Gerais 2010.

**RESUMO:** A discricionariedade administrativa, também conceituada como poder discricionário encontra-se necessariamente presente dentro na Administração Pública, em todas as esferas do poder, justificando-se na impossibilidade de previsão legal de todas as situações concretas a serem enfrentadas pelos gestores públicos. A par da discricionariedade surgem os atos administrativos discricionários, os quais caracterizam-se pela maior margem de poder de decisão concedida ao administrador quando de sua prática, em especial no tange à oportunidade e conveniência, contudo se dentro da margem de liberdade legalmente concedida o administrador público incidir em abuso de poder, seja através do desvio de finalidade ou do excesso de poder, surge para o administrado a possibilidade de exigir o desfazimento de tal ato através do controle judicial. O Poder Judiciário pode ser acionado pelo exercício de inúmeras ações voltadas para coibir o abuso de poder e demais atos lesivos à coletividade, dentre essas estão as conhecidas como remédios constitucionais, que, juntamente com a ação civil pública, constituem-se em instrumentos colocados à disposição dos administrados para a correção de atos ilegalmente praticados. Dentre as ações referidas encontram-se o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação civil pública. Entretanto,

não pode o Poder Judiciário com o escopo de exercer o controle dos atos administrativos discricionários ferir o princípio constitucional da separação dos poderes e interferir no mérito dos atos administrativos, sendo esse exatamente o núcleo intangível onde reside a liberdade do gestor público. Isso posto, o presente estudo volta-se para o controle judicial dos atos administrativos discricionários que extrapolarem o limite de liberdade legalmente concedido, mas com vistas ao respeito da independência e harmonia entre os poderes constituídos.

**Palavras-chave:** Administração Pública. Atos Administrativos. Discricionariedade.

---

## INTRODUÇÃO

Administração Pública pressupõe a idéia de que todos os atos praticados por seus administradores devem ser fiscalizados eficazmente no sentido de examinar a prática da boa gestão administrativa e, principalmente, a observância dos princípios expressos na Constituição Federal.

No Estado Democrático de Direito a Administração Pública se sujeita a múltiplos controles, os quais são exercidos pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário e, através do Princípio da Autotutela, o controle pode ser exercido pela própria administração sobre si mesma.

A Administração Pública exerce sua função através da prática de atos, que são conhecidos como atos administrativos, uma vez que são praticados no exercício da função administrativa. Esses atos



administrativos possuem requisitos ou condições de validade e atributos que conferem eficácia e exeqüibilidade.

Os atos administrativos admitem várias espécies de classificação nas mais variadas hipóteses em que podem ocorrer, quais sejam: quanto aos destinatários, quanto ao alcance de seus efeitos, quanto ao seu objeto, quanto à composição de vontade e, finalmente, quanto ao seu regimento ou liberdade da administração para decidir.

No presente estudo busca-se um aprofundamento da compreensão dos atos administrativos classificados quanto ao seu regimento ou liberdade da administração para decidir, esses são chamados de atos vinculados e atos discricionários em razão da margem legal de liberdade atribuída ao administrador quanto de sua elaboração.

Nas sempre sábias lições do mestre Hely Lopes Meirelles, sobre atos administrativos vinculados e discricionários tem-se que:

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado. (...)

(...) Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de

escolha de seu conteúdo, de seu destinatário de sua conveniência de sua oportunidade e do modo de sua realização. (Meirelles, 2000, p.156-158).

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público.

Dessa feita, conclui-se que a grande diferença entre os atos administrativos vinculados e os atos administrativos discricionários reside na margem ou liberdade de escolha que tem o administrador para decidir quanto de sua prática, mas mesmo dentro da discricionariedade o gestor público jamais pode deixar de atentar para o interesse público e para os ditames legais.

Contudo, não raras vezes, os administradores públicos despem-se da missão de representantes da coletividade para agir em prol de interesses escusos, voltados para o lado político e pessoal, valendo-se dos atos discricionários para maquiagem as suas condenáveis ações.

Assim, cabem aos interessados socorrem-se do Poder Judiciário a fim de se obter nulidade desses atos.

O controle judicial dos atos administrativos discricionários é o foco principal da pesquisa em questão. Até onde podem ir os administradores públicos sob o manto legal da discricionariedade?

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe expressamente sobre o Princípio da Separação dos Poderes: “Art.2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Contudo, a própria Constituição de Federal de 1988 tem como pilares o Princípio da Legalidade e o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos.

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:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

XXXV - lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito.

Assim, no trato da coisa pública os administradores encontram-se irremediavelmente atrelados à lei, ou seja, só podem agir dentro da estrita legalidade, sob pena incorrerem em desvio de poder.

Tem-se clara a partir do exposto que o Brasil, ao contrário de alguns países europeus, adota o sistema de jurisdição una, em contraposição ao sistema de dualidade de jurisdição, também conhecido como Contencioso Administrativo ou Sistema Francês, no qual existe uma Justiça Administrativa à qual é atribuída a competência exclusiva para cuidar as questões correlacionadas ao Poder Público.

Em decorrência do Sistema de Jurisdição Una o Poder Judiciário ao ser provocado através de ações judiciais pode analisar os atos dos gestores públicos, com vistas a apreciar sua legalidade e legitimidade.

Isso posto, quais os precisos limites entre legalidade e legitimidade e o mérito do ato administrativo? Até onde o Poder Judiciário pode avançar sem que haja desrespeito ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes?

Com relação ao mérito do ato administrativo, o eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Melo, assim o define:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual deles seria a única adequada. (Bandeira, 2009, p.955)

Dessa feita a escolha do tema objeto do estudo: Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial justifica-se em razão da necessidade de uma minuciosa análise do que é realmente discricionário e do que é abuso de poder, seja através do desvio da finalidade e até mesmo, excesso de poder.

Todas essas questões serão abordadas ao longo do desenvolvimento do tema proposto com vistas esclarecer a muitos cidadãos brasileiros que os administradores públicos, mesmo investidos do poder de gerir a administração pública, em quaisquer das esferas de

poder, não são independentes nas suas ações e não sujeitam coletividade a seu bel prazer.

E é através dos instrumentos fornecidos pela própria Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico pátrio, dentre eles: Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Ação Popular, Habeas Corpus, Habeas Data e Mandado de Injunção que os administrados irão provocar o exame do caso concreto pelo Poder Judiciário, a fim de que este se pronuncie a respeito da validade do ato.

Destaque-se que apesar de as ações acima elencadas serem os instrumentos mais utilizados para a invalidação de atos administrativos ilegais ou ilegítimos este rol é apenas exemplificativo dado o fato de que todo e qualquer pronunciamento do Poder Judiciário no sentido de anular atos administrativos, independente do procedimento ou ação no qual seja prolatado, é considerando como controle judicial.

Nota-se que esse entendimento afina-se perfeitamente com o princípio da inafastabilidade de jurisdição constitucionalmente previsto.

Diante do caso concreto o Poder Judiciário pode declarar a nulidade do ato administrativo, impondo à administração pública o restabelecimento da situação anterior à edição do ato, se possível, e a reparação das conseqüências por ele causadas, inclusive, a responsabilização pessoal do administrador em casos específicos.

Contudo, controle judicial dos atos administrativos discricionários deve caminhar sempre em busca da legalidade, com vistas a se averiguar até onde a lei deu liberdade ao administrador para agir. Não

servindo, jamais, de instrumento de intervenção na função típica atribuída ao Poder Executivo, que é administrar.

Diante dessas considerações iniciais, passa-se à análise das questões afetas ao tema acima proposto, mas sem a intenção de defender a desnecessária colisão entre os poderes constitucionais instituídos, tampouco adentrar na calorosa discussão envolvendo a questão ao ativismo judicial, mas sim de esclarecer os mecanismos de controle para se conter atos administrativos desrespeitosos e abusivos, seja em relação a um único cidadão ou à coletividade.

## **I - O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL**

De acordo com a Constituição Federal, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito estando sujeita a inúmeros princípios, os quais vão nortear a atuação do Estado Brasileiro em todas as esferas do poder.

Assim, a Administração Pública no exercício de suas funções deve pautar-se de acordo com os princípios constitucionais e outros previstos na legislação complementar, havendo por parte da própria administração, e também por parte dos demais poderes, um controle sobre a sua atuação.

Além da observância dos princípios elencados no ordenamento jurídico, o Estado de Direito ao organizar sua administração fixa a competência de seus órgãos e agentes, bem como estabelece as formas e tipos de controle da administração pública, visando à defesa de direitos dos administrados e também da própria administração.

Nota-se que o citado controle não tem como foco somente o Poder Executivo, sujeitando-se a ele, também, os demais poderes quando do exercício da função tipicamente administrativa.

O controle da administração pública tem como finalidade assegurar sua atuação em consonância com os ditames legais, constituindo-se poder-dever dos órgãos que possuem essas atribuições, abrangendo a fiscalização e correção dos atos ilegais e, em algumas situações, dos atos inoportunos e inconvenientes destoantes dos pressupostos e requisitos legais.

### 1.1 ESPÉCIES DE CONTROLE

As espécies de controle são classificadas de acordo com a sua modalidade, assim a doutrina majoritária admite as seguintes classificações: quanto ao seu objeto, constituindo-se em controle de legalidade e de mérito; quanto ao momento em que é exercido, podendo ser prévio, concomitante e sucessivo; e quanto ao órgão que o executa, classificando-se em administrativo, legislativo e judiciário.

O controle pode ainda ser interno ou externo em razão de decorrer de órgão integrante ou não da própria estrutura administrativa a que o órgão controlado está inserido.

Quanto ao controle da legalidade pode-se dizer que este é exercido pela própria administração e pelo judiciário e acarreta a anulação do ato quando constatado o vício. Já o controle de mérito, em regra, é exercido somente pela administração que avaliará a oportunidade e conveniência da manutenção de determinado ato.

O controle de mérito do ato administrativo constitui-se o foco principal deste estudo e, portanto, será analisado, de maneira pormenorizada, em tópico a parte.

Em razão do momento em que se efetua o controle tem-se que: será prévio se exercido antes da prática do ato; concomitante se juntamente com a edição do próprio ato; e sucessivo se realizado depois de sua edição.

Através do exame do órgão controlador nota-se a existência do controle administrativo, que é o poder de fiscalização e correção que a administração exerce sobre sua própria administração; enquanto o controle legislativo é aquele que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública nas situações previstas e limitadas pela Constituição Federal.

Do Controle Judicial pode-se afirmar que, amparado pelo princípio da legalidade e da jurisdição una, é o controle exercido pelo Poder Judiciário quando devidamente provocado através da propositura das ações adequadas.

### **1.1.1 Meios de Controle Judicial**

Os meios de controle judiciário ou judicial dos atos administrativos são todos os procedimentos judiciais contenciosos previstos na legislação ordinária, tais como ação de indenização, ação possessória, dentre outras.

Entretanto, destacam-se os remédios constitucionais que são, como o próprio nome indica, ações específicas previstas na constituição que visam o controle da Administração Pública, tendo por



escopo provocar a intervenção de autoridades, via de regra, as autoridades judiciárias, para corrigir ou invalidar atos administrativos lesivos a direitos individuais e coletivos

Nesse sentido, prestimosas as palavras do mestre Hely Lopes Meirelles.

Os meios de controle judiciário ou judicial dos atos administrativos de qualquer dos Poderes são as vias processuais ou de procedimento ordinário, sumário ou especial de que dispõe o titular do direito lesado ou ameaçado de lesão para obter a anulação do ato ilegal em ação contra a Administração Pública. Essa regra está excepcionada pela ação popular e pela ação civil pública, em que o autor não defende direito próprio, mas, sim, interesses da coletividade ou interesses difusos, e pela ação direta de inconstitucionalidade e pela declaratória de constitucionalidade. (Meirelles, 2000, p.656).

#### 1.1.1.1 Habeas Corpus

O Habeas Corpus foi a primeira garantia dos direitos fundamentais, no Brasil teve sua primeira manifestação em 1821, passando a ser garantido constitucionalmente a partir de 1891.

O instituto acima tem por objeto a liberdade de locomoção, dispondo a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso 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.”

O habeas corpus poderá ser proposto por qualquer pessoa física, em defesa própria ou de terceiro, podendo também ser proposto por pessoa jurídica, neste caso, por óbvio, em defesa de pessoa física, e pelo Ministério Público.

Para a impetração do habeas corpus não é necessário a postulação através de advogado, não devendo ser obedecida nenhuma formalidade processual.

Por expressa disposição constitucional é uma ação de natureza gratuita, o que a torna mais acessível, podendo ser interposta com o objetivo de trancar ação penal ou inquérito policial.

A doutrina pátria posiciona-se pacificamente no sentido da possibilidade de impetração de habeas corpus em face de particular, em razão da não rara ocorrência de cerceamento da liberdade de locomoção por clínicas psiquiátricas em face de seus pacientes.

A competência para a apreciação da ação de habeas corpus é determinada em razão da autoridade coatora. Contudo, a Constituição Federal prevê situações de competência originária dos tribunais em razão da natureza das funções exercidas pelo paciente, ou seja, em razão do foro privilegiado por prerrogativa de função.

O habeas corpus poderá ser preventivo ou repressivo diante da efetivação ou não da constrição ao direito de locomoção. Caso essa já tenha se consumado o habeas corpus será repressivo, se ainda não se consumou tem-se habeas corpus preventivo com a conseqüente

expedição de um salvo-conduto, que é instrumento hábil para garantir o direito de ir e vir do paciente.

A Carta Magna de 1988 traz em seu bojo a vedação para o cabimento de habeas corpus em relação a punições disciplinares militares dada a impossibilidade de análise do mérito dessas punições, contudo não de ser observado os pressupostos de legalidade, tais como: hierarquia, poder disciplinar, adequação da pena do fato, previsão legal expressa da modalidade de pena aplicada e outros.

Cabe ressaltar que, embora a dita vedação à impetração de habeas corpus esteja inserida no capítulo referente às Forças Armadas, a regra é aplicada também aos militares dos Estados e do Distrito Federal, conforme prelecionado no art. 42, §1º da Constituição Federal de 1988.

#### 1.1.1.2 Mandado de Segurança Individual

O instituto do Mandado de Segurança surgiu em decorrência do desenvolvimento da doutrina do habeas corpus, tendo sua primeira previsão constitucional na Constituição Federal de 1934.

Atualmente está previsto no art. 5º, LXIX da atual Carta Magna, assim expresso:

conceder-se-a 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.

O Mandado de Segurança é uma ação civil de rito sumaríssimo que, além dos pressupostos processuais e condições da ação exigíveis nos demais procedimentos, ainda possui requisitos específicos.

Assim nota-se que o instituto em tela serve como instrumento para proteger direito líquido e certo, tendo esse como um direito que pode ser demonstrado de plano, sem necessidade de dilação probatória.

Outra peculiaridade do *writ* reside no fato de a lesão ou ameaça a direito ter sido provocada por ilegalidade ou abuso de poder imputada a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Atualmente encontra-se regulado pela Lei 12.016/09 que dispõe prazo para impetração de cento e vinte dias, contados na ciência pelo interessado do ato a ser impugnado, tendo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, natureza decadencial.

Com relação a competência para processamento e julgamento essa variará em razão da categoria da autoridade coatora e da sua sede funcional, havendo previsão de regras disciplinadoras na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

#### 1.1.2.3 Mandado de Segurança Coletivo

O Mandado de Segurança Coletivo surgiu com a Constituição Federal de 1988, que em seu texto não fez indicação dos pressupostos para sua utilização dando a entender que os pressupostos necessários para sua admissão são os mesmos do Mandado de Segurança Individual.

As únicas diferenças entre os referidos institutos encontram-se no seu objeto e na legitimidade ativa.

Dessa feita, enquanto o Mandado de Segurança Individual tutela a proteção de direito líquido e certo de natureza individual, o Mandado de Segurança Coletivo volta-se para remediar lesão ou ameaças a direitos transindividuais, assim elencados: individuais homogêneos, coletivos e difusos.

No que tange a legitimidade ativa, atendendo aos ditames da Carta Magna, tem-se que pode ser impetrado por: partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

#### 1.1.2.4. Mandado de Injunção

Trata-se do remédio constitucional que objetiva suprir a falta de norma regulamentadora cuja ausência inviabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O instituto em tela, assim como o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*, foi introduzido pela Constituição Federal de 1988, e dentre os remédios constitucionais é o que vem suscitado mais controvérsias e dificuldades na sua utilização.

Como requisitos pressupõe a existência de normas constitucionais de eficácia limitada dispendo sobre direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e

cidadania; e da falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício desses direitos.

Quanto à legitimidade, qualquer pessoa, física ou jurídica, que sofra restrições nos direitos, liberdades e prerrogativas acima citados em razão de falta de norma regulamentadora poderá valer-se do instituto em epígrafe.

Por óbvio, somente podem figurar com pólo passivo os entes estatais competentes para regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada.

Cabe destacar a estreita relação existente entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão uma vez que ambos buscam dar efetividade às normas constitucionais, contudo enquanto o mandado de injunção volta-se para o controle concreto ou incidental de constitucionalidade por omissão, com vistas à tutela dos direitos subjetivos; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por escopo o controle abstrato ou principal, voltado para defesa objetiva da constituição.

#### 1.1.2.5 Habeas Data

O habeas data surgiu com a Constituição Federal de 1988, precisamente no art. 5º, LXXII, sendo disciplinado pela Lei 9.507/97.

Assim discorre o mestre Hely Lopes Meirelles sobre o instituto do habeas data.

Habeas data é o meio constitucional posto à disposição de pessoa física ou jurídica para assegurar o conhecimento de registros concernentes

ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público ou para retificação de seus dados pessoais. ( Meirelles, 2000, p.656).

Dessa feita com o instituto em tela tem por escopo assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo através de processo sigiloso, administrativo ou judicial.

Com relação à legitimidade ativa pode-se afirmar que qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá ajuizar a ação constitucional em epígrafe a fim de obter informações referentes à sua pessoa, independente da comprovação que elas se prestarão à defesa de direitos.

Já a legitimidade passiva dependerá da natureza do banco de dados em questão, caso a negativa de informação ou correção de dados advinha de banco de dados de entidade governamental figurará no pólo passivo pessoa jurídica da administração direta ou indireta; em se tratando de registro ou banco de dados de entidade de caráter público, mas não governamental, será legitimado passivo a pessoa jurídica de direito privado por esse responsável.

Cabe destacar que em consonância com os dispositivos da Constituição Federal vigente é gratuita a ação de habeas data, mas sob pena de ser julgada improcedente por falta de interesse processual, há a

necessidade de comprovação da recusa de informações ou da retificação de dados pela autoridade competente.

A competência será firmada de acordo com o previsto na lei regulamentadora, Lei 9.507/97, e na Constituição Federal sofrendo variações em razão da entidade governamental mantenedora do registro ou banco de dados.

#### 1.1.1.6 Ação Popular

A ação popular é instrumento eficaz de controle da Administração Pública, prevista em sede constitucional, surgindo pela primeira vez, no formato atual, na Constituição Federal de 1934.

Na Constituição Federal de 1988 tem previsão no art. 5º, LXIII, que garante legitimidade a qualquer cidadão para sua propositura com vistas a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, bem como à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Concede, ainda, aos autores isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé.

Destaca-se que esse remédio constitucional teve sua regulamentação através da Lei 4.717 de 29.06.65

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo:

É, talvez, a única providência judicial realmente temida pelos administradores, porquanto, nos termos do art. 11 da referida lei, se a ação for julgada procedente, vindo a ser decretada a invalidade do ato impugnado, a sentença condenará ao pagamento



de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele. (Bandeira, 2009, 946).

