

Os custos da mudança de jurisprudência

ALEXANDRE DEMETRIUS PEREIRA. Graduado em Direito na Universidade de São Paulo (1995). Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2008). Pós-graduado (especialização) em Higiene Ocupacional pela Escola Politécnica da USP (2005) e em Gestão de Negócios pela Fundação Getúlio Vargas (2006). Graduado em Ciências Contábeis pela FEA-USP (2008). Doutorando em Direito Comercial na Universidade de São Paulo. Autor das obras “Tratado de Segurança e Saúde Ocupacional”, “Segurança e Saúde Ocupacional – Questões de Concursos comentadas” e “Curso de Direito Comercial, v. 3”, esta em coautoria com o Prof. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: alexandredemetrius@uol.com.br

Um brocardo muito repetido na área das ciências econômicas diz que “*não existe almoço grátis*”.

Isto equivale a dizer que, num sistema econômico de mercado, toda ação supostamente gratuita tem, na verdade, um custo implícito, que acaba por ser incorrido por outro agente econômico de alguma forma, ainda que possa ser aparentemente sem ônus para o(s) beneficiário(s).

O objetivo deste artigo é provocar a reflexão sobre como custos não aparentes permeiam as discussões judiciais e como as mudanças de posicionamentos na jurisprudência impõem, muitas vezes, vultosos sacrifícios patrimoniais ao Estado e aos destinatários das normas jurídicas.

Sabe-se que, modernamente, o papel da jurisprudência é essencial na forma de proceder dos operadores jurídicos: condiciona, em grande parte dos casos, a ação inicial das partes e de seus representantes ao decidir pelo ajuizamento de uma demanda; fixa limites ao julgamento dos juízes; torna menos incerta a aplicação das leis e, em última análise, cria incentivos e desincentivos econômicos e não econômicos ao gerar expectativas de julgamentos com determinada tendência.

Carlos Maximiliano, certamente um dos autores mais renomados em matéria de hermenêutica, ensina:

Haure-se nos arestos a doutrina esclarecedora e complementar dos textos: é o ensinamento que decorre do aforismo de Francis Bacon – de exemplis jam dicendum est, ex quibus jus hauriendum sit, ubi lex deficit – “a respeito dos julgados cumpre fazer saber que dos mesmos se deve haurir o Direito nos casos em que a lei se mostra deficiente ou falha