No que tange à legitimidade ativa nota-se que qualquer cidadão é parte legítima, entendendo-se por cidadão o brasileiro nato ou naturalizado em pleno gozo de seus direitos políticos.

Já no pólo passivo, em consonância com a lei regulamentadora, será demandado o agente que praticou o ato, a entidade lesada e os beneficiários do ato ou contrato.

Noutro giro, nota-se que as regras de competência voltam-se para a origem do ato comissivo ou omissivo a ser impugnado. Exemplificando, pode-se afirmar que se a entidade lesada for a União a competência para examinar a ação popular será da Justiça Federal.

#### 1.1.1.7 Ação Civil Pública

A ação civil pública embora não elencada entre os remédios constitucionais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que trata sobre dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, também servirá como instrumento de controle judicial dos atos administrativos, desde que atendidos seus requisitos específicos.

Assim, a ação civil pública tem previsão constitucional no art.129, o qual dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Dessa feita, a disciplina do instituto em glosa deu-se com o advento da Lei 7.347/85, que, dentre outras disposições, estende o rol de legitimados ativos.

A principal característica da ação civil pública é seu caráter instrumental, servindo de aparato procedimental para a defesa de diversos direitos, inclusive não previstos expressamente na citada lei.

A par da ação civil pública discorre Celso Antônio Bandeira de Melo:

é um instrumento utilizável, cautelarmente, para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direito de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, ou, então, para promover a responsabilidade de quem haja causado lesão a estes mesmos bens. (Bandeira, 2009, 946).

Por derradeiro cabe ressaltar que o instituto em tela teve sua legitimidade ativa alterada pela Lei 11.448 de 15/07/2007 que acrescentou entre os legitimados a Defensoria Pública.

## **II - ATOS ADMINISTRATIVOS**

No exercício da função administrativa a Administração Pública pratica atos jurídicos que são conhecidos como atos administrativos.

Os atos administrativos são praticados nas três esferas de poder, porém no que concerne ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário ocorrem quando no exercício de funções atípicas.

Os atos administrativos são espécies de atos da administração, abrangendo esses todas as espécies de atos praticados

pela administração tais como: atos de direito privado, contratos, atos normativos e demais atos materiais de execução.

Nas sábias palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello temos a conceituação de atos administrativos:

Declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante comandos concretos complementares da lei, (ou, excepcionalmente da própria constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de dar-lhe cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (Bandeira, 2009, 382).

Consoante a idéia de que os atos administrativos são em sua essência atos jurídicos nota-se a presença de certos requisitos e atributos que os distingue dos atos jurídicos de direito privado.

Assim, apresentam-se como requisitos ou elementos dos atos administrativos: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

Da competência decorre a necessidade de que o ato administrativo seja praticado somente pelo sujeito que, além de capaz, seja detentor das atribuições fixadas legalmente.

Dentre as características da competência cabe realce sua fixação através de lei, sua inderrogabilidade e a possibilidade de delegação ou de avocação, salvo quando se tratar de competência exclusiva.

Pela finalidade entende-se o bem jurídico que o ato administrativo visa alcançar, o objetivo de interesse público almejado. Bem como a competência, a finalidade é fixada através de lei.

A finalidade pode ser encarada em sentido amplo e em sentido restrito, assim, encarada sob o foco da generalidade tem-se que os atos administrativos devem estar sempre voltados para a finalidade pública, já levando em consideração o aspecto restrito nota-se que a finalidade a ser alcançada pelo ato administrativo é o resultado específico decorrente da lei aplicada ao caso concreto.

Cabe destacar que em casos de ocorrência do descumprimento da finalidade legal, seja para atender interesses particulares ou mesmo para dar ao ato finalidade diversa daquela prevista em lei, o ato estará eivado de ilegalidade em razão do desvio de poder.

Noutro giro, entende-se por forma do ato administrativo o caminho legal a ser seguido para sua exteriorização e expressão de sua validade.

Dessa feita do descumprimento das formalidades legais que antecedem e sucedem o ato administrativo podem decorrer sua inexistência ou sua invalidade.

Quanto ao motivo pode-se afirmar que consiste nas situações ou pressupostos de fato e de direito que ensejaram a prática do ato administrativo. O motivo pode estar previsto em lei ou pode decorrer de certas situações que levam o administrador a praticar o ato.

Na prática do ato administrativo se o administrador valer-se de motivo falso ou de motivo inexistente dará ensejo à possível invalidação do ato.

Com relação ao objeto depreende-se que esse é considerado como o conteúdo do ato, o efeito jurídico imediato alcançado com a produção do ato, desse modo para se estabelecer o objeto do ato basta se ater ao que por ele é enunciado, prescrito ou disposto.

Nesse diapasão cabe estabelecer uma diferença crucial entre o motivo, finalidade e objeto do ato administrativo, assim tem-se por objeto o efeito jurídico imediato produzido com a prática do ato; pela finalidade o efeito mediato e pelo motivo as circunstâncias fáticas e legais que antecederam e impulsionaram a prática ato.

Além dos requisitos ou elementos, os atos administrativos, dada a sua natureza pública, são revestidos de atributos ou prerrogativas que os distinguem dos demais atos jurídicos praticados na seara do direito privado.

Assim tem-se a presunção de legitimidade, a autoexecutoriedade e a imperatividade. A par da presunção de legitimidade observa-se a característica de que os atos administrativos, em regra, estão em conformidade com lei em razão do dever de a Administração Pública agir sempre sob o pálio do princípio da legalidade.

Compreende, também, a presunção de legitimidade a presunção de veracidade, a qual denota que os fatos alegados pela Administração para a prática do ato serão, via de regra, verdadeiros.

Nota-se que a presunção de legitimidade ou de veracidade é uma presunção relativa, o que acarreta a transferência do ônus da prova para aquele que alega a invalidade do ato administrativo, mantendo-se esse em plena eficácia até sua anulação.

Pelo atributo da autoexecutoriedade depreende-se a permissão para a execução do ato administrativo diretamente pela própria Administração, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Do atributo supra destaca-se uma grande distinção em relação aos atos de direito privado uma vez que, salvo raras exceções, para a execução desses torna-se imprescindível a anterior manifestação judicial.

Contudo, embora a autoexecutoriedade esteja presente em todos os atos administrativos ela não tem o condão de afastar o controle judicial, que pode ser provocado por qualquer cidadão que se sinta lesado pelo ato, ensejando a responsabilidade do Estado.

Da imperatividade nota-se a possibilidade da execução do ato administrativo independente da concordância daqueles a que é dirigido, constituindo de maneira unilateral obrigações a terceiros.

A imperatividade não se apresenta em todos os atos administrativos dada a existência de atos que não impõem obrigações a terceiros.

## 2.1 DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Em pese a grande divergência doutrinária e a existência de vários critérios para a classificação dos atos administrativos, passa-se a

discorrer sobre os atos administrativos discricionários, foco principal do presente estudo.

A par da classificação aceita pela doutrina majoritária, dentre outras modalidades, o ato administrativo pode ser classificado em discricionário e vinculado dada a liberdade da Administração para decidir sobre a prática e em que condições o ato será exercido.

Contudo, cabe ressaltar que mesmo nos atos discricionários, em que o administrador tem certo poder de decisão, o princípio da legalidade encontra-se presente servindo de parâmetro para um possível pedido de anulação ao Poder Judiciário ou à própria administração por aquele que se achar lesado.

Nas sábias palavras de Hely Lopes Meirelles encontra-se o conceito de atos vinculados e discricionários.

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, se tornado passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requer o interessado (...). (Meirelles, 2000, p.157).

(...) Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. (Meirelles, 2000, p.158)

Os atos discricionários encontram guarita na lei e justificam-se na impossibilidade de o legislador prever todas as situações passíveis de serem enfrentadas pelos administradores, bem como no dinamismo do interesse público que não pode ficar à mercê da morosidade legislativa.

Na análise da discricionariedade o Poder Judiciário tem-se voltado com freqüência para a importante distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, esta estando presente no ato o fulmina de ilegalidade, já que ato arbitrário é aquele contrário à lei.

Assim mesmo nas situações em que se admitem a prática de atos discricionários a vinculação encontra-se presente em alguns de seus elementos, que sempre, irremediavelmente, serão vinculados, uma vez que a discricionariedade nunca repousa nos fins a serem atingidos pelo ato.

Consoante o estudo acima dos elementos ou requisitos dos atos administrativos nota-se que a competência, a finalidade e a forma serão, via de regra, vinculados, enquanto a discricionariedade apresenta-se no motivo e no objeto do ato.



De acordo com a Professora Maria Silvia Zanella Di Pietro a presença da discricionariedade nos atos administrativos jamais será absoluta, assim discorrendo:

A partir da idéia de que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração com maior ou menor liberdade.

Por isso se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir. (Di Pietro, 2005, p.226-227)

Dentre as teses defensoras da presença da discricionariedade na Administração Pública cabe destacar a que enfatiza que em razão da existência independente dos três poderes soberanos constitucionalmente garantidos haveria de deixar-se uma margem legal

de decisão para o administrador a fim de não suprimir sua atuação e gerar a interferência entre os poderes.

Contudo, mesmo restando claro que a discricionariedade tem assento legal, constituindo-se em valioso instrumento para o exercício da atividade administrativa, tem-se certo que seus abusos serão sempre contidos pelo Poder Judiciário diante de reclamações de cidadãos que se considerarem lesados em seus direitos individuais, e até mesmo de natureza coletiva.

## 2.2 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Ao iniciar os estudos do controle judicial dos atos administrativos discricionários torna-se pertinente trazer a baila a marcante citação feita pela eminente Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Antunes Rocha em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal: “A Administração Pública vale exatamente o quanto valem os homens que a compõem”.

Conforme exposto no capítulo um deste estudo, várias são as ações de que dispõe os lesados para fazerem valer seus direitos em razão de atos administrativos arbitrários realizados sob o manto da discricionariedade.

Depreende-se que a atitude do Poder Judiciário não está de nenhuma forma voltada para o mérito do ato, que nada mais é do que o juízo de valor legitimamente exercido pelo administrador em relação à oportunidade e conveniência da prática desse e sim para anulação de atos abusivos e contrários ao ordenamento jurídico.

Por mérito do ato administrativo entende Helly Lopes Meirelles:

O conceito de mérito do ato administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada sua presença toda vez que Administração decidir ou atuar valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato.

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. (Meirelles, 2000, p.145-146)

Assim torna-se imperioso constatar que enquanto nos atos administrativos vinculados a anulação judicial pode dar-se, via de regra, sem nenhuma restrição, nos atos administrativos discricionários o Poder Judiciário somente poderá apreciar os aspectos da legalidade e a possível ultrapassagem dos limites da discricionariedade, não podendo jamais avaliar e julgar o seu mérito, ou seja, a oportunidade e conveniência na sua realização.

Dessa forma, a própria lei estabelecerá os limites em que discricionariedade será utilizada, os quais se ultrapassados legitimarão os administrados a valerem-se do Poder Judiciário a fim de buscar a correção para a situação concreta que vivenciam.

Nesse sentido, entende Celso Antônio Bandeira de Mello:

Exposta a significação da discricionariedade administrativa, sem em nada lhe sonegar a verdadeira densidade e consistência lógica, percebe-se que se trata necessária e inexoravelmente de um poder demarcado, limitado, contido em fronteiras requeridas até por imposição racional, posto que, à falta delas, perderia o cunho de poder jurídico. Com efeito, se lhe faltassem diques não se lhe poderia inculcar o caráter de comportamento intralegal. (Bandeira, 2009, 963).

Isso posto, com a ruptura do liame legal que garante o ato administrativo discricionário caberá ao Poder Judiciário proceder à sua análise de modo a não feri-lo e causar uma desnecessária invasão no mérito do ato.

Assim, o controle judicial estará voltado para o exame dos motivos, da finalidade e da causa do ato.

Por motivo do ato administrativo depreende-se os pressupostos de fato que antecederam a prática do ato, devendo o Poder Judiciário em seu exame aferir o direito de modo a constatar se o enunciado legal do ato amolda-se à situação concreta.

De forma esclarecedora Celso Antônio Bandeira de Mello cita Caio Tácito:

Se inexistir o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de Direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente erro de direito como erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário

mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda de extrínseco. (Caio Tacito apud Bandeira, 2009, p. 968).

No que tange à finalidade, a doutrina majoritária tem-se posicionado no sentido de classificá-la em sentido amplo, quando corresponderá sempre ao interesse público; e em sentido estrito, ocasião em que abarcará o resultado específico a ser alcançado com a prática de determinado ato.

Assim, nota-se que finalidade considerada em seu sentido amplo será sempre discricionária haja vista a amplitude do conceito interesse público, já levando em conta sua classificação em sentido estrito tem-se que será vinculada em razão de que para a prática do ato haverá previsão legal de sua finalidade específica, a qual não poderá ser distorcida ou até mesmo não cumprida.

Dessa feita, a par da consideração da finalidade em seu sentido amplo, e por via de consequência caracterizada como discricionária, nasce para o Poder Judiciário a possibilidade do controle dos limites de seus limites, quando essa se voltar contra os objetivos legais para os quais foi criada.

Cabe destacar que quando a finalidade tiver caráter de elemento vinculado do ato administrativo não há nenhuma dúvida quanto à possibilidade de controle judicial dos seus aspectos legais.

Contudo, o que interessa ao presente estudo no que condiz à finalidade do ato administrativo é a sua análise judicial quando houver a presença da discricionariedade, que quando desvirtuada dará

ensejo à ocorrência do desvio de poder, que se configura quando o agente público valendo-se da competência que lhe é legalmente atribuída pratica um ato com finalidade diversa da declinada.

Mais uma vez valendo-se da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello ao citar Georges Vedel tem-se a discriminação das modalidades em que ocorre o desvio de poder.

caso em que o agente não perseguiu um interesse público. Ocorre quando, alimentado por um interesse pessoal de favorecimento ou perseguição, pratica o ato por razões pessoais, alheias à finalidade pública; caso em que persegue um fim de interesse público, porém estranho à categoria de interesse comportados em suas competências, caso em que se vale de uma via jurídica para alcançar fins públicos, implementáveis através de outra via jurídica. (Georges Vedel apud Bandeira, 2009, p.970-971).

Ao analisar a causa do ato administrativo nota-se que essa se constitui na congruência entre os pressupostos do ato e seu objeto, dessa forma poderá ocorrer a invalidação do ato administrativo sempre o administrador na prática do ato valer-se de motivos com os quais o ato não mantém pertinência.

Através do reconhecimento da causa do ato administrativo tem-se a verificação da presença de dois princípios de suma importância dentro da realização da atividade administrativa, quais sejam: razoabilidade e proporcionalidade.

Valendo-se do entendimento de que o princípio de razoabilidade terá lugar dentro do princípio da proporcionalidade tem-se,

conforme os ensinamentos do professor Pedro Lenza, que esse estará presente quando houver a preenchimento dos elementos abaixo transcritos.

Trata-se de princípio extremamente importante especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados.

Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de três importantes elementos:

- necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa.
- adequação: também denominado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquerido.
- proporcionalidade em sentido estrito: em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. (Lenza, 2009, p.97).

Depreende-se, assim, que todas as vezes que um ato administrativo trazer um gravame desnecessário, inadequado ou desproporcional a interesse coletivo ou individual a ser por meio dele alcançado cabe ao lesado valer-se do controle judicial para remediar uma situação de abuso de poder.

Nesse sentido, cabe colacionar alguns julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PROFESSORA - LOTAÇÃO - TRANSFERÊNCIA - MOTIVAÇÃO - LEGALIDADE. No seu poder de autotutela, pode a Administração Pública revogar atos inoportunos ou inconvenientes, bem como anular aqueles dotados de vícios ou ilegalidades. Não há, portanto, qualquer ilegalidade na edição de portaria, devidamente motivada, que revogou anterior portaria, desmotivada, passando a definir, mediante critérios objetivos, a lotação dos professores públicos municipais. Além disso, a lotação de servidores públicos insere-se no poder discricionário da Administração, exigindo-se apenas que seja feita mediante ato motivado (Apelação Cível - [0492340-40.2006.8.13.0521](#) – Relator Edivaldo George dos Santos – Data do Julgamento: 22/04/2008).



CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO  
ORDINÁRIA - ATO ADMINISTRATIVO -  
DISPONIBILIDADE - ANULAÇÃO - DESVIO DE  
FINALIDADE - PERSEGUIÇÃO POLÍTICA -  
DEMONSTRAÇÃO - JUROS MORATÓRIOS -  
INTELIGÊNCIA DO ART. 1º-F DA LEI N.º 9.494/97 -  
HONORÁRIOS - REDUÇÃO - ART. 20, § 4º, DO CPC -  
PRELIMINAR - SENTENÇA 'EXTRA PETITA' - REJEIÇÃO  
- PRESCRIÇÃO. 1 - Conquanto o autor não tenha  
pugnado expressamente pela anulação de ato  
administrativo que o colocara em disponibilidade em  
desvio de finalidade, a pretensão de recebimento das  
diferenças pagas a menor ao fundamento de que  
aquele ato fora anulado em ação judicial movida  
pelos demais servidores alcançados pelo mesmo ato  
engloba, implicitamente, o pleito anulatório, razão  
pela qual não há falar em vício 'extra petita' da  
sentença. 2 - Demonstrado, com base em prova  
emprestada, o desvio de finalidade do ato que  
colocara em disponibilidade o autor, é de se julgarem  
procedentes os pedidos relativos ao pagamento das  
diferenças pagas a menor no período de vigência  
daquele ato. 3 - Por força do art. 20, §§ 3º e 4º, do  
CPC, os atos realizados ao longo da tramitação da  
ação, a complexidade da causa e a necessidade de

produção de provas, dentre outras balizas, devem informar o arbitramento da verba honorária. 4 - Preliminares rejeitadas, sentença reformada parcialmente, em reexame necessário, e prejudicado recurso voluntário. (Apelação Cível [:0561065-24.2005.8.13.0713](#) – Relator: Edgard Penna Amorim – Data do Julgamento: 20/08/2009).

MANDANDO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - MOTIVAÇÃO - EXIGÊNCIA. A modificação na lotação de servidor público é ato administrativo sujeito ao poder discricionário da administração pública, que pode promover a sua remoção de acordo com a conveniência do serviço e com o interesse público, não havendo que se falar em estabilidade ou inamovibilidade quanto ao local de desempenho de sua função. Todavia, a sua validade, assim como de todo ato administrativo, está condicionada à presença de certos requisitos, como competência, finalidade, forma, motivação e objeto, como forma de controle da observância aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da legalidade. Ausente a motivação prévia ou contemporânea ao ato administrativo que determina a remoção de servidor público, não será possível aferir se foi

realizado de forma a atingir o interesse público, ou para perseguir ou punir irregularmente o servidor, impondo-se, pois, sua anulação (Apelação Cível: [0244281-44.2006.8.13.0411](#) – Relator: Dárcio Lopardi Mendes – Data do Julgamento: 24/05/2007).

Dessa feita, tem-se que os limites da discricionariedade administrativa encontram-se no motivo, na finalidade e na causa do ato praticado, cabendo observar que não raras vezes ocorre a referência a conceitos imperiosos para a designação desses requisitos, o que demanda da autoridade judiciária um trabalho interpretativo a fim de se chegar à vontade legal preexistente, sem intuito de ofensa à discricionariedade uma vez que se busca apenas a reconhecer as fronteiras que lhe desenham a extensão.

Afinado a esse entendimento manifesta-se Celso Antônio Bandeira de Mello:

Se a lei não expressou o motivo legal justificador do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu com perseguíveis no caso. (Bandeira, 2009, p. 981).

Assim, o controle judicial dos atos administrativos constitui-se como um poder-dever inerente ao Poder Judiciário como forma de aplicação prática dos princípios da reserva legal e da inafasibilidade do acesso jurisdicional, sobretudo quando os atos lesem os direitos e garantias individuais, constitucionalmente estabelecidos.

Contudo, a controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não tem condão de eliminar a discricionariedade administrativa, sob pena de gerar ilegalidade. O que se pretende com o dito controle é exata fixação dos limites legalmente traçados para as autoridades administrativas, tendo por escopo invalidar atos arbitrários, falsamente ditos por discricionários, praticados mediante abuso de poder.

Por derradeiro, pertinente as lições do mestre Hely Lopes Meirelles sobre as autoridades públicas e seus desvios de conduta ao desenvolver a atividade administrativa mediante a prática de atos administrativos vinculados e discricionários:

A responsabilidade pelos atos discricionários não é maior nem menor que a decorrente dos atos vinculados. Ambos representam facetas da atividade administrativa, que todo homem público, que toda autoridade, há de perlustrar. A timidez da autoridade é tão prejudicial quando o abuso de poder. Ambos são deficiências do administrador, que sempre redundam em prejuízo para a Administração. O tímido falha, no administrar negócios públicos, por lhe faltar fortaleza de espírito para obrar com firmeza e justiça nas decisões que contrariem os interesse particulares; o prepotente não tem moderação para usar do poder nos justos limites que a lei lhe confere. Um peca por omissão; outro, por demasia no exercício do poder . (Meirelles, 2000, p.160-161)

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O controle judicial dos atos administrativos tem assento legal da Constituição Federal ao prelecionar que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático daí decorrendo a incidência

dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da reserva legal, dentre tantos outros aplicáveis ao tema.

Como é sabido para o desenvolvimento da atividade administrativa necessária se faz a prática de atos administrativos, os quais para alcançarem legalidade e legitimidade devem satisfazer os requisitos legalmente estabelecidos.

Ao disciplinar o regulamento jurídico no qual se encontra envolta Administração Pública buscou-se deixar certa margem de liberdade aos administradores dada a impossibilidade de previsão legal de todas as situações concretas surgidas no decorrer da gestão pública.

Daí surgem os atos administrativos discricionários nos quais evidenciam um juízo de oportunidade e conveniência das autoridades administrativas quando de sua prática.

Contudo, mesmo diante desta discricção é imprescindível que sejam obedecidos os requisitos legais exigidos para todos os atos administrativos, independente do regime que estejam inseridos, ou seja, vinculados ou discricionários.

Assim todas as vezes que o administrador deixar de obedecer aos preceitos legais estabelecidos para a prática dos atos abrir-se-á ensejo para o controle judicial.

Em pese discussões sobre a legitimidade do controle judicial, em especial voltada para o princípio constitucional da separação e independência dos poderes, conclui-se majoritariamente pela sua admissibilidade em razão da constatação da exacerbada ocorrência de abuso de poder.

A fim se justificar a necessidade e legalidade do controle judicial dos atos administrativos discricionários soberanas são as palavras do mestre Montesquieu: “temos a experiência eterna de que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo até que encontre algum limite”. (Montesquieu apud Braz, 2010, p.326-327).

Dessa feita resta claro a propriedade do tema estudado bem como sua reconhecida legalidade e recorrente ocorrência dentro cotidiano jurídico brasileiro.

Assim mostra-se pertinente destacar que mesmo diante da discricção legalmente concedida à Administração Pública sempre que essa não se ativer aos limites traçados, incorrendo em excesso de poder, desvio de finalidade e demais subterfúgios alheios ao interesse público acarretará para o Poder Judiciário o poder-dever de proceder à sua invalidação.

Para a efetivação do controle judicial de atos administrativos muitas são as vias legais passíveis de deflagrar a invalidação desses atos, porém as mais recorrentes são os remédios constitucionais e a ação civil pública, que se constituem como instrumentos de suma importância para a defesa dos direitos e garantias individuais e coletivos.

No decorrer do estudo em tela restou claro que assim como não é deferido à Administração Pública agir de forma arbitrária tão pouco será ao Poder Judiciário. Dessa forma, com intuito de perseguir o que realmente o ato impugnado traz em seu bojo, bem como seu real

alcance, há de haver uma atividade interpretativa íntegra, voltada especificamente para a legalidade, e sem inten o de ensejar um desnecessário choque entre poderes.

Nesse sentido manifesta-se Hely Lopes Meirelles:

O controle judiciário ou judicial   o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário que realiza atividade administrativa.   um controle a posteriori, unicamente da legalidade, por restrito   verifica o da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas   sobretudo um meio de preserva o de direitos individuais, porque visa a impor observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. (Meirelles, 2000, p.648)

Cabe ressaltar que, paralelamente ao controle judicial os atos administrativos discricionários praticados arbitrariamente e sem estarem voltados para o interesse público, podem incorrer os gestores públicos em improbidade administrativa, ante a vigência no ordenamento jurídico brasileiro da Lei 8429/92, a qual dispõe sobre as san oes aplicáveis aos agentes públicos ímprobos.

Nesse sentido, a lei acima citada elenca três modalidades de improbidade administrativa, quais sejam: as que trazem prejuízo ao erário, as que acarretam enriquecimento  lcito e as que atentam contra os princípios da administra o pública, bem como traz as san oes decorrentes de tais atos.

Além da Lei de Improbidade Administrativa as autoridades públicas, prefeitos e vereadores especificamente, ainda, quando no exercício da atividade administrativa no contramão do interesse público, podem incorrer nas iras do Decreto-lei 201/67, que disciplina as responsabilidades dos prefeitos e vereadores no trato da coisa pública.

Dessa forma, conclui-se que muitos são instrumentos nos quais os cidadãos, individual ou coletivamente, podem se valer para penalizar a conduta de autoridades públicas que, agindo sobre o manto da discricionariedade, praticam atos voltados para seus interesses pessoais e, até mesmo, para perseguição política.

Contudo, muito mais do que propiciar a penalização dos maus gestores, volta-se o controle judicial dos atos administrativos discricionários para a segurança dos administrados que de nenhuma forma pode vítima de abuso de poder.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18ª edição. São Paulo: Método, 2010.

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. **Para Aprender Direito: Direito Administrativo**. 1ª edição. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2006.

BRAZ, Petrônio. **Direito Municipal da Constituição**. 7ª edição. São Paulo: JH Mizuno, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.



MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. **Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Sinopses Jurídicas: Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

## PSICOMOTRICIDADE RELACIONAL E SUA APLICABILIDADE NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL Nº. 9394/1996

**JÉSSICA DE SOUZA GARCIA:**  
Bacharelado em Direito pela Faculdade Maringá; Servidora Pública do Município de Sarandi/PR.

**RESUMO:** O presente estudo é uma forma de tornar claro o conceito para psicomotricidade e sua finalidade na área educacional pública nacional. Primeiramente devemos enfatizar que o acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. A princípio o estudo irá explanar a psicomotricidade enquanto termo, conceito e ciência; respaldando sua origem através da psicologia e psiquiatria até o instante em que a psicomotricidade se faz presente na educação nacional. Após limitaremos a psicomotricidade ao nosso objeto de estudo – da psicomotricidade na escola para a área da educação pública nacional. Este artigo é fundamentado em Santos (2008), Amaral (2014), Lima (2013) e Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996).

**Palavras-Chave:** Psicomotricidade, Pedagogia, Psicologia, Educação Pública.

**ABSTRACT:** This study is a way to make the concept clear to psychomotor and its purpose in the public education sector. Initially the study will explain the psychomotor as term, concept and science; Underpinning its origin through psychology and psychiatry until the

moment the psychomotor is present in public schools. After we confine the psychomotor our object of study - psychomotor school for the area of public education.

**Keywords:** Psychomotor, Pedagogy, Psychology, Public Education.

---

## 1.0 INTRODUÇÃO

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. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.<sup>[1]</sup> O tema deste trabalho aponta para a Psicomotricidade Relacional como ferramenta de intervenção na educação nacional pública, podendo ser utilizada nas diferentes etapas escolares, abordando tanto os aspectos referentes ao desenvolvimento das potencialidades individuais e do grupo, quanto voltado à elevação da qualidade das relações interpessoais entre as crianças. Dentre os objetivos para este trabalho, buscava-se identificar os conteúdos da Psicomotricidade Relacional que favorecem as relações interpessoais; possibilitando vivências que fortalecessem a socialização dos indivíduos; bem como, frente aos autores pesquisados, verificar a validade da prática da Psicomotricidade Relacional e a sua aplicabilidade na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Traz também uma reflexão sobre a prática da Psicomotricidade Relacional nas escolas públicas. Verifica-se que as

relações interpessoais se completam na Psicomotricidade Relacional, na medida em que os materiais disponibilizados possibilitam inúmeras formas de relação com o outro, nesse espaço de liberdade e de segurança, ou mesmo, quando o grupo e o psicomotricista relacional se permitem viver, sentir e experimentar conteúdos diferentes. A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.[2]

A lei assegura aos educandos, uma educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora.

## **2.0 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

### **2.1 Fundamentos em Psicomotricidade**

Constatou-se que o tema proposto é tomado como estudo por muitos pesquisadores, entretanto no cenário educacional nacional é necessário maior aprofundamento. Para tanto se tomou como embasamento as leituras de Dupré[3]. Que segundo ele, o termo psicomotricidade esteve vinculado a estudos de neuropsiquiatria infantil na França. Neste estudo, Dupré analisava a síndrome da debilidade motriz, que consiste em um desequilíbrio motor. Talvez esse seja o motivo da França ser considerada como o berço da psicomotricidade, assim como justifica a grande quantidade de pesquisas, estudos e trabalhos apresentados sobre este tema neste país até a atualidade, mesmo que em outros inúmeros países também se discuta o assunto.[4]

Nascida num contexto biomédico, a psicomotricidade surgiu ancorada no paradigma cartesiano. Inicialmente, compreendida somente a busca de informações sobre a causa e efeitos dos problemas motores. Hoje ela é estudada tanto por médicos, neurologistas, como por psicólogos, terapeutas, professores de Educação Física e pedagogos.[5]

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 20 de dezembro de 1996 (Lei nº. 9394/1996) em seu artigo 29 define que “a educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até 6 anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade”. [6]

“A história da psicomotricidade, sua prática, avaliação e outros fatores, conduz à existência de duas correntes: a funcional e a relacional.” [7]

## **2.2 Psicomotricidade Funcional**

Nasceu junto com os estudos de Dupré. Claramente baseada no eixo biomédico, ou seja, na concepção cartesiana, afirma que fatores biológicos/maturacionais norteiam o desenvolvimento humano. Desta forma, durante muitas décadas, a compreensão de que nossas capacidades e habilidades motrizes estariam ligadas a estes processos maturacionais levou a crer que o desenvolvimento de todos os seres humanos era padronizado, devido a sua faixa etária. Variáveis como gênero, fatores sociais e experiências vivenciadas não foram considerados.[8]

Acreditando que todos os seres humanos desenvolviam suas capacidades motrizes igualmente, o método de “exercício-teste” para diferentes idades logo foi incorporado à psicomotricidade funcional como

meio para avaliar a situação real deste desenvolvimento infantil. Estes “exercícios-testes” seguem padrões evolutivos universais.[9]

Explicando de outra maneira, podemos dizer que a corrente de psicomotricidade funcional defende que todos nós, devemos, por exemplo, ser capazes de aos dois anos realizar determinadas tarefas, tabuladas e entendidas como um padrão universal de normalidade. As pessoas que não conseguem realizar de modo satisfatório apresentariam um déficit motor relacionado ao que lhe foi testado.[10]

Encontramos estes testes em diversos manuais de psicomotricidade. Talvez o mais conhecido seja o teste de Ozeretski (1894-1955). Nikolai Ivánovich Ozeretski, psiquiatra soviético, foi o primeiro a criar testes graduados por idades. Seus estudos, que datam por volta de 1930, se difundiram por toda à URSS, e ainda hoje servem como modelo para avaliação motriz para a corrente de psicomotricidade funcional.[11] Por décadas, psicomotricistas voltaram seus esforços a realizar estes testes, apresentando perfis motores e procurando sanar algum eventual déficit através da repetição de exercícios. O treino, por meio da repetição, torna-se exatamente a estratégias pedagógicas para que a criança adquira certas habilidades motoras.

Nesta área de atuação, ressaltamos os trabalhos de Pierre Vayer, Jean Le Boulch, André Lapiere e Bernard Aucouturier. Mesmo sendo mais contemporâneos e tendo mudado um pouco seus discursos, a prática continuou a mesma, procurando medir o desenvolvimento motriz real através de testes-exercícios e se preocupando mais com a prescrição de exercícios do que com intervenções pedagógicas.[12]

Enfim, acreditar nestes pressupostos é crer que a motricidade humana ocorre de forma linear e evolui decorrente a processos maturacionais (biológicos), comparados a padrões ditos como “normais”. Observamos nesta corrente claramente a concepção de que o ser humano é uma máquina, que já vem pré-datada a possuir determinados requisitos conforme seu tempo de uso. Esta ideia é coerente à concepção cartesiana, ao qual a psicomotricidade funcional está ancorada em seu berço.[\[13\]](#)

### **2.3 Psicomotricidade Relacional**

Inicialmente, salientamos o fato da psicomotricidade relacional não surgir numa única abordagem. Bernard Aucouturier e André Lapierre, antigos psicomotricistas funcionais, são considerados os precursores desta vertente e, ao iniciarem a propagação de suas ideias, logo romperam, devido as divergências na questão das intervenções pedagógicas.[\[14\]](#)

A abordagem da psicomotricidade relacional foi difundida no Brasil por Airton Negrine. As informações aqui relatadas constam em polígrafos, e são oriundas de conversas particulares, aulas, palestras, práticas psicomotoras com crianças, ocorridas durante nossa formação como psicomotricista, no Centro Educacional La Salle, em Canoas, Rio Grande do Sul, no ano de 2001.[\[15\]](#)

Segundo Maria Cavalcante de Lima, Terapeuta infantil em Rondonópolis no Mato Grosso:

A Psicomotricidade Relacional é uma ferramenta oportuna pois o diagnóstico e a terapia se dão através do brincar, que é essência do ser em desenvolvimento. Toda a pedagogia que não se renova fica rapidamente esclerosada e as “inovações” logo caem em uma rotina

mais ou menos disfarçada, na segurança do “já feito”, na facilidade do “previsto”, o que termina por criar uma proteção contra a inovação.[16]

Podemos afirmar que a psicomotricidade numa perspectiva relacional engloba uma série de estratégias de intervenções e de ações pedagógicas que servem como meio de ajuda na evolução dos processos de desenvolvimento e aprendizagem da criança. Para tal, utiliza-se a via corporal, através do ato de brincar, como elemento motivador para provocar a exteriorização corporal, permitindo desta forma, movimentos, ações e interações diversificadas.[17]

Esta abordagem se utiliza, portanto, do brincar como atividade meio, ou seja, este brincar se constitui como elemento pedagógico. A psicomotricidade relacional usa métodos não diretivos, embora a atividade seja baseada numa rotina, pois toda a atividade dos professores deve ser carregada de uma intenção. Sendo assim, as rotinas proporcionam três momentos bem distintos numa sessão (início, meio, fim), cabendo ao psicomotricista saber quando e porque intervir em determinadas situações. Na psicomotricidade relacional, utilizamos o termo “sessão” para designar o tempo de duração de um período compreendido como aula. Uma sessão de psicomotricidade relacional é dividida em três momentos. O primeiro momento denominamos de Ritual de Entrada, que consiste no início da sessão em dispor as crianças sentadas num grande círculo. Nesta hora, propomos os acordos, estipulamos as regras e limites. A segunda parte é a sessão propriamente dita, onde as crianças brincam livremente daquilo que desejarem. A terceira parte chamamos de Ritual de Saída, onde no final da



sessão as crianças voltam a sentar em círculo e provocamos que verbalizem sobre as brincadeiras que vivenciaram durante o encontro.[\[18\]](#)

A psicomotricidade relacional é antes de tudo um conjunto de ações e estratégias de intervenções pedagógicas que utiliza a via corporal como meio de melhorar as relações da criança com o adulto, com os iguais (outras crianças), com objetos e consigo mesma.

A Psicomotricidade Relacional vai, então, gerar estímulos para o ajuste positivo daqueles distúrbios comportamentais, sociais e cognitivos: incentivando o aprendizado, despertando o desejo de aprender, melhorando a produtividade da criança, superando medos, prevenindo dificuldades de expressão motora, verbal ou gráfica, estimulando à criatividade, a atenção, a concentração, a memória, elevando a autoestima, aceitação de limites, aceitação de frustrações, resultando em mais desejo de aprender, pela constante exploração de suas potencialidades. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.[\[19\]](#) São valorizados os aspectos positivos de sua personalidade, necessários à superação de suas dificuldades, construindo, assim, o caminho rumo à sua autonomia. O método pode ser levado a escolas, creches e clínicas e organizações.[\[20\]](#)

### **3.0 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

#### **3.1 Aprendizagem e Desenvolvimento**

Sabemos então que a psicomotricidade relacional consiste em criar um ambiente onde a criança possa interagir ludicamente com seus iguais e objetos. Vygotsky afirma explicitamente que o jogo é um fator fundamental

para o desenvolvimento e a aprendizagem das crianças. Sendo assim, devemos esclarecer a visão do autor sobre o desenvolvimento infantil, como também suas relações.[21] Inicialmente, Vygotsky nos trás como referência três teorias sobre aprendizagem e desenvolvimento infantil, opinando sobre elas. A primeira baseia-se no pressuposto que os processos de desenvolvimento da criança são independentes do aprendizado, ou seja, o aprendizado é um processo puramente externo que não está envolvido no desenvolvimento.[22]

A segunda teoria defende que aprendizado é desenvolvimento. O desenvolvimento é visto como domínio dos reflexos condicionados, isto é, o processo de aprendizado esta completamente e inseparavelmente misturado com o processo de desenvolvimento.[23]

A terceira teoria tenta superar os extremos das outras dos simplesmente combinando-as. Um dos defensores dessa tese é Koffka, sendo que este acredita que o desenvolvimento se baseia em dois processos inerentemente diferentes, embora relacionados, em cada um influencia o outro. De um lado está a maturação, que depende diretamente do desenvolvimento do sistema nervoso, e do outro lado estão aprendizado, que é, por si só, também um processo de desenvolvimento.[24]

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 20 de dezembro de 1996 (Lei nº. 9394/1996) em seu artigo 13º, III, IV, determina que os docentes deverão incumbir-se de zelar pela aprendizagem dos alunos, verificando o rendimento escolar do indivíduo, observando a possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado e colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade.

Devemos compreender dois níveis de desenvolvimento: o primeiro seria o nível de desenvolvimento real, ou seja, o nível de desenvolvimento das funções mentais da criança, que se estabeleceram como resultado de certos ciclos de desenvolvimento já completados. Os testes, de uso tão comum, quando se deseja obter a idade mental da criança, trataria na verdade deste nível de desenvolvimento real. Geralmente, nestes testes, admite-se somente aquilo que a criança é capaz de fazer sozinha, sem ajuda de ninguém. O segundo seria o nível de desenvolvimento potencial, isto é, seriam as soluções que as crianças conseguem com a orientação de um adulto ou com ajuda de crianças mais capazes.[\[25\]](#)

Da relação entre os dois níveis de desenvolvimento surge a zona de desenvolvimento proximal, que seria a distância entre o nível de desenvolvimento real, que se costuma determinar através da solução independente de problemas, e o nível de desenvolvimento potencial, determinado através da solução de problemas sob a orientação de um adulto ou em colaboração com companheiros mais capazes.[\[26\]](#)

A zona de desenvolvimento proximal definiria aquelas funções que ainda não amadureceram, mas que estão em processo de maturação, podendo afirmar que essas funções estão em estado embrionário. Podemos dizer então que a zona de desenvolvimento proximal hoje será o nível de desenvolvimento real num futuro próximo, significa aquilo que a criança ainda não faz sozinha hoje, mas que será capaz de assim o fazer brevemente. Uma das maiores colaborações de Vygotsky aos educadores exatamente trazer à luz o conhecimento da zona de desenvolvimento proximal, a ponto do próprio afirmar que o estado mental de uma criança

só pode ser determinado se forem revelados os seus dois níveis: o nível de desenvolvimento real a zona de desenvolvimento proximal.[27]

#### **4.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Entendemos então a importância da Psicomotricidade para a educação infantil nacional como uma prática não apenas preparatória da aprendizagem, mas como uma forma de fortalecimento da criança enquanto pessoa.

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.[28]

A psicomotricidade atua como ferramenta para todas as áreas de estudo voltadas para a organização afetiva, motora, social e intelectual do indivíduo sabendo-se que o homem é um ser ativo capaz de se conhecer cada vez mais e de se adaptar às diferentes situações e ambientes. A psicomotricidade é indispensável ao processo educativo, no intuito de desenvolver nos alunos um desenvolvimento psicomotor satisfatório e, ao mesmo tempo, contribuir para uma evolução psicossocial e o sucesso escolar da mesma. Vale ressaltar que o Poder Público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na própria rede pública regular de ensino.

Contribui de maneira expressiva para a formação e estruturação do esquema corporal e busca incentivar a prática do movimento em todas as etapas da vida de uma criança. Por meio dessas atividades as crianças, além de se divertir, criam, interpretam e se relacionam com o mundo em que vivem.

Então é importante o educador conhecer as funções psicomotoras e sua contribuição para o crescimento infantil, pois sem esse conhecimento, o professor, poderá pular etapas do desenvolvimento motor o que causará problemas futuramente as crianças. Respeitando a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

**Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:** nº 9394/96. Brasília, Brasília, DF: Senado Federal, 1997.

SANTOS, Gustavo Gonçalves. **Psicomotricidade Relacional: Um outro olhar sobre a Motricidade Humana.** São Paulo: Ed All Print, 2008.

#### **REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS**

AMARAL, Sonia. **A Psicomotricidade Relacional.**

<<http://www.psicomotricidaderelacional.com>>. Acesso em 03-08-2015.

FLORES, Franco. VIEIRA, Rodrigo. **Educação Física nas escolas.** Disponível em <[www.clicrbs.com.br](http://www.clicrbs.com.br)>. Acesso em 03-08-2015.

LIMA, Maria Cavalcante de. **A psicomotricidade relacional na escola**. Disponível em: <<http://www.atribunamt.com.br/2013/01/a-psicomotricidade-relacional-na-escola-i/>>. Acesso em 03-08-2015.

**NOTAS:**

[1] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

[2] Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: nº 9394/96. Brasília, Brasília, DF: Senado Federal, 1997.

[3] Psicólogo; Psiquiatra e Professor Francês.

[4] SANTOS, Gustavo Gonçalves. *Psicomotricidade Relacional: Um outro olhar sobre a Motricidade Humana*. São Paulo: Ed All Print, 2008. p. 26.

[5] Id., p. 26

[6] Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: nº 9394/96. Brasília, Brasília, DF: Senado Federal, 1997.

[7] SANTOS, op.cit., p. 26.

[8] Id., p. 26.

[9] Ibid., p. 27.

[10] Id., p. 27.

[11] Id., p. 27.

[12] Id., p. 27.

[13] Id., p. 27.

[14] Ibid., p. 28.

[15] Id., p. 28.

[16] LIMA, Maria Cavalcante de. **A psicomotricidade relacional na escola**. Disponível em: <<http://www.atribunamt.com.br/2013/01/a-psicomotricidade-relacional-na-escola-i/>>. Acesso em 03-08-2015.

[17] SANTOS., op.cit. p. 28

[18] Ibid., p. 29.

[19] Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: nº 9394/96. Brasília, Brasília, DF: Senado Federal, 1997.

[20] AMARAL, Sonia. **A Psicomotricidade Relacional**. Disponível em: <<http://www.psicomotricidadederelacional.com>>. Acesso em 03-08-2015.

[21] Ibid., p. 48.

[22] Ibid., p. 49.

[23] Id., p. 49.

[24] Ibid., p. 50.

[25] Id., p. 50.

[26] Id., p.50.

[27] Ibid., p. 51.

[28] Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: nº 9394/96. Brasília, Brasília, DF: Senado Federal, 1997.

## A SALVAGUARDA DO CONSUMIDOR NA INTERNET: BREVE PAINEL À LEI Nº 12.965/2014

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** É cediço que a Legislação Consumerista inaugurou uma nova realidade, conjugando, por meio das flâmulas desfraldadas pela Constituição Federal, um sistema normativo pautado na proteção e defesa do consumidor. Ao lado disso, gize-se, por carecido, que o Direito do Consumidor passou a gozar de irrecusável e sólida importância que influencia as órbitas jurídica, econômica e política, detendo aspecto robusto de inovação. No mais, insta sublinhar, com grossos traços, que a Legislação Consumerista elevou a defesa do consumidor ao degrau de direito fundamental, sendo-lhe conferido o status de axioma estruturador e conformador da própria ordem econômica, sendo, inclusive, um dos pilares estruturante da ordem econômica, conforme se infere da redação do inciso V do artigo 170 da Carta de Outubro. Em razão do exposto, o presente se debruça na análise dos atores envolvidos na relação de consumo, quais sejam: o consumidor, cuja proteção legal decorre do estatuto supramencionado, e o fornecedor. Nesta esteira, impende analisar ambas as figuras, com o escopo de apresentar um exame sistemático de seus aspectos



característicos, tal como a pluralidade de situações em que as acepções das aludidas figuram reclamam um elastecimento interpretativo, utilizando, para tanto, uma ótica proveniente da interpretação conferida pelos Tribunais Pátrios aos vocábulos *consumidor*, tanto em sentido estrito (artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor) como por equiparação (artigo 2º, parágrafo único, artigo 17 e artigo 29, todos do Código de Defesa do Consumidor), e *fornecedor*.

**Palavras-chaves:** Consumidor. Fornecedor. Relação de Consumo na Internet.

**Sumário:** 1 A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental: Lições Inaugurais; 2 Aspectos Conceituais do Consumidor; 3 A Figura do Consumidor por Equiparação; 4 Conceito de Fornecedor; 5 Anotações acerca da Acepção de Produtos; 6 Comentários à Natureza Jurídica do Serviço; 7 A Salvaguarda do Consumidor na Internet: Breve Painel à Lei nº 12.965/2014.

---

## 1 A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental: Lições Inaugurais

*In primo loco*, releva-se imperioso salientar que, em decorrência dos feixes albergados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>[1]</sup>, verifica-se que o consumidor passou a ser revestido de grande relevo no Ordenamento Pátrio, culminando, ulteriormente, na elaboração e promulgação do Código de Defesa do Consumidor<sup>[2]</sup>, compêndio de dispositivos que sagram em suas linhas, como fito maior, a proteção daquele. Ao lado disso, gize-se, por carecido, que o Direito do Consumidor passou a gozar de irrecusável e sólida importância que influencia as órbitas

jurídica, econômica e política, detendo aspecto robusto de inovação. No mais, insta sublinhar, com grossos traços que a Legislação Consumerista elevou a defesa do consumidor ao degrau de direito fundamental, sendo-lhe conferida o *status* de axioma estruturados e conformador da própria ordem econômica, sendo, inclusive, um dos pilares estruturante da ordem econômica, conforme se infere do inciso V do artigo 170 da Carta de Outubro<sup>[3]</sup>.

Denota-se, desta sorte, que, em razão do manancial de inovações trazido à baila pela Constituição Cidadã, os consumidores foram erigidos à condição de detentores de direitos constitucionais enumerados como fundamentais, conjugando, de sobremaneira, com o maciço fito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal carecidas, a fim de salvaguardar tal escopo. À luz do expandido, em um contato primitivo com o tema, salta aos olhos que o Código de Defesa do Consumidor, enquanto diploma legislativo impregnado de essência constitucional clama por uma interpretação sustentada pela tábua principiológica consagrada, de modo expresso, na Carta da República. Nesta senda de raciocínio, impõe ao Arquiteto do Direito, de maneira cogente, atentar-se para os corolários, desfraldados como flâmula orientadora, para conferir amoldagem as normas que versam acerca das relações de consumo a situações concretas, revestidas de nuances e particularidades singulares que oscilam de maneira saliente.

Além disso, com destaque, a proteção conferida pelo Ente Estatal ao consumidor, quer seja enquanto figura dotada de direito fundamental que foi positivada no próprio texto da Lei Maior, quer seja como mola propulsora da formulação e execução de políticas públicas, como também

do exercício das atividades econômicas em geral. *Plus ultra*, acrescer se faz mister que ao se conferir tratamento robusto ao consumidor, ambicionou o Constituinte atribuir essência de meio instrumental, com vista a neutralizar o abuso do poder econômico praticado em detrimento de pessoas e de seu direito ao desenvolvimento, sem olvidar de uma existência considerada como digna e justa. Neste sentido, há que se trazer a lume o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

**Ementa:** Processo Civil e Consumidor. Agravo de Instrumento. Concessão de Efeito Suspensivo. Mandado de Segurança. (...) Relação de Consumo. Caracterização. Destinação Final Fática e Econômica do Produto ou Serviço. Atividade Empresarial. Mitigação da Regra. Vulnerabilidade da Pessoa Jurídica. Presunção Relativa. [...] Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. [...]( Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ RMS 27512/BA/ Relatora Ministra Nancy

Andrighi/ Julgado em 20.08.2009/ Publicado no DJe em 23.09.2009)

Saliente-se, com ênfase, que a proteção do consumidor e o desenvolvimento de instrumentos rotundos aptos a fomentar tal fito se revelam como característicos de assegurar a concretude e significado as proclamações contidas na Carta de 1988. Nesta esteira, evidencia-se, ainda, que a *Lex Fundamentallis* estabeleceu um estado de comunhão solidária entre as diversas órbitas políticas, que constituem a estrutura institucional da Federação Brasileira, agrupando-as ao redor de um escopo comum, detendo o mais elevado sentido social. Afora isso, os direitos do consumidor, conquanto despidos de caráter absoluto, qualificam-se, porém, como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório.

Além disso, os corolários de proteção ao consumidor, hasteados como flâmulas orientadoras, buscam neutralizar situações de antagonismos oriundos das relações de consumo que se processam, na esfera da vida social, de modo tão desigual, caracterizado corriqueiramente pela conflituosidade, opondo, por extensão, fornecedores e produtores, de um lado, a consumidores, do outro. No mais, o reconhecimento da proteção constitucional da figura como consumidor, traduz em verdadeira prerrogativa fundamental do cidadão, estando inerente à própria acepção do Estado Democrático e Social de Direito, motivo pelo qual cabe a toda coletividade extrair, dos direitos assegurados ao consumidor, a sua máxima eficácia.

## **2 Aspectos Conceituais do Consumidor**

Em uma acepção ampla, tem-se o consumidor é aquele que adquire mercadorias, independente da natureza que possuam, como particular, e para uso doméstico ou mesmo profissional, sem intuito de revenda. Segundo Gama, consumidor é “*aquele que consome alguma coisa*”[4]. A partir de um viés jurídico, consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, tal como a prestação de serviço. “*Vislumbrando-se o seu enquadramento inicial, o consumidor pode ser, pelo texto expresso, uma pessoa natural ou jurídica, sem qualquer distinção*”[5]. Nesta esteira, para que a pessoa jurídica seja considerada como consumidor, mister se faz a demonstração de sua vulnerabilidade e a utilização do produto ou do serviço como destinatário final. A compreensão do vocábulo consumidor, para fins de definição do âmbito de incidência da legislação consumerista, deve partir da expressão destinatário final, entendido como aquele destinatário fático e econômico do bem ou do serviço, sem que objetive o incremento ou fomento de outra atividade negocial.

Neste passo, rememorar se faz imprescindível que o emolduramento da pessoa jurídica como consumidora advém da aquisição ou mesmo utilização de produtos ou serviços em benefício próprio. *Id est*, trata-se de situação em que se objetiva a satisfação das necessidades pessoais, sem que subsista o interesse de transferi-los a terceiros, nem empregá-los na produção de outros bens ou serviços. Nesta trilha de raciocínio, oportunamente, pode-se assinalar que “*se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é*

*considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC*”[6]. Logo, tão somente a utilização do serviço ou do produto como insumo, integrando a cadeia produtiva, pela pessoa jurídica tem o condão de desnaturar a relação de consumo existente. Ao lado disso, colhe-se o paradigmático entendimento:

**Ementa:** Direito do Consumidor. Pessoa Jurídica. Não ocorrência de violação ao art. 535 do CPC. Utilização dos produtos e serviços adquiridos como insumos. Ausência de vulnerabilidade. Não incidência das normas consumeristas. [...] 2. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa - física ou jurídica - é "destinatária final" do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar a cadeia produtiva do adquirente, ou seja, torna-se objeto de revenda ou de transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou, ainda, quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte. 3. No caso em julgamento, trata-se de sociedade empresária do ramo de indústria, comércio, importação e exportação de cordas para instrumentos musicais e afins, acessórios para veículos, ferragens e ferramentas, serralheria em geral e trefilação de arames, sendo

certo que não utiliza os produtos e serviços prestados pela recorrente como destinatária final, mas como insumos dos produtos que manufatura, não se verificando, outrossim, situação de vulnerabilidade a ensejar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 4. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 932.557/SP/ Relator Ministro Luís Felipe Salomão/ Julgado em 07.02.2012) (grifou-se).

Depreende-se, pois, que a acepção conceitual que reveste a figurado do consumidor foi construída a partir de um visão essencialmente objetiva, porquanto volvida para o ato de retirar o produto ou serviço do mercado, na condição de seu destinatário final. Nessa linha, afastando-se do critério pessoal de definição de consumidor, o legislador infraconstitucional possibilita às pessoas jurídicas a assunção dessa qualidade, desde que adquiram ou utilizem o produto ou serviço como destinatário final. Dessarte, consoante doutrina abalizada sobre o tema, o destinatário final é aquele que retira o produto da cadeia produtiva - destinatário fático -, mas não para revendê-lo ou utilizá-lo como insumo na sua atividade profissional -, destinatário econômico.

Ao lado disso, com o escopo de robustecer as ponderações aventadas, quadra anotar o entendimento do Ministro Fernando Gonçalves, ao relatoriar o Conflito de Competência Nº. 92.519/SP, quando firmou entendimento robusto que *“para que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou serviço adquirido ou utilizado não pode guardar qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade*

*econômica por ele desenvolvida”*,<sup>[7]</sup> logo o serviço ou produto deve ser empregado com o fim de atender uma necessidade própria, pessoal do consumidor. “*Na linha da jurisprudência predominante no STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de pessoa jurídica a dita consumidora, desde que se sirva dos bens ou serviços prestados pelo fornecedor como destinatária final*”<sup>[8]</sup>. Desta feita, para que se opere a caracterização do consumidor, basta que o indivíduo adquira ou utilize o produto ou serviço como destinatário final. Esse o entendimento de Cláudia Lima Marques:

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência - é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e distribuição<sup>[9]</sup>.

Doutro modo, o Código de Defesa do Consumidor não possui incidência em situações nas quais, embora seja possível a identificação de



um *destinatário final*, o produto ou serviço é entregue com o fito específico de servir de *bem de produção* para outro produto ou serviço e, comumente, não está disponibilizado no mercado de consumo como bem passível de aquisição, mas como de produção. Verifica-se, nesta situação, que o consumidor comum não o adquire<sup>[10]</sup>. Neste diapasão, consoante o Ministro Sidnei Beneti já assentou entendimento, cuida frisar que “*é preciso considerar a excepcionalidade da aplicação das medidas protetivas do CDC em favor de quem utiliza o produto ou serviço em sua atividade comercial. Em regra, a aquisição de bens ou a utilização de serviços para implementar ou incrementar a atividade negocial descaracteriza a relação como de consumo*”<sup>[11]</sup>.

### **3 A Figura do Consumidor por Equiparação**

A Legislação Consumerista, além da figura do consumidor em sentido estrito, consoante definição apresentada pelo artigo 2º do mencionado diploma, identifica o terceiro que não participa diretamente da relação de consumo, isto é, todo aquele que se encontre na condição de consumidor equiparado. Desta feita, a Lei Nº. 8.078/1990 passa a ostentar múltiplos conceitos do consumidor, um geral e três outros por equiparação. Afiguram-se como consumidores a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, consoante dicção do parágrafo único do artigo 2º; todas as vítimas do evento, segundo disposição contida no artigo 17; e, todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas no capítulo V do Código de Defesa do Consumidor, conforme estatui o artigo 29.

Imperioso se faz frisar que “*o Código, ao tratar do consumidor por equiparação não o coloca em desvantagem ou em nível inferior aos*

*demais consumidores*”[12]. Conseqüentemente, além do consumidor *stricto sensu*, podem ser também alcançadas pelas atividades desenvolvidas no mercado de consumo pelos fornecedores de produtos e serviços outras que, conquanto não integrem uma relação de consumo, passam a gozar da mesma posição de consumidor legalmente abrigado nas normas da Legislação Consumerista, independente de ter usado ou consumido, de maneira direta, qualquer produto ou serviço na condição de consumidor final. Nesse contexto, destaca-se a figura do consumidor por equiparação, inserida pelo legislador no art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, sujeitando à proteção daquele diploma também as vítimas de acidentes derivados do fato do produto ou do serviço.

Em outras palavras, o sujeito da relação de consumo não precisa necessariamente ser parte contratante, podendo também ser um terceiro vitimado por essa relação, que o direito norte-americano – onde o instituto teve origem – chama de *bystander*. Desta maneira, em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo existente deve ser considerado consumidor por equiparação. “*A vítima de acidente de consumo que de qualquer forma sofre os efeitos do evento é consumidor por equiparação ou bystanders (art. 17 do CDC)*”[13]. Colaciona-se o paradigmático aresto do Superior Tribunal de Justiça, que, com bastante pertinência, aponta que:

**Ementa:** Civil, Processo Civil e Consumidor. Reparação Civil. Prescrição. Prazo. Conflito Intertemporal. CC/16 e CC/02. Acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte de pessoas. Terceiro, alheio à relação de consumo,

envolvido no acidente. Consumidor por equiparação. Embargos de declaração. Decisão omissa. Intuito protelatório. Inexistência. [...] 3. O art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (bystander), sujeitando à proteção do CDC aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação. 4. Em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, o terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo deve ser considerado consumidor por equiparação. Excepciona-se essa regra se, no momento do acidente, o fornecedor não estiver prestando o serviço, inexistindo, pois, qualquer relação de consumo de onde se possa extrair, por equiparação, a condição de consumidor do terceiro. [...] 6. Recurso especial parcialmente provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1125276/RJ/ Relatora: Ministra Nancy Andriahi/ Julgado em 28.02.2012/ Publicado no DJe em 07.03.2012) (realçou-se).

**Ementa:** Responsabilidade Civil. Acidente Aéreo. Pessoa em superfície que alega abalo moral em razão do cenário trágico. Queda de avião nas cercanias de sua residência. Consumidor por equiparação. Art. 17 do CDC. Prazo prescricional. Código Civil de

1916. Inaplicabilidade. Conflito entre prazo previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) e no CDC. Prevalência deste. Prescrição, todavia, reconhecida. [...] 2. As vítimas de acidentes aéreos localizadas em superfície são consumidores por equiparação (bystanders), devendo ser a elas estendidas as normas do Código de Defesa do Consumidor relativas a danos por fato do serviço (art. 17, CDC). 3. O conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica - que é anterior à CF/88 e, por isso mesmo, não se harmoniza em diversos aspectos com a diretriz constitucional protetiva do consumidor -, deve ser solucionado com prevalência daquele (CDC), porquanto é a norma que melhor materializa as perspectivas do constituinte no seu desígnio de conferir especial proteção ao polo hipossuficiente da relação consumerista. Precedente do STF. 4. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 1281090/SP/ Relator: Ministro Luís Felipe Salomão/ Julgado em 07.02.2012/ Publicado no DJe em 15.03.2012) (destacou-se).

O artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa. Com o escopo de harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, com o escopo

de reprimir eficazmente os abusos de poder econômico, com o fito de proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador cunhou um poderoso instrumento nas mãos das pessoas expostas às práticas abusivas. Estas, mesmo não sendo "consumidores *stricto sensu*", poderão utilizar as normas especiais do Estatuto Consumerista, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas. Ao lado disso, *“a pessoa jurídica exposta à prática comercial abusiva equipara-se ao consumidor (art. 29 do CDC), o que atrai a incidência das normas consumeristas e a competência do Procon para a imposição da penalidade”*[\[14\]](#).

Ao lado disso, a situação prevista em que a coletividade se encontra, de maneira potencial, na iminência de sofrer dano não provocado, traz, com clareza solar, a incidência das normas protetivas entalhadas no Código de Defesa do Consumidor. Desta maneira, os diversos desastres tecnológicos decorrentes da atuação antrópica, a exemplo da contaminação das águas, do ar e a ameaça à camada de ozônio, tal como os problemas advindos do âmbito da saúde e segurança alimentar, têm reclamado a atenção de todos acerca da necessidade de ser adotada uma atitude maior de prudência no uso das tecnologias disponibilizadas. *“Observa-se a relevância do bem jurídico tutelado, no interesse da coletividade, visando a anulação de cláusulas abusivas contidas em Cédulas de Crédito Rural, firmadas pelos sindicalizados perante instituição financeira, em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor”*[\[15\]](#).

#### **4 Conceito de Fornecedor**

Em linhas introdutórias, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, tal como os entes

despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, consoante definição insculpida no *caput* do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor[16]. “É, em síntese, todo aquele que oferta, a título singular e com caráter profissionalidade – exercício habitual do comércio – produtos e serviços ao mercado de consumo, atendendo, assim, às suas necessidades”[17]. Pela dicção apresentada, é denotável que não importa a tarefa assumida pelo fornecedor no universo das relações consumeristas, sendo irrelevante o papel que ele desempenha, quando se trata da afirmação dos direitos do consumidor.

Nesta esteira, a remuneração é a nota essencial à caracterização do fornecedor, sendo que a remuneração dá o tom do exercício profissional, não se aplicando apenas aos serviços. Igualmente, o fornecedor de produtos, para ser caracterizado como tal, deve atuar no curso de sua atividade-fim. “As rés, na condição de prestadoras de serviços, enquadram-se no conceito de fornecedor do art. 3º, do Diploma Consumerista”[18]. Ao traçar os aspectos característicos da figura do fornecedor, alude o legislador ao vocábulo *atividade*, sendo esta considerando como a prática reiterada de atos de cunho negocial, de maneira organizada e unificada, por um mesmo indivíduo, objetivando um escopo econômico unitário e permanente. Consoante o magistério de Carvalho:

Essas atividades, assim indicadas no Código, são:  
produção (atividade que conduz ao produto qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial);

montagem (a combinação de peças que, no conjunto, vão formar o produto); criação (desenvolvimento da atividade espiritual ou física do homem que constitui novidade); construção (com ou sem criatividade); transformação (mudança ou alteração de estrutura ou forma de produto já existente em outro); importação e exportação (aquisição de produtos do exterior e venda de produtos para o exterior); distribuição (ato de concretizar a *traditio* da *res*); comercialização (prática habitual de atos de comercial); prestação de serviços (aquele que presta serviços a outras entidades)[19].

Nesta trilha de exposição, revela-se imprescindível distinguir o fornecedor imediato do fornecedor mediato, ambicionando, por conseguinte, fixar a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Ao lado disso, mister se faz sublinhar que o fornecedor mediato é todo aquele que não celebrou o contrato, tendo, contudo, integrado a cadeia econômica como fornecedor do produto ou do serviço. Já o fornecedor imediato, também denominado fornecedor direto, é aquele que comercializa o produto ou, ainda, presta diretamente o serviço, mesmo que venha a se utilizar de mandatário, preposto ou empregado. Com espeque no artigo 13 do Estatuto de Defesa e Proteção do Consumidor[20], a responsabilidade do fornecedor direta será sucessiva e subsidiária, quando desconhecida ou insuficiente à identificação do fornecedor indireto ou mediato.

Em havendo dano puramente patrimonial, a responsabilidade será de todos os fornecedores que integram a cadeia econômica, a título de

solidariedade, excetuada exceção em sentido contrário. No sistema inaugurado pela Legislação Consumerista, em especial nas hipóteses contidas nos artigos 18 e 20, respondem pelo vício do produto todos aqueles que ajudaram a colocá-lo no mercado, desde o fabricante (que elaborou o produto e o rótulo de identificação), o distribuidor, ao comerciante (que contratou com o consumidor). A cada um deles é imputada a responsabilidade pela garantia de qualidade-adequação do produto. Salta aos olhos que a cada um deles a Legislação Consumerista de regência impôs, de maneira expressa, um dever específico, respectivamente, de fabricação adequada, de distribuição somente de produtos adequados, de comercialização somente de produtos adequados e com as informações devidas.

O Código de Defesa do Consumidor adota, assim, uma imputação, ou, atribuição objetiva, pois todos são responsáveis solidários, responsáveis, porém, em última análise, por seu descumprimento do dever de qualidade, ao ajudar na introdução do bem viciado no mercado. A legitimação passiva se amplia com a responsabilidade solidária e com um dever de qualidade que ultrapassa os limites do vínculo contratual consumidor/fornecedor direto. Considerando que a responsabilidade é solidária tanto do fabricante, distribuidor e comerciante, é facultada ao consumidor a escolha de contra quem irá demandar, podendo ser contra um dos integrantes da cadeia de consumo como todos. Colhe-se, por imperioso, o entendimento jurisprudencial que tem o condão de abalizar o acimado:

**Ementa:** Apelação Cível. Direito Privado não especificado. Pretensão de indenização por dano material. Vício do produto ("Notebook"). Agravo



retido. Legitimidade passiva da loja onde o bem foi adquirido. Fornecedor - para fins de imputar a responsabilidade solidária pelos vícios de qualidade ou quantidade que tornem os produtos impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam (art. 18 do CDC), na linha do que dispõe o art. 3º do CDC - é todo aquele que participa da cadeia de fornecimento de produtos e/ou serviços, pouco importa sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor. Do aparecimento plural dos sujeitos-fornecedores resulta a solidariedade dentre os participantes da cadeia mencionada nos arts. 18 e 20 do CDC e indicada na expressão genérica "fornecedor de serviços" do art. 14, caput, do CDC, restando, assim, afastada a alegação de ilegitimidade passiva. [...] Negaram provimento ao Agravo Retido e a Apelação. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Vigésima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70041693920/ Relator: Desembargador Rubem Duarte/ Julgado em 26.09.2012) (destacou-se).

**Ementa:** Consumidor. Aparelho celular. Vício de qualidade do produto. Comerciante. Legitimidade Passiva. Em se tratando de responsabilidade por vício de qualidade do produto, todos os fornecedores respondem pelo ressarcimento dos vícios, como

coobrigados e solidariamente. Tanto o fabricante como o comerciante possuem deveres perante o consumidor quanto à garantia de qualidade dos produtos, e ambos podem ser acionados judicialmente. [...] Apelação desprovida. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70047064365/ Relator: Desembargador Túlio de Oliveira Martins/ Julgado em 29.03.2012) (sublinhou-se).

Ademais, são também considerados fornecedores as pessoas jurídicas de direito público interno, compreendendo-se a administração direta e indireta, bem como os denominados entes despersonalizados. Neste sentido, cuida salientar que “*a empresa concessionária de serviço público afigura-se responsável pelos danos causados em razão da suspensão do fornecimento de energia elétrica e pela demora no seu restabelecimento*”[21]. Verifica-se, assim, que as concessionárias de serviço público, para incidência das disposições protecionistas em relação ao consumidor contidas no Diploma Consumerista, são consideradas como fornecedores. A responsabilidade civil, por consequência, é objetiva e igualmente tem previsão no art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, somente podendo ser afastada quando comprovado que o defeito inexistiu ou que o dano decorreu de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

## **5 Anotações acerca da Acepção de Produtos**

Em uma acepção inaugural, a Legislação Consumerista, em expressa dicção, apresenta produto como sendo “*qualquer bem, móvel ou*

*imóvel, material ou imaterial*”[22]. Nesta esteira, o vocábulo “*produto*”, a partir de um viés jurídico, assume o sentido econômico, como resultado proveniente de uma produção, isto é, o resultado de algo elaborado por alguém, com o escopo primordial de ser comercializado, satisfazendo, via de consequência, uma necessidade humana. Como bem anota Carvalho, “*ao definir produto de forma bem ampla tem-se, para as finalidades do Código do Consumidor, que podem ser objeto de relação de consumo quaisquer bens – corpóreos ou incorpóreos – como também os que venham a ser integrados a outros produtos ou a um imóvel*”[23]. Trata-se de definição demasiadamente abrangente, não sendo possível a interpretação restritiva de seu conteúdo, ressalvada a hipótese de se promover a diferenciação da pessoa e do produto. “*Constata-se que a Lei N.º 8.078/1990 utilizou o termo bem, no sentido de ser uma coisa – algo que não é humano -, com interesse econômico e/ou jurídico, construção que é seguida por este autor*”[24].

Hodiernamente, os produtos são classificados, segundo o ordenamento consumerista, quanto à segurança, à nocividade, à adequação, à propriedade, à durabilidade, à natureza e à essencialidade. É considerado inseguro o produto quando não oferece a segurança que se espera legitimamente, consoante disposição apresentada no §1º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor[25]. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmou entendimento que “*caso em que a parte autora, tendo adquirido veículo "zero quilômetro", veio a ser submetida a uma verdadeira via crucis pela concessionária e fabricante do produto, porque o bem exibia defeitos que o tornavam inseguro para o trânsito, repercutindo em sua indisponibilidade*”[26].

De outra banda, diz-se que o produto é nocivo quando a segurança que dele se espera não pode ser alcançada de maneira imediata. Salta aos olhos que o consumidor tem o direito de não ser exposto a produtos e serviços que ocasionem perigo à sua incolumidade física. Oportuno, em verdade, é salientar que desse direito básico decorrem normas como aquelas previstas nos artigos 8º, 9º e 10º do Código de Defesa do Consumidor, que tratam das medidas de proteção à saúde e segurança do consumidor, e que preveem, por exemplo, a exigência de ostensiva e adequada *informação* sobre os riscos que os produtos ou serviços possam apresentar. Ainda nesse mesmo rol de artigos, encontra-se disposição que veda ao fornecedor colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. Colaciona-se, com o objetivo de subsidiar as ponderações apresentadas até o momento, colacionar o aresto paradigmático:

**Ementa:** Apelação Cível. Direito Privado não Especificado. Rescisão de contrato. Direito do Consumidor. Produto nocivo à saúde e segurança. Informação insuficiente. Conduta contratual abusiva e enganosa. [...] - Conduta atentatória a diversos direitos do consumidor. Art. 6º, CDC. Direito à proteção da vida, saúde e segurança (inc. I). Direito à informação adequada e clara (inc. III). Direito à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas

no fornecimento de produtos e serviços (inc. IV). - Caso concreto. Prova suficiente a demonstrar que o produto vendido ao consumidor causou problemas à sua saúde. Importante notar, ainda, que a hipótese dos autos apresenta notável agravante, pois o produto em tela foi vendido sob a promessa de melhora à saúde do consumidor. E se o fornecedor se utiliza justamente de promessas de contribuição e melhora à saúde do consumidor para vender o seu produto e, posteriormente, esse mesmo produto se mostra, ao contrário, nocivo à sua saúde, fica configurada com evidência a sua conduta enganosa e abusiva. Nesse contexto, o consumidor é claramente induzido em erro pelo fornecedor, que desvirtua informações sobre o produto para conseguir a sua venda. Mantido o deferimento do pedido do consumidor de rescisão do contrato. [...] Apelo improvido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70020637252/ Relator: Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira/ Julgado em 06.12.2007) (realçou-se).

Nesta esteira, ainda, o produto é tido como inadequado se não corresponde ordinariamente às expectativas do consumidor quanto à finalidade da aquisição ou à utilização do produto. Ao lado disso, o produto é denominado impróprio quando se mostra inadequado economicamente por vício de qualidade, quantidade ou informação[27]. É fato que

constatado o vício de qualidade ou quantidade no produto, que o torna inadequado para o consumo, concede o §1º do artigo 18 da Legislação Consumerista[28], no lapso temporal de trinta dias, ao fornecedor a oportunidade de saná-lo, sendo facultado ao consumidor, em caso de não reparação do efeito, optar por uma das três alternativas admitidas no diploma legal supramencionado, a saber: a substituição do produto por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou, ainda, o abatimento proporcional do preço. *“O objetivo do dispositivo legal em comento é dar conhecimento ao fornecedor do vício detectado no produto, oportunizando-lhe a iniciativa de saná-lo, fato que prescinde da notificação formal do responsável, quando este, por outros meios, venha a ter ciência da existência do defeito”*[29].

## **6 Comentários à Natureza Jurídica do Serviço**

Em relação ao serviço, o ordenamento pátrio adota, em referência às relações consumeristas, que o serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, compreendendo-se, inclusive, as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, excluindo-se as provenientes das relações de moldura trabalhista. *“Trata-se, pois, de atividade laborativa, ofertada no mercado de consumo, mediante remuneração. A regra em comento excepciona, dentre as atividades remuneradas, apenas a de natureza trabalhista”*[30]. Desta feita, pode-se ponderar que as relações existentes entre concessionárias de serviço público, tais como rodovias, telefonia e energia elétrica, e o usuário do serviço são típicas de consumo, estando,

portanto, alcançadas pelos feixes inspiradores que orientam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Nesta trilha, cuida trazer à colação o seguinte entendimento jurisprudencial:

**Ementa:** Concessionária de rodovia. Acidente com veículo em razão de animal morto na pista. Relação de consumo. 1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Recurso especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 467883/RJ/ Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito/ Julgado em 17.06.2003/ Publicado no DJ em 01.09.2003, p. 281) (grifou-se).

Ao lado disso, cuida salientar que *“apesar da lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso*

*prejudique a qualificação da relação consumerista”[31]. Com o escopo de ilustrar o expedito, pode-se citar como exemplos o caso de estacionamento gratuito em *shopping center*, supermercados, lojas e afins, sendo que a empresa que o oferta é responsável, eis que os atrativos objetivam exclusivamente angariar clientela. “O empreendimento comercial que oferece estacionamento aos seus clientes responde objetivamente pelos eventuais danos e prejuízos a eles causados, em razão do dever de guarda e vigilância assumidos”[32]. Aliás, cuida salientar que a responsabilidade em comento encontra-se sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante verbete de nº. 130, que diciona no sentido que “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo, ocorrido em seu estabelecimento”[33].*

Nesta toada, os fornecedores possuem a obrigação de dispensar todos os esforços carecidos “*para repelir a ocorrência de falha na prestação de seus serviços, devendo responder pelos danos morais causados a seus clientes, decorrentes da prestação de serviço defeituoso, consistente na inscrição indevida do nome do consumidor”[34]. O robusto questionamento que incide é relacionado à incidência do regime jurídico contemplado na legislação consumerista nas relações de cunho bancário. A dicotomia existente em relação ao tema orbita no aparente confronto entre as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor e as leis que regem o Sistema Financeiro Nacional, com as resoluções e as portarias emitidas pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central.*

Pois bem, conquanto o dinheiro, em si, não seja objeto de consumo, ao se afigurar como elemento de troca, a moeda adquire a natureza de bem de consumo. As operações de crédito são negócios de



consumo por conexão, encontrando-se abrangida nessa classificação todos os meios de pagamento em que ocorre diferimento de prestação monetária, a exemplo de cartões de crédito, cheques-presentes e outros. “*Como a prestação de serviço de natureza bancária encerra relação de consumo, aplicável é o Código de Defesa do Consumidor*”[35]. A relação de consumo é o vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa física ou jurídica denominada consumidora adquire ou utiliza produto ou serviço de outra pessoa denominada fornecedora. É patente que a relação entre banco e cliente é uma relação tipicamente de consumo, recebendo, por via de consequência, o respaldo ofertado pela Carta da República.

Destarte, tem-se que, para os efeitos da incidência do Código de Defesa do Consumidor, é considerado como consumidor, inquestionavelmente, toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. É cediço que as instituições estão sujeitas ao cumprimento dos corolários e ditames emanados pela Legislação Consumerista. Ao lado disso, no que concerne à aplicação do Código de Defesa do consumidor aos contratos bancários, a matéria já está pacificada pelo excelso Superior Tribunal de Justiça pela Súmula nº 297 que dispõe: “*O Código de Defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras*”[36], estendendo-se, frise-se, tão somente aos serviços atinentes à atividade bancária.

### **7 A Salvaguarda do Consumidor na Internet: Breve Painele à Lei nº 12.965/2014**

Estabelecidos os conceitos primordiais sobre os quais se assentam o presente, cuida anotar que a tutela do consumidor ganhou proeminente relevância no meio cibernético, sobretudo devido à sua

utilização cada vez mais frequente para as relações consumeristas de bens e serviços. Consoante aponta Fabiano Del Masso[37], a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não abarca o mercado específico em que o produto ou o serviço foram praticados, porém se estende as relações de consumo, independente do meio em que elas foram praticadas. Contudo, inexistem dúvidas de que o crescimento das relações eletrônicas no mercado digital motivou uma modernização das regras concernentes às relações de consumo neste ambiente específico. Sobre a temática, é remansoso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pacificando a incidência das normas consumeristas nas relações que são estabelecidas em âmbito cibernético:

**Ementa:** Civil e Consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do conteúdo postado no site pelos usuários. Desnecessidade. Mensagem de cunho ofensivo. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Retirada do ar em 24 horas. Dever. Submissão do litígio diretamente ao poder judiciário. Consequências. Dispositivos legais analisados: arts. 14 do CDC e 927 do CC/02. [...] 3. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.338.214/MT/ Relatora: Ministra Nancy Andrihgi/ Julgado em 21 nov. 2013/ Publicado no DJe em 02 dez. 2013).

**Ementa:** Agravo regimental no recurso especial. Civil e consumidor. Responsabilidade civil. Provedor de internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no site pelos usuários. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Utilização pelo lesado da ferramenta de denúncia disponibilizada pelo próprio provedor. Falha na prestação do serviço. Quantum arbitrado com razoabilidade. Súmula 07 e 83/STJ. Agravo regimental desprovido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ AgRg no REsp 1.325.220/MG/ Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino/ Julgado em 18 jun. 2013/ Publicado no DJe em 26 jun. 2013)

Com efeito, quadra sublinhar que a Lei nº 12.695, de 23 de abril de 2014[38], que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, explicitou, em seu artigo 7º os princípios da proteção dos consumidores, ao tempo em que reconhece o acesso à internet como essencial ao exercício da cidadania. Neste mote, é possível elencar os seguintes direitos: (i) inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (ii) inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; (iii) inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; (iv) não suspensão da conexão à internet, salvo por débito

diretamente decorrente de sua utilização; (v) manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; (vi) informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; (vii) não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

Igualmente, o dispositivo em comento estabelece que: (viii) informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; (ix) consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; (x) exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas na Lei nº 12.695, de 23 de abril de 2014[39]; (xi) publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; (xii) acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e (xiii)

aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Com destaque, os cuidados a serem adotados pelo fornecedor digital não são diferentes das relações de consumo realizadas fora da internet. Contudo, devido a algumas peculiaridades, tal como ocorre com o pagamento efetuado por via eletrônica, incumbe ao fornecedor empregar mecanismos de segurança eficazes, mas tal condição não é exclusiva das operações via internet. No mais, consoante fixa o artigo 8º da Lei nº 12.695, de 23 de abril de 2014<sup>[40]</sup>, a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no *caput* do artigo 8º, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

#### **Referências:**

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.695, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. **Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. Campinas: Russel, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MASSO, Fabiano Del. Livre-iniciativa, livre concorrência e direitos do consumidor como fundamentos do uso da internet. In: \_\_\_\_\_; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord.). **Marco Civil da Internet**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tj.mg.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

NUNES, Luís Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. V. único. São Paulo: Editora Método, 2012.

#### NOTAS:

[1] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

[2] Idem. **Lei N°. 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

[3] Idem. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “**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: [omissis] V - defesa do consumidor”.*

[4] GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico.** Campinas: Russel, 2006, p. 107.

[5] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual.** V. único. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 65.

[6] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão proferido em Recurso Especial N° 733.560/RJ. Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 11 abr. 2006. Publicado no DJe em 02 mai. 2006, p. 315. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[7] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Conflito de Competência Nº. 92.519/SP. Conflito de competência. Sociedade empresária. Consumidor. Destinatário final econômico. Não ocorrência. Foro de eleição. Validade. Relação de consumo e hipossuficiência. Não caracterização. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Órgão Julgador: Segunda Seção. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 16 fev. 2009. Publicado no DJe em 04 mar. 2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[8] Ibid. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Especial Nº. 1.085.080/PR. Agravo Regimental. Civil e Processual. Dívidas. Renegociação. Novação. Livre manifestação das partes. Súmula Nº. 286/STJ. Inaplicabilidade. Não provimento. Agravo regimental a que se nega provimento. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 13 set. 2011. Publicado no DJe em 20 set. 2011. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[9] MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.

[10] Neste sentido: NUNES, Luís Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 83

[11] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Especial Nº. 1.038.645/RS. Direito do Consumidor. Definição de consumidor e de fornecedor. Não caracterização. Empresa de transporte. Relevância, para a configuração da relação de consumo, da disparidade de porte econômico existente entre partes do contrato de fornecimento de peças para caminhão empregado na atividade de transporte. Importância,



também, do porte da atividade praticada pelo destinatário final. situação, entretanto, em que, independentemente ademais, de relação de consumo, há elementos de prova a embasar a convicção do julgador de que peças automotivas fornecidas e a correspondente prestação de serviço não têm defeitos. Recurso especial improvido. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 19 out. 2010. Publicado no DJe em 24 nov. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

[12] CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. **Direito do Consumidor**: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 29.

[13] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº. 70038164372. Responsabilidade Civil. Filho de vítima de acidente de consumo. Pretensão de reconhecimento de dano moral pela ausência do pai. Consumidor por equiparação. Art. 17 do CDC. Prazo prescricional. Cinco anos. Artigo 27 do CDC. Prescrição afastada. Proveram o apelo. Unânime. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgado em 03 mai. 2012. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

[14] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº. 27.541/TO. Administrativo e Consumidor. Multa imposta pelo PROCON. Legitimidade. Relação de Consumo caracterizada. Art. 29 do CDC. Recurso Ordinário não provido. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator:

Ministro Herman Benjamin. Julgado em 18 ago. 2009. Publicado no DJe 27 abr. 2011. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[15] Ibid. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.163.703/MT. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ação Civil Pública. Sindicato. Legitimidade Ativa. Violação ao Art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor. Configuração. Improvimento. Agravo Regimental improvido. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 27 set. 2011. Publicado no DJe em 05 out. 2011. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[16] BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

[17] CARVALHO, 2008, p. 30.

[18] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Acórdão proferido em Apelação Cível 1.0106.11.003953-9/001. Ação de Indenização. Venda de Mercadoria com defeito. Demora no conserto. Falha na prestação de serviços. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva e solidária das empresas vendedora e de assistência técnica. Mesma cadeia de fornecimento. Dano moral. Configurado. Valor da indenização. Manter. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira. Julgado em 23 ago. 2012. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[19] CARVALHO, 2008, p. 31.

[20] BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “**Art. 13.** *O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis*”.

[21] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Recurso Cível N°. 71003506755. Consumidor. Falha no fornecimento de energia elétrica. Reparação de danos relativos à demora no restabelecimento. Responsabilidade objetiva da concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica. Dano moral configurado. Dano material comprovado. Sentença mantida. Recurso improvido. Órgão Julgador: Primeira Turma Recursal Cível. Relatora: Marta Borges Ortiz. Julgado em 10 out. 2012. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[22] BRASIL. **Lei N°. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

[23] CARVALHO, 2008, p. 32.

[24] TARTUCE; NEVES, 2012, p. 83.

[25] BRASIL. **Lei N°. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “**Art. 12.** *O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes*

*de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. §1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes [omissis]”.*

[26] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Embargos Infringentes Nº. 70050373505. Ação Cominatória cumulada com indenização por danos morais. Defeitos em veículo retirado novo da concessionária. Valor da indenização. Embargos Infringentes desacolhidos, por maioria. Órgão Julgador: Sexto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Desembargador José Aquino Flôres de Camargo. Julgado em 24 ago. 2012. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[27] Neste sentido: CARVALHO, 2008, p. 32.

[28] BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015: “**Art. 18.** *Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. §1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o*

*consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço”.*

[29] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Recurso Especial Nº. 435.852/MG. Ação de Indenização. Aquisição de Veículo com defeito de fábrica. Reparação do vício. Art. 18, §1º, do Código de Defesa do Consumidor. Notificação formal dos responsáveis. Desnecessidade. Recurso Especial a que se nega provimento. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Ministro Castro Filho. Julgado em 23 ago. 2007. Publicado no DJ em 10 set. 2007, p. 224. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

[30] CARVALHO, 2008, p. 33.

[31] TARTUCE; NEVES, 2012, p. 88.

[32] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº. 70050708304. Apelações Cíveis. Agravo Retido. Responsabilidade Civil. Roubo em estacionamento de Shopping Center. Dever de guarda e vigilância. Ação regressiva da seguradora. Indenização devida. Agravo Retido e Apelos Desprovidos. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Isabel Dias Almeida. Julgado em 31 out. 2012. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

[33] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 jul. 2015.

[34] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº. 1.0027.09.206902-3/001. Apelação Cível. Indenização por dano moral. Manutenção irregular do nome em cadastro de negativação ao crédito. Dívida paga. Falha na prestação do serviço. Dano moral. Configurado. Desnecessidade de sua comprovação. Notificação prévia. Prova da sua remessa. Endereço fornecido pelo credor. Pedido improcedente. Manutenção da sentença. Medida que se impõe. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Luciano Pinto. Julgado em 11 out. 2012. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[35] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 1.0024.06.976232-6/001. Civil e Processual Civil. Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais. Ausência de contratação. Falha do serviço e fraude de terceiro. Prova pericial. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Dano moral. Configuração. Dever de indenizar. Recurso conhecido e não provido. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Márcia De Paoli Balbino. Julgado em 11 out. 2012. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[36] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 02 jul. 2015.

[37] MASSO, Fabiano Del. Livre-iniciativa, livre concorrência e direitos do consumidor como fundamentos do uso da internet. In: \_\_\_\_\_; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio

(coord.). **Marco Civil da Internet**. 2 tir. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2014.

[38] BRASIL. **Lei nº 12.695, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

[39] BRASIL. **Lei nº 12.695, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

[40] BRASIL. **Lei nº 12.695, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 jul. 2015.

## A NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DA EFICÁCIA JURÍDICA DO PROCEDIMENTO DE LEGALIZAÇÃO DE DOCUMENTOS ACADÊMICOS NACIONAIS PELO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DO BRASIL

**MATEO SCUDELER:** Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

**RESUMO:** O procedimento de legalização de diplomas nacionais no Brasil apresenta pontos de tensão que dificultam a condução do serviço público respectivo de forma eficaz, pelo que se torna necessário averiguar sua eficácia jurídica no intuito de aprofundar-se nas suas possibilidades de aprimoramento. Referido procedimento encontra-se no âmbito dos serviços públicos prestados pelo Estado para que o cidadão brasileiro possa ter reconhecido como legítimo seu documento no exterior. No contexto das relações entre Estados Soberanos, os Ministérios de Negócios Estrangeiros são as autoridades nacionais responsáveis pelo diálogo e cooperação internacional. É costume aceito na diplomacia que os documentos civis de determinado país, para serem reconhecidos como tal por outros Estados ou Organismos Internacionais, devem trazer a chancela do respectivo órgão público encarregado das relações exteriores do país onde fora emitido. Essa regra, por óbvio, congloba os documentos acadêmicos e, com a crescente expansão do número de brasileiros que partem ao exterior para complementação de seus estudos, cresce a demanda dos particulares que procuram o Ministério das Relações Exteriores para legalizar seus diplomas e históricos escolares antes de iniciarem cursos nas mais diversas partes do mundo. Todavia, o sistema



pátrio encarregado de tal atividade carece de eficácia jurídica, por ausente um parâmetro normativo consolidado, caminhando na contramão dos esforços do Poder Executivo – e dos demais Poderes da República – para a efetivação de serviços públicos mais eficientes, céleres e econômicos. Este artigo destina-se a tecer crítica acerca de tais procedimentos, por meio de revisão doutrinária e legal, indicando os pontos de desatino da postura adotada pelo Itamaraty com o ordenamento jurídico pátrio, evidenciando tanto as ofensas constitucionais de suas práticas quanto àquelas infraconstitucionais.

**Palavras-chave:** legalização, documentos, diplomas, MRE, Itamaraty, ilegalidade

#### **LA NECESIDAD DE MEJORAMIENTO DE LA EFICACIA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ACADÉMICOS NACIONALES POR EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE BRASIL**

RESUMEN: El procedimiento nacional para legalización de diplomas en Brasil contiene puntos de tensión que dificultan la realización de este servicio público de forma eficaz, por lo que se demuestra necesario estudiar su eficacia jurídica con el fin de profundizarse en sus posibilidades de mejora. Dicho procedimiento se encuentra bajo los servicios públicos prestados por el Estado en beneficio del ciudadano brasileño, para que pueda tener reconocido como legítimo su documento en el extranjero. En las relaciones entre Estados soberanos, los Ministerios de Asuntos Exteriores son las autoridades nacionales competentes para el diálogo y la cooperación internacional. Se acepta la costumbre en la diplomacia que los documentos civiles de cualquier país, para ser reconocidos como tales

por otros Estados u organizaciones internacionales, deben llevar el sello del respectivo organismo público encargado de las relaciones exteriores del país donde había sido emitida. Esta regla, obviamente, alcanza documentos académicos y, con la creciente expansión del número de brasileños que dirigen al extranjero para complementar sus estudios, la creciente demanda de las personas que buscan el Ministerio de Asuntos Exteriores para legalizar sus diplomas y transcripciones antes iniciar cursos en varias partes del mundo. Sin embargo, el sistema paternal responsable de dicha actividad carece de efectos jurídicos, por la falta de un parámetro normativo consolidado, caminando en la dirección opuesta de los esfuerzos del poder ejecutivo - y los otros poderes del Estado - para la realización de los servicios públicos más eficientes, oportunos y económicos. Este artículo se destina a tejer crítica sobre esos procedimientos, a través de revisión doctrinal y legal, indicando los puntos erróneos de la postura adoptada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en vista del sistema jurídico brasileño, demostrando las infracciones constitucionales y infraconstitucionales de esas prácticas.

**Palabras clave:** legalización, documentos, diplomas, MRE, Itamaraty, ilegalidad.

#### **THE NEED FOR IMPROVEMENT OF THE EFFECTIVENESS OF THE NATIONAL ACADEMIC DOCUMENTS LEGALIZATION PROCEDURE OF BRAZIL'S FOREIGN AFFAIRS MINISTRY**

**ABSTRACT:** The legalization procedure of national diplomas in Brazil is shows stress points that hinder the effective conduct of this public service, whereby becomes necessary to determine its legal efficacy in order to go

deep in their improvement possibilities. That procedure is under the scope of the public services provided by the State for the Brazilian citizens may have their academic documents recognized as legitimate abroad. In relations between Sovereign States, the Ministries of Foreign Affairs are commonly the national authorities who are responsible for international dialogue and cooperation. It is an accepted custom in diplomacy that civil documents of any country, to be recognized as such by other States or International Organizations, should bring the seal of the respective public agency in charge of foreign affairs of the country where they had been issued. This rule, obviously, includes academic documents and, with the increase of the number of Brazilians who go abroad to complement their studies, grows the demand of individuals seeking the Ministry of Foreign Affairs to legalize their diplomas and transcripts before starting courses in several parts of the world. However, the Brazilian system responsible for such activity lacks legal effectiveness, by missing a consolidated regulatory parameter, walking in the opposite direction of the Executive Branch efforts - and the other Branches of government - for the implementation of a more efficient, speedy and economical public service. This article shall criticize such procedures, through doctrinal and legal reviews, indicating the disagreement points of the stance taken by the Itamaraty and the Brazilian legal system by highlighting the constitutional and legal offenses of their practices.

**Keywords:** legalization, documents, diplomas, MRE, Itamaraty, unlawfulness.

---

## INTRODUÇÃO

A crescente emigração temporária de brasileiros para profissionalização no exterior aumenta a demanda por serviços de legalização de documentos (acadêmicos) nacionais junto ao Ministério das Relações Exteriores (MRE), sem o que não podem ter validade reconhecida no estrangeiro.

Desburocratização e celeridade são cada vez mais intentadas pelas Administrações de todas as esferas da Federação, não sendo poucas as diretrizes normativas nacionais que indicam tais elementos como nortes para o serviço público. A Emenda Constitucional nº 19 de 1998, por exemplo, tornou explícita, na Carta Magna, a eficiência enquanto princípio da Administração Pública, posicionando-a junto à legalidade e aos demais princípios do seu artigo 37. De modo geral, consolida-se o entendimento de que os serviços públicos e a atuação administrativa do Estado possuem o dever jurídico de realizar os seus objetivos legais da melhor maneira possível- é dizer: com custos reduzidos, desburocratização, celeridade e plena satisfação do interesse público, dotando-os, portanto, de eficácia<sup>[1]</sup> e efetividade jurídica (FURTADO, 2007).

Não obstante, o serviço de autenticação de documentos pátrios, principalmente acadêmicos, pelo MRE segue na contramão dessas tendências, mostrando-se ineficiente, burocrático e excessivamente oneroso, além de ofensivo à Constituição e às leis do país.

Discutido o assunto entre os autores, surgiu o interesse de obter melhor avaliação da eficácia jurídica pertinente à legalização dos documentos acadêmicos nacionais pelo MRE. O presente estudo é

resultado da pesquisa elaborada pelo primeiro autor e revisada pela segunda autora. Tendo por metodologia a revisão doutrinária e legal, espera-se, de forma breve, avaliar o procedimento realizado pelo Itamaraty – especificamente nos casos de diplomas e históricos escolares – apontando o porquê jurídico de sua irregularidade.

O que se pretende confirmar é que a eficácia jurídica do serviço de legalização de documentos nacionais, de competência do MRE, necessita de aprimoramento. A ineficácia de seu regime jurídico dá-se pela incongruência com o princípio da eficiência<sup>[2]</sup>, verificado mormente na execução do serviço, que se torna demasiadamente burocrática e incoerente com a legislação brasileira. Essa situação transmite ao usuário insegurança jurídica, seja pela falta de previsão legal, seja pela caracterização voluntária do serviço, ou ainda pela exigência de reconhecimento notarial da firma de autoridades revestidas de fé pública.

Feitas essas breves considerações, primeiro apresentar-se-á a competência legal do MRE nas relações internacionais, identificando-se onde se localiza no Direito, a legalização de documentos nacionais (1). A seguir, demonstrar-se-ão os problemas estabelecidos nos impasses gerados pela fraca eficácia do atribuído caráter voluntário do serviço (2), pela exigência do reconhecimento de firmas de autoridades revestidas de fé pública e suas implicações jurídicas (3) e pela ausência completa de previsão legal para os procedimentos adotados pelo Setor de Legalizações e Rede Consular Estrangeira do MRE (4).

## **1. A COMPETÊNCIA DO MRE: LEGALIZAÇÃO DE DOCUMENTOS NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

Em um primeiro momento, será aqui abordada, ainda que brevemente, a função do MRE no âmbito das relações internacionais e suas competências enquanto órgão do Poder Executivo da União. É nesse âmbito que se insere a legalização de documentos, objeto de estudo da presente pesquisa, pelo que importante a prévia contextualização antes de seguirmos na matéria.

Estados soberanos, via de regra, mantêm relações internacionais com outros Estados e Organismos Internacionais por intermédio de seu Chefe de Estado, presumindo-se – para o Direito Internacional – que a autoridade mandatária executiva legitimamente reconhecida internamente pelo país é, *ipso facto*, também autorizada a conduzir os negócios estrangeiros.

Na grande maioria dos países, senão na totalidade, o Poder Executivo arvora-se do assessoramento de um Ministro de Estado para a tratativa dos assuntos internacionais<sup>[3]</sup>. Incumbe-lhe a autoridade máxima hierárquica do Serviço Diplomático da nação, além da administração, sob o beneplácito do Chefe de Estado, da supervisão das relações diplomáticas. Nesse sentido, na lição de Casella:

*O ministro das relações exteriores [...], dentre os órgãos internos utilizados pelo direito internacional, deveria, em condições normais de organização e funcionamento das relações exteriores, ser o mais importante, pois lhe cabe a direção da política exterior, embora a responsabilidade final resida no chefe de estado, que pode chamar a si tal direção.*

*Embora [...] seja órgão interno, vai aos poucos adquirindo características de órgão externo, visto que aumentam a cada dia os seus contatos com os colegas estrangeiros, sendo obrigado a se deslocar cada vez mais para o exterior, a fim de participar de reuniões de consulta ou para representar o país em organizações internacionais. (CASELLA; ACCIOLLY, 2012: 529-530)*

No Brasil, o Decreto Presidencial nº 7.304, de 22 de setembro de 2010, aprovou a Estrutura Regimental do Itamaraty. É ele o diploma fixador, hodiernamente, da competência do MRE, conforme se observa da redação dos incisos e parágrafo único de seu artigo primeiro:

#### *CAPÍTULO I*

#### *DA NATUREZA E COMPETÊNCIA*

*Art. 1º O Ministério das Relações Exteriores, órgão da administração direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:*

*I - política internacional;*

*II - relações diplomáticas e serviços consulares;*

*III - participação nas negociações comerciais, econômicas, técnicas e culturais com governos e entidades estrangeiras;*

*IV - programas de cooperação internacional e de promoção comercial; e*

*V - apoio a delegações, comitivas e representações brasileiras em agências e organismos internacionais e multilaterais.*

*Parágrafo único. Cabe ao Ministério auxiliar o Presidente da República na formulação da política exterior do Brasil, assegurar sua execução e manter relações com Estados estrangeiros, organismos e organizações internacionais. [...] (BRASIL, Decreto nº 7.304, de 22 de setembro de 2010)*

Do parágrafo único referido, extrai-se que compete ao MRE gerenciar a relação com os Estados Estrangeiros, pelo que é sua a competência jurídica para a comunicação oficial do Brasil com o exterior.

Em decorrência de ser a autoridade competente para regulamentar o trato geral com Estados estrangeiros, incumbe, por óbvio, ao Itamaraty a determinação dos procedimentos para autenticação de documentos nacionais particulares, a fim de obterem no exterior, formalmente, o reconhecimento de documentos brasileiros válidos.

Isso porque, conforme o próprio Itamaraty consigna na Portaria que versa acerca da atividade de legalização de atos notariais e documentos brasileiros, destinados a produzir efeitos no exterior,

*[é] [...] exigência costumeira ou normativa, por parte de Missões Diplomáticas e Repartições Consulares estrangeiras ou de Governos ou instituições estrangeiras, do reconhecimento, por autoridade brasileira do Ministério das Relações*



*Exteriores, a título de legalização, das assinaturas apostas em atos notariais brasileiros e documentos oficiais emitidos por repartições públicas brasileiras para fins de tramitação, em seus serviços, de assuntos de interesse de cidadãos e empresas brasileiros no exterior [...]. (BRASIL. Portaria MRE 656, de 29 de novembro de 2013)*

Conforme se extrai do excerto colacionado, a autenticação de documentos civis por parte da autoridade nacional encarregada das relações exteriores é costume – quando não exigência legal – da grande maioria dos países da comunidade internacional, a fim de seja garantida a autenticidade de documentos estrangeiros. É, aliás, forma racional e razoável de sistematização da comprovação, por parte de um país, da autenticidade de documentos civis emitidos na jurisdição de outro país.

A Portaria prossegue na regulamentação da ‘legalização’, asseverando, em síntese, que: i) incumbe ao Setor de Legalizações e Rede Consular Estrangeira (SLRC); ii) trata-se de procedimento ‘voluntário’; iii) não constitui validação do teor dos documentos (apenas sua conformidade com o original apresentado); e iv) eventuais procedimentos específicos poderão ser exigidos para determinadas categorias de documentos. *In verbis*:

**Art. 1º A legalização voluntária de atos notariais brasileiros e documentos oficiais emitidos por repartições públicas brasileiras, mediante a conferência e certificação do sinal público, para fins**

exclusivos da realização de trâmites junto a Embaixadas e Repartições Consulares estrangeiras no Brasil ou a Governos e instituições públicas no exterior, quando amparados por acordo internacional de que o Governo brasileiro seja parte, **será realizada, em Brasília, pelo Setor de Legalizações e Rede Consular Estrangeira, organizado no âmbito da Subsecretaria-Geral das Comunidades Brasileiras no Exterior do Ministério das Relações Exteriores**, e, nos Estados, pelos Escritórios de Representação do Ministério das Relações Exteriores, quando habilitados para tanto.

Parágrafo único. O ato de legalização será gratuito.

[...]

Art. 3º **O ato de legalização consistirá exclusivamente na conferência do sinal público pelo funcionário responsável e sua atestação mediante a aposição de carimbo ou etiqueta oficiais e firma desse funcionário.**

§ 1º **O ato de legalização não constitui validação ou reconhecimento do conteúdo, da forma ou da(s) autoridade(s) emitente(s) do documento assim legalizado.**

**§ 2º Conforme a natureza do documento, serão exigidos procedimentos específicos.**

*§ 3º Não será legalizado documento que evidentemente consubstancie ato jurídico contrário à legislação brasileira.*

*§ 4º Em nenhuma hipótese será legalizada fotocópia de sinal público.*

*§ 5º A legalização em fotocópia de documento somente se referirá ao sinal público que certifica a autenticidade da cópia.*

*§ 6º Poderá ser confirmada a autenticidade e validade de documento contendo assinatura digital. [...] (Grifei. BRASIL. Portaria MRE 656, de 29 de novembro de 2013)*

Os diplomas acadêmicos, de qualquer nível, são documentos nacionais que necessitam passar pelo procedimento supramencionado para que possam ser efetivamente acreditados<sup>[4]</sup> no exterior. É dizer, na hipótese de pleitear o cidadão brasileiro a revalidação de seu título no estrangeiro, precisará, antes de submetê-lo ao processo próprio do país pretendido, tê-lo cancelado pelo MRE.

Conforme instrução assente no sítio eletrônico oficial do Itamaraty, depreende-se que o diploma acadêmico acha-se incluso na exceção do §2º do art. 3º da Portaria 656, porquanto consta do rol de documentos com especificidades de legalização. Confira-se:

#### **4. Procedimentos exigidos para documentos diversos**

[...]

##### **4.8 Documentos escolares e acadêmicos**

##### **Documentos escolares originais – certificados, diplomas, históricos escolares, declarações.**

*Procedimento: **devem ser levados a cartório para reconhecimento da assinatura de uma das autoridades que os assinou (Reitor/Diretor/Secretário).***

*Cópias de documentos escolares - certificados, diplomas, históricos escolares, declarações.*

*Procedimento: deve ser providenciada cópia autenticada em cartório do documento original que já tenha uma das assinaturas reconhecida em cartório.*

##### **Programas curriculares e conteúdos programáticos originais:**

*Procedimento: **providenciar declaração** (Clique aqui para obter o modelo) **emitida pela autoridade escolar/acadêmica competente, em papel timbrado da instituição no qual conste nome, endereço, selo e assinatura de seu emissor reconhecida em cartório.***

*A declaração e todo o conteúdo programático devem ser unidos e encadernados com espiral ou presilha*

*para efeito extensivo da legalização. [...] (Grifei. Portal Consular MRE, [2015](#))*

Tem-se, portanto, que para quaisquer certificados, históricos escolares e, inclusive, diplomas<sup>[5]</sup> originais, requer-se a autenticação notarial da assinatura de ao menos um dos signatários – Secretário Acadêmico, Diretor, Reitor, *et coetera* – da peça, que normalmente já é autoridade pública ou particular no gozo de fé pública, ao passo que para programas de ensino em geral, mesmo que emitidos em via timbrada pela própria Universidade ou Faculdade, demanda-se o acréscimo de uma declaração emitida especificamente pela instituição – e na qual conste, ao menos, timbre, selo e assinatura do funcionário emitente – na qual se corrobore todos os termos já especificados na via original do documento, igualmente com chancela cartorial das assinaturas nela apostas.

Desse panorama exposto, exurgem questionamentos quanto à legalidade *latu sensu* (constitucional e infraconstitucional) dos procedimentos adotados pelo MRE, cuja exposição dar-se-á a seguir.

## **2. A LEGALIZAÇÃO DE DOCUMENTOS ENQUANTO SERVIÇO ‘VOLUNTÁRIO’**

O primeiro problema legal constatado no procedimento de legalização consubstancia-se no fato de a Portaria 656 caracterizá-lo enquanto serviço ‘voluntário’. Trata-se de disposição que beira a inconstitucionalidade, haja vista expor os cidadãos interessados e necessitados de tal serviço à mercê da ‘boa vontade’ do órgão – que, aliás, é o único responsável pela realização desse serviço.

Conforme consta do art. 1º da Portaria, já mencionado, o Itamaraty considera ‘voluntário’ o serviço de legalização de documentos e atos notariais brasileiros. Todavia, tal definição desafia a lógica jurídico-constitucional pátria do princípio da legalidade<sup>[6]</sup> estrita do serviço público.

Isso porque é pacífico na doutrina nacional que a discricionariedade da Administração Pública limita-se ao disposto no sistema jurídico vigente, sendo certo que o direito subjetivo do particular a determinado ato público é suficiente a vincular o ente estatal a provê-lo. A respeito do tema, leciona Di Pietro:

*[...] o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. (DI PIETRO, 2002: 203)*

Ora, se compete ao Ministro das Relações Exteriores – segundo o art. 1º do Decreto 7.304 – “manter relações com Estados estrangeiros, organismos e organizações internacionais” e se, no âmbito da diplomacia, a autenticação de documentos pátrios é costume internacional exigido para a validade dos papéis civis oriundos de um país em outro – ou ainda, muitas das vezes, exigência legal prevista em tratados ou acordos –, é

obrigação do MRE prover o referido serviço de legalização, não cabendo falar em atividade “voluntária”.

Para além, a encampação de tal tese – da “voluntariedade” – ofende o princípio da impessoalidade<sup>[7]</sup>, uma vez que ao Estado brasileiro não é dado o direito de fazer favores – os serviços públicos devem ser prestados de forma isonômica, mediante critérios legais de efetivação, e nunca arbitrários.

É dizer: ao Estado Brasileiro não pode ser dada a opção de prestar ou não um serviço do qual depende o cidadão para efetivação de um seu direito, mesmo que no exterior. Se o Brasil concorda com, por instrumentos jurídicos internacionais (multi ou bilaterais) – ou ainda conforma-se ao costume de – a exigência do procedimento em tela, não pode afirmar prestar o serviço em caráter voluntário.

Por isso é que, da forma como redigida, a Portaria MRE 656 compõe eficácia inócua na realização do interesse público referente à legalização de documentos como um todo, sobretudo ao achar-se em desacordo com os artigos 5º e 37 da Constituição Federal de 1988, além do art. 1º do Decreto nº 7.304 da Presidência da República. Um serviço como o de legalização de documentos nacionais não pode ser de caráter voluntário, mormente quando o órgão competente para fazê-lo o é em caráter exclusivo. A mera sugestão de falta de obrigatoriedade na execução do serviço escancara ao cidadão a insegurança jurídica, pois não permite confrontação do órgão com seu dever de fazer, mas somente oportuniza a espera passiva por sua ‘boa vontade’. É o que sugere,

literalmente, uma atividade voluntária, dotada de por natureza de precariedade.

Como possível solução, vislumbra-se a melhoria na formulação legal dos deveres do MRE, a fim de fornecerem-se ao cidadão serviços públicos dotados de maior eficiência e, portanto, melhor eficácia. Tal correção proporcionaria incremento real na probabilidade de efetividade jurídica – ou seja, de o cidadão ter seus documentos devidamente legalizados pelo órgão.

### **3. A EXIGÊNCIA DO RECONHECIMENTO DE FIRMAS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

Um segundo problema, também enfraquecedor da eficácia do procedimento de legalização, é a exigência, em sede de ‘procedimento específico’, de legalização das assinaturas apostas nos documentos para o processamento do feito.

*A priori*<sup>[8]</sup>, a legalização realizada pelo Itamaraty não se presta a comprovar a veracidade dos documentos certificados, mas tão somente a confirmar que se trata de documento brasileiro regularmente emitido. Todavia, é exigido no curso do procedimento de legalização de documentos acadêmicos o reconhecimento de firmas das autoridades signatárias dos diplomas e históricos escolares, fato esse com sérias implicações jurídicas.

Tal exigência – unilateral e sem embasamento legal<sup>[9]</sup> – põe em xeque a validade intrínseca dos diplomas nacionais, já legalmente estabelecida pela legislação regente da matéria – cuja competência, gize-se, é do MEC, e não do MRE. A eficácia erigida torna-se, pois, incoerente



do ponto de vista sistêmico, na medida em que o cidadão é detentor de diploma nacionalmente reconhecido, nos termos da lei pertinente, mas encontra, da parte do MRE, óbice ao reconhecimento, porquanto se lhe exige outro reconhecimento: o de firmas. Ao fazer tal requisição, vale dizer, o MRE, para além, ainda extrapola sua competência (porque não lhe cabe dispor sobre validade de diplomas), prejudicando uma vez mais o particular requerente e instaurando total abuso na prestação do serviço.

É dizer: o procedimento especial estabelecido pelo Setor de Legalizações e Rede Consular Estrangeira (SLRC) do MRE – que, diga-se de passagem, abrange a quase integralidade dos documentos pátrios<sup>[10]</sup> – é contraditório ao próprio teor da Portaria que o prevê, e não apresenta razão minimamente racional de ser ao exigir o reconhecimento de firma como requisito para a legalização de documentos acadêmicos.

De início, viola frontalmente os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>[11]</sup>, porquanto demanda o cidadão com onerosidade excessiva. Ademais, pelo mesmo motivo, afronta a literalidade dos Decretos Presidenciais 83.936/1979 e 6.932/2009 que preveem a presunção de veracidade e de boa-fé no trato do particular com a Administração Pública, além de recomendarem a desburocratização dos serviços públicos e a racionalização dos métodos de controle. Veja-se, em sequência, trechos destacados de ambos os diplomas:

*CONSIDERANDO:*

*a) que, no relacionamento da Administração com seu servidores e com o público deve prevalecer o princípio da presunção da veracidade, que*

**consiste em acreditar-se, até prova em contrário, que as pessoas estão dizendo a verdade;**

b) que **a excessiva exigência de prova documental constitui um dos entraves à pronta solução dos assuntos que tramitam nos órgãos e entidades da Administração Federal;**

c) que **as despesas com a obtenção de documentos oneram mais pesadamente as classes de menor renda;**

d) que, em troca da simplificação processual e da agilização das soluções, cumpre aceitar-se, conscientemente, o risco calculado da confiança, uma vez que **os casos de fraude não representam regra, mas exceção, e não são impedidos pela prévia e sistemática exigência de documentação;**

e) que **a falsidade documental e o estelionato, em todas as suas modalidades, constituem crime de ação pública punível na forma Código Penal; pelo que se torna dispensável qualquer precaução administrativa que, a seu turno, não elide a ação penal; [...]** (Grifei. BRASIL. Decreto nº 83.936, de 6 de setembro de 1979)

Art. 1º **Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal observarão as seguintes diretrizes nas relações entre si e com o cidadão:**

**I - presunção de boa-fé;**

II - compartilhamento de informações, nos termos da lei;

III - atuação integrada e sistêmica na expedição de atestados, certidões e documentos comprobatórios de regularidade;

**IV - racionalização de métodos e procedimentos de controle;**

**V - eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido;**

VI - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao cidadão e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações;

VII - utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos; e

VIII - articulação com Estados, Distrito Federal, Municípios e outros poderes para a integração, racionalização, disponibilização e simplificação de

*serviços públicos prestados ao cidadão. [...] (Grifei. BRASIL. Decreto nº 6.932, de 11 de agosto de 2009)*

Portanto, uma vez contrastadas com os Decretos referidos, as exigências altamente burocráticas do órgão ministerial em tela também revelam completa inadequação às normas infraconstitucionais que determinam as diretrizes da Administração Pública – e, mais especificamente, do Poder Executivo, no qual se insere.

Ao assim proceder, como dito, o MRE onera em excesso o cidadão que depende de seus serviços, bem como questiona imotivadamente a autenticidade de documentos dotados de fé-pública, além de imiscuir-se nas competências de outros órgãos executivos federais.

Especificamente em relação aos documentos acadêmicos, objeto principal deste estudo, é do Ministério da Educação a competência de disciplinar seus requisitos de validade, dentre os quais não consta a necessidade de reconhecimento das firmas de seus signatários em cartório. As previsões da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional asseveram:

*Art. 36-D. **Os diplomas de cursos de educação profissional técnica de nível médio, quando registrados, terão validade nacional** e habilitarão ao prosseguimento de estudos na educação superior. (Incluído pela Lei nº 11.741, de 2008)*

*[...]*

*Art. 48. **Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade***

***nacional** como prova da formação recebida por seu titular.*

*§ 1º **Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados**, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação. [...] (Grifei. BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996)*

Assim, se cabe à Universidade a expedição e o registro dos diplomas – e, no caso das demais instituições, a expedição apenas, competindo ao próprio MEC o registro –, sendo tão e somente esses os requisitos legais para sua validade, o Itamaraty, ao demandar, além desses, a autenticação de firma das autoridades acadêmicas signatárias dos títulos, está a apor novo pré-requisito extralegal de validade a esses documentos, deixando de agir *secundum legem* para adotar posição integralmente *ultra legem* – e também *contra legem*, conforme exposto[12].

Ademais, ainda que o Itamaraty desejasse aferir a veracidade dos diplomas, de forma absoluta, antes de certificá-los – o que, gize-se, não se crê em absoluto necessário, pelos motivos já expostos –, nos termos do Decreto 6.932 colacionado, poderia realizar a conferência das informações diretamente com a base de dados do MEC. Até porque, no âmbito da Administração Pública, conforme leciona Di Pietro,

*[...] a presunção de veracidade inverte o ônus da prova; [...] já que a parte interessada é que deverá*

*provar, perante o judiciário, a alegação de ilegalidade do ato.* (DI PIETRO, 2002: 190-191)

Sob qualquer prisma, o que não pode ser tido por razoável é a imputação desse ônus ao utilizador dos serviços do órgão. Ademais, a todo tempo, suspeitando o MRE da falsidade de qualquer documento a ele fornecido, cabe o encaminhamento da denúncia aos órgãos competentes, para seja apurada e julgada a responsabilidade do cidadão eventualmente infrator, nos termos do Código Penal.

É importante, à guisa de conclusão, chamar a atenção para a ilegalidade explicitamente configurada na exigência de reconhecimento das firmas dos signatários dos diplomas, porquanto já serem diplomas reconhecidos nacionalmente por regime jurídico próprio e originário, previsto em Lei Federal. A atuação do MRE extrapola sua competência – ofendendo a autonomia do MEC e das Universidades no ponto – e implica em burocracia excessiva, contrariando, além da legalidade, o princípio administrativo constitucional da eficiência na execução dos serviços.

Nesse sentido, portanto, crê-se fundamental o fim dessa prática – a requisição de reconhecimento de firma em cartório das autoridades signatárias dos documentos acadêmicos –, sem o que não se vislumbra possibilidade de eficácia jurídica plena do procedimento de legalização de documentos, na medida em que patentes as afrontas legais e constitucionais indicadas, contrárias a toda a ordem principiológica que rege o funcionamento dos serviços públicos pátrios.

#### **4. A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA OS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELO SLRC**

O terceiro problema, e talvez o dado mais preocupante, decorre do fato de que tais ‘procedimentos específicos’ para a legalização de documentos adotados pelo SLRC carecem integralmente de base legal[13].

Como visto, o §2º do art. 3º da Portaria 656 apenas prevê a possibilidade de exigências suplementares – sem, contudo, dizer a quem compete seu estabelecimento –, sendo certo que, por meio dos únicos canais pelos quais tais procedimentos são veiculados[14], não é explícita a indicação de nenhum instrumento normativo previsor de tais exigências e, ao contrário, fica subentendido tratar-se de determinação unilateral e administrativa da própria SLRC. É o extraído do seguinte excerto, também retirado do mesmo sítio eletrônico alhures citado neste artigo:

*4. Procedimentos exigidos para documentos diversos*

*Os procedimentos exigidos para cada tipo de documento devem ser observados e, sempre a critério do SLRC, após a devida análise, poderão ou não ser legalizados. (Portal Consular MRE, 2015)*

Logo, além de haver adoção de procedimento simultaneamente *ultra e contra legem*, tem-se que as determinações ensejadoras das ilegalidades *latu sensu* indicadas nesse artigo dão-se de forma administrativa informal[15] – ou seja, de forma consuetudinária.

Isso enseja a peculiar situação na qual o particular lesado vê-se praticamente de mãos atadas para insurgir-se contra a ilegalidade perpetrada pela Administração. Uma vez que inexistente previsão normativa

nenhures e ausente fundamentação escrita para a recusa em proceder-se à legalização do documento desconforme[16], fica ainda o cidadão lesado praticamente inviabilizado de recorrer ao judiciário, porque lhe carecem os meios de prova do abuso configurado.

Destarte, é imperioso que haja a previsão expressa em provimento oficial do MRE de todos os procedimentos, ordinários e extraordinários, especiais ou não, a serem adotadas pelo SLRC por ocasião da legalização de todo e qualquer documento pátrio para uso no exterior, findando-se, com isso, a possibilidade de existência de brechas discricionárias que deixem o jurisdicionado dependente do serviço sujeito à insegurança jurídica durante o trâmite de sua demanda.

### **CONCLUSÃO**

Espera-se, aqui, ter-se demonstrado que os procedimentos adotados pelo Ministério das Relações Exteriores – especificamente por seu Setor de Legalizações e Rede Consular Estrangeira – para a legalização de documentos acadêmicos nacionais destinados à utilização no estrangeiro ainda deixam a desejar no tocante à aplicação dos princípios constitucionais da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como das diretrizes legais de celeridade, desburocratização, presunção de boa-fé e veracidade que têm, cada vez mais, ditado o norte da atuação da Administração Pública brasileira, em suas diversas instâncias.

A atuação dos entes públicos em um Estado Democrático de Direito moderno não pode deixar de pautar-se pelo respeito ao particular e ao ordenamento jurídico, devendo sempre primar pela simplicidade e



celeridade de seus procedimentos. São esses pressupostos fundantes à implementação de um modelo estatal efetivamente mais justo, comprometido com o verdadeiro interesse social e, acima de tudo, respeitador e garantidor dos direitos e liberdades individuais de seus nacionais.

Nesse sentido, acredita-se que a solução para os problemas aqui expostos perpassam revisões no *modus operandi* do MRE, dentre as quais, de forma não taxativa e exclusiva, podemos citar: i) Reformulação da Portaria MRE 656, de 29 de novembro de 2013, com revisão da atribuição de caráter voluntário ao serviço de legalização, bem como da suspensão da brecha interpretativa ensejadora do exercício de discricionariedade sobre o tema por disposição única do SLRC; ii) previsão explícita de todos os procedimentos específicos a serem eventualmente adotados para determinados documentos em Portaria do MRE, a fim de possibilitar-se de forma mais ampla seus questionamentos pelas vias administrativa e judicial; e iii) adequação de tais procedimentos às diretrizes constitucionais e legais de eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, celeridade, desburocratização e presunção de boa-fé e veracidade que pautam o serviço público.

## **REFERÊNCIAS**

### **Legislação**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988.

BRASIL. **Decreto nº 6.932**, de 11 de agosto de 2009.

BRASIL. **Decreto nº 7.304**, de 22 de setembro de 2010.

BRASIL. **Decreto nº 83.936**, de 6 de setembro de 1979.

BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996.

BRASIL. **Portaria MRE 656**, de 29 de novembro de 2013.

### **Doutrina**

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de direito internacional público**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

### **Internet**

Portal Consular MRE, disponível em:

<http://www.portalconsular.mre.gov.br/legalizacao-de-documentos/documentos-emitidos-no-brasil>, acesso em 31/01/2015.

### **NOTAS:**

[1] O princípio da eficiência está intrinsecamente relacionado com a concretização da eficácia e a da efetividade jurídica da norma. Considerando-se a eficácia jurídica como a capacidade da norma de produzir efeitos, diferencia-se da efetividade jurídica, aqui entendida como a real produção desses efeitos. Para haver norma efetiva, é preciso eficácia.

E, de forma similar, para que haja norma eficaz, é preciso que seja dotada de eficiência, ou seja, estruturada da melhor maneira possível, para possibilitar aplicação efetiva.

[2] O princípio da eficiência, enquanto diretriz constitucional da Administração Pública, foi inserido pela Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998, achando-se previsto no *caput* do art. 37 da CF/88. Segundo DI PIETRO, 2002, “Hely Lopes Meirelles (1996:90-91) fala na eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como ‘o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros’. [...] O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público” (*op. cit.*, p. 83).

[3] Comumente tal autoridade é designada como ‘Ministro dos Negócios Estrangeiros’, ‘do Exterior’ ou ‘das Relações Internacionais’. Na América Latina, ainda, acha-se culturalmente – e juridicamente, em alguns casos – consagrada a nomenclatura de ‘Chanceler’.

[4] No ponto, giza-se que não se está a falar de revalidação de diplomas no exterior, o que não vem ao caso para o presente artigo. Diz-se aqui,

exclusivamente, da acreditação do diploma – ou seja, de sua consideração, por autoridade que não brasileira, como diploma acadêmico validamente emitido no Brasil.

[5] Que têm procedimento de validação específico disposto pelo Ministério da Educação, o qual varia desde simples controle pelas próprias Reitorias das Universidades até registro junto ao órgão ministerial (MEC) – caso das demais instituições de ensino não universitárias. A questão em tela será aprofundada no item 3 deste artigo.

[6] Art. 37 da CF/88, segundo o qual “[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: [...]”.

[7] Ver referência anterior ao art. 37 da Constituição Federal de 1988.

[8] Vide teor do art. 3º e parágrafos da Portaria 656.

[9] A determinação acha-se tão somente referenciada no sítio eletrônico do portal consular do MRE, sem referência a nenhum tipo de previsão legal ou normativa que a ampare, derivando jurídica e logicamente apenas da previsão – já destacada anteriormente – da Portaria 656 de que competirá ao SLRC a definição de procedimentos específicos para determinados documentos.

[10] Ainda segundo o sítio eletrônico do MRE, já referenciado, são os seguintes os documentos submetidos a “procedimentos específicos” que demandam autenticação em cartório das assinaturas neles apostas: autorização de viagem de menor brasileiro, termo de guarda de menor, termo de responsabilidade de tutela, cópias de processos, sentenças

judiciais, documentos acadêmicos e escolares (objetos deste artigo), quaisquer documentos e declarações não emitidos por cartório brasileiro, documentos emitidos por repartições públicas e procurações particulares. Para além, em documentos emitidos por via eletrônica, é requisitado que o interessado ao qual o documento refira-se, aponha-lo sua assinatura e reconheça a própria firma. É dizer: dentre os exemplos aqui citados, tem-se que o MRE está a requerer autenticação de assinaturas de Magistrados, Reitores de Universidades Federais, autoridades policiais, autoridades públicas em geral e do próprio demandante dos seus serviços.

[11] A respeito da matéria, ensina GUERRA FILHO, 2000, que, não obstante a ausência de referência explícita na Carta Magna acerca de tais princípios, suas positivities são reconhecidas, porquanto consentâneos ao ornamento jurídico e implicitamente presentes em diversas passagens constitucionais. Para além, a jurisprudência tem entendido como base legal para tais princípios o art. 5º, V, da CF/88.

[12] Acerca da validade das normas jurídicas e de seus requisitos essenciais é adequada a recomendação, aqui, da lição de REALE, 2002, que em seu Capítulo X, pp. 105-112, discorre sobre o tema.

[13] Destaque-se que, em pesquisa no repositório jurisprudencial do TRF1, disponível em seu sitio eletrônico ([www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br), consultado em 31/01/2015, às 16h19 - horário de Brasília), tomando-se por parâmetros de busca as palavras ‘legalização’, ‘documentos’, ‘MRE’, ‘Itamaraty’, ‘diplomas’, ‘ilegalidade’ e ‘reconhecimento de firma’, em conjuntos e separadamente, não foi encontrada nenhuma ementa que versasse acerca da questão.

[14] Os “procedimentos específicos” para a legalização, aplicados aos documentos já mencionados, dentre os quais os escolares e acadêmicos, são informados pessoalmente na sala de atendimento da SLRC e por meio do sítio eletrônico do MRE, conforme registro nas referências anteriores.

[15] Isso porque ausente indicação de publicação no DOU de norma guarnecedora das exigências postas.

[16] O atendimento do SLRC sequer recebe para autenticação documentos desconformes – já triados de antemão mediante negativa simples e não fundamentada –, bem como não provê atestado da negativa.

**RESUMO CRÍTICO DA OBRA LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO DE RONALD DWORKIN E DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN.**

**JEAN CHARLES DE OLIVEIRA BATISTA<sup>1</sup>**

Levando os direitos a sério do saudoso filósofo norte-americano, Ronald Dworkin, é uma obra que procurou buscar sintetizar uma teoria na qual pudessem ser desenvolvidos os argumentos jurídicos selecionados, uma espécie de retórica agasalhados na visão interpretativa moral de uma sociedade em especial.

Dworkin propusera uma arguição jurídica alvitando assim uma teoria firmada na justiça, onde todas as circunstâncias referentes a direitos e políticas públicas devem ser baseadas no conceito em que aqueles participantes de um grupo são igualitários como seres humanos, independente de sua realidade socioeconômica, crença ou qualidade de vida.

Ainda, Dworkin sopesa pressurosa a retificação dos velhos modelos de como o direito atua, preconiza, além disso, a extraordinária obrigação de haver um rompimento com o tradicional positivismo. Apregoa que o positivismo, restringido por preceitos jurídicos, serve de cerceamento e por isso é necessário ser abdicado, todavia deve ocorrer uma aproximação com a filosofia de Hart.

Usando de exemplos executáveis, busca rechaçar as conjunturas de pensadores diversos que o contestam. Nesse interim de novas sistemáticas de acordos, veio a abordagem do limite de atuação e decisão dos juízes. Utilizando de subterfúgios em torno desse poderio, Dworkin busca clarear que o sistema positivista é ilusória e cheio de falácias.

Considerou ainda Dworkin que os princípios integrantes que regem o direito como também os regramentos são basilares para efetivar todos os direitos fundamentais, contrariando então o normativismo, e para isso pondera que se levado esses direitos com seriedade basta desaposar a oralidade do positivismo.

Também, faz um approach de questionamentos com base na obrigação jurídica onde serve de fundamentação para as reclamações na seara do direito. O mesmo autor verifica um tanto fragilizado toda a prestação jurídica, considerando os termos

---

<sup>1</sup> Pós-graduando - Interdisciplinar em Estudos Sociais e Humanidades. UNEB - Universidade do Estado da Bahia.

obrigações e direitos simplesmente como termos técnicos, sem nenhuma vinculação com a moral.

Diferencia de bom grado, os regramentos e os princípios que para tanto fica somente no caráter lógico. Os princípios não almejam estabelecer condicionantes para a sua aplicação, faz tão somente um anúncio para a sua efetivação e aplicação. Já as regras devem ser aplicadas de modo irrestrito, pois se aplica ou não se aplica no caso concreto.

Nesse desiderato, a regra de uma sociedade não pode ser analisada com unicidade e sim deve verificar todo o ordenamento jurídico para não ter conflitos. Já os princípios podem ser aferidos conjuntamente, dando-lhes a importância necessária no caso concreto.

Os positivistas contra-atacam no sentido de que os princípios não têm necessidade a todo instante de serem aplicados, sem vinculação para os juízes no momento de decidir. Nesse prisma, Dworkin rechaça toda essa retórica, argumentando que os princípios podem sim ser aplicados de forma vinculante, porque norteia para um direcionamento ideal, ainda que não preveja situações concretas.

Pode ocorrer o juiz no caso específico afastar uma regra em detrimento de um princípio que se mostre mais eficaz. Desse pressuposto é que o autor de forma veemente afirma que a regra é obrigatória quando calçada em princípios que norteiam a decisão do magistrado.

Para tanto, considerar os princípios como um direito é o mesmo que rejeitar o positivismo, ocorrendo a probabilidade de uma obrigação seja posta por um conjunto sistêmico de princípios.

Dworkin também proclama que a teoria da regra social não comunga da mesma moralidade convencional, uma vez que não explica o fato de uma sociedade ter a obrigação do dever social, deste modo os seus participantes podem discrepar do alcance desse dever.

Finalizando esse entendimento, Dworkin, afirmou que as decisões judiciais é simplesmente um tipo de moralidade convencional, sem limitações de regras sociais estabelecidas. O que o autor repele é a essência de regramentos que diminua a complexidade de uma regra por uma mais simples, não estando essa redundância em Hart.

Malgrado, sua alucinação para a definição dos princípios e seu anseio por logo diferencia-los dos regramentos jurídicos, ocasionou-lhe um problema na



conceituação de princípios, advindas posteriormente. O pensamento de Hart em asseverar que o direito havia dois grandes conjuntos sendo uma primária e outra secundária, mas Dworkin achou por bem revisar e asseverou que o direito necessitaria serem constituídas de princípios e depois conseqüentemente as regras.

A despeito disso, o seu esforço em conceituar os princípios acabou por quebrar a barreira da racionalidade da modernidade, vindo então somente a reproduzir com outras palavras o positivismo.

Quando conceituou os princípios e afirmou que os mesmos devem fazer parte do direito assim como fazem as regras, Ronald Dworkin não conseguiu desamararrar a precisão da submissão dos fatos a uma norma, mesmo compreendendo uma acepção de forma ampla. Explica o normativismo empregado, de modo a fazer outra leitura de Hart e Kelsen. Assim, Dworkin aceita a tese de que toda norma precisa de um regramento jurídico, mas não aceita uma norma hipotética fundamental como forma de validade para as normas jurídicas.

Porquanto, sem deslembrar da importância da teoria e toda a contribuição de Dworkin, alcança a sua presunção quando entrelaça os conceitos de toda uma lógica e as velhas tradições da filosofia do direito, apegando com a necessidade do direito de ser regidos por um contíguo de regramentos, independentes de características sempre ficará os pensantes do direito com uma faca de dois gumes ou em bifurcação de teorias com saídas de difícil acesso, uma vez que sempre dependeremos de normas/leis, não podendo então elevar o direito com seriedade.

## **TEORIA PURA DO DIREITO – HANS KELSEN**

A grandiosa obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen é dividido em várias grandes partes, dentre elas estão à estática jurídica e a dinâmica jurídica, asseverando assim que a teoria ora analisada não será apenas relativa e sim de ordem normativa em sua quase totalidade.

De todo modo, ainda existe outras maneiras e pensamento de ideias que são subentendidos em conseqüência das várias facetas do direito, no qual Hans Kelsen apresentou não dando o devido interesse por sua inexpressividade, em contrapartida a grande relevância dado a validade das normas que para ser consideradas válidas deveriam ser objetivas umas as outras.

A fundamentação que valida à ordem jurídica da conhecida proposição do dever-ser enunciando a norma hipotética fundamental, deve ser conduzida de acordo a constituição posta no ordenamento pátrio. Assim toda norma inserida tem a presunção de validade, uma vez que respeitou a Constituição suprema.

Ainda assevera o Autor que o princípio dinâmico e estático é aqueles na qual pressupõe a elaboração de uma norma em conformidade com o poder legiferante de elaborar normas destinadas a determinar as condutas do povo em geral.

As normas conferem validade umas as outras, onde deve respeitar uma espécie de pirâmide no qual o cume se encontra a norma hipotética fundamental. Havendo conflitos de Leis, usaremos a pirâmide para dirimir controvérsias no processo de validade, pois as normas inferiores devem respeitar as superiores.

Todavia, se o Legislador recebeu a incumbência de determinada autoridade na elaboração de determinada norma, este deve observar os princípios estático e dinâmico para não afrontar o sentido do elaborador da Lei anteriormente prolatada.

Na interpretação dada por Kelsen é preciso a toda instante observar a norma fundamental, pois deve ser analisada a objetividade do conteúdo e sentido normativo se não haverá uma norma tão somente subjetiva, sendo conflitante ocasionará uma transgressão de ordem objetiva em sua normatividade.

O prisma jusfilosófico de Hans Kelsen serve para dá um embasamento no que tange ao conceito de direito e justiça que ainda continua moderno. Essa teoria acopla ao movimento positivista, onde o direito e a justiça são tratados de forma avessa e sem dependência uma da outra.

Destarte, o ideal de Hans Kelsen foi a de erguer uma ciência jurídica considerada pura, como forma que se tornasse livre os valores morais e qualquer outra ciência social.

O Magnífico mancebo jurídico Hans Kelsen a todo o momento tentou explicar a sua polemizada teoria de cunho jusfilosófico. A teoria pura do direito traz um vínculo intrínseco entre a filosofia e o direito, mesmo o Kelsen não admitindo esse vínculo.

Essa obra é o cume do positivismo jurídico. Para Ele todas as formas de conhecimento são cingidas tanto aos fatos como também as Leis regentes, não admitindo a tanta apelação para outras áreas do conhecimento, tais como: metafísica, religião e a razão.

Assim sendo, o positivismo é o modo do conhecimento que serve para a coroação do saber aprendido. Já as outras maneiras de conhecimento, advindas de outras fontes não merece tanta confiança, devendo ser colocadas ao lado com os passar das ocasiões, tornando o positivismo como a única ciência confiável.

Parte da premissa que o ultimo degrau do saber aprendido, conhecimento, é o positivismo, sendo as outras ramificações como uma mera passagem para o desaparecimento.

Na verdade, Kelsen, com todo o seu posicionamento crítico, sempre defendeu o mote de que a teoria pura do direito não poderia ser considerada como uma área científica, porque no momento de sua formulação os demais ramos dos direitos estariam prendidos tanto a ética quanto a política.

A teoria pura do direito então é a liberdade de toda especulação fora da juridicidade (extrajurídica), entre elas: filosófica, ética e política. Igualmente, a teoria pura do direito é autônoma de qualquer outra ciência do direito, pois esse direito está ligado de forma direto com o positivismo.

Dando andamento em sua teoria é de fácil percepção que o direito é um amontoado de Leis/normas de modo a combinar com futuras ameaças de sanções, sendo toda normatividade como ato de vontade do Legiferante, fugindo de qualquer racionalidade.

Kelsen também deixou cravado que todo ordenamento de um povo e de um Estado é todo hierarquizado, onde a Constituição é o poder supremo de um determinado povo, na qual as outras normas deve-lhes respeito.

E esse poder de vem? Eis a grande indagação. Hans Kelsen não se furtando alude que todo o fundamento de validade da Constituição provém de outra norma, não escrita e de caráter hipotético, com cunhagem no pensamento jurídico e denominada de fundamental. Norma esta que é imprescindível para a concepção de qualquer direito e não pertencente a nenhum direito nacional.

O que essa norma prescreve? Unicamente uma ação, nos dizeres de Kelsen “deve-se conduzir conforme a Constituição efetivamente instituída e eficaz”. Noutros dizeres, em qualquer autoritarismo ou democracia sempre deverá ter respeito pela norma hipotética fundamental.

Foi adotado um pensamento que o direito é resultado da vontade e não simplesmente da razão, uma vez que em momentos pretéritos a razão estava em um período de descrença, pois a descoberta científica estava a todo vapor.

A justiça para Kelsen não tinha uma confiabilidade científica. Havia um direito binário, espécie de positivismo e direito natural, não sustentando simplesmente por depender de validação de cunho jurídico em consonância com os ideais de justiça, pois situam fora da órbita jurídica, subentendendo uma moral absolutória amoldando com o direito positivado.

Hans chegou até a afrontar a moral do cristianismo, fazendo uma contraposição entre o velho e o novo testamento.

Ainda substituiu o jusnaturalismo por outra espécie de jusnaturalismo com base na norma hipotética fundamental, não considerando, portanto, universal os direitos do homem, mas tão somente elementar.

Apesar das várias críticas à doutrina de Hans Kelsen, vale repisar que Ele apregoa um direito como ferramenta de poder. A norma hipotética é uma irrealdade recaindo no mesmo questionamento do direito jusnaturalista. A divergência entre o direito e moral não é incondicional como pensou Kelsen. A moralidade está tanto dentro como também fora de todas as relações jurídicas, onde serve de fonte.

Em definitivo, Hans Kelsen, colocou a norma no centro de tudo, onde deveria ter colocado o homem, tornando assim um simples processo mecanizado formalizado, não atendendo a apelo algum, nem moral muito menos jurídico e quiçá moral, mas simplesmente a vontade Estatal. Por isso, as críticas quanto a Kelsen veio no sentido de que esta ideologia viria propiciar os governos autoritários.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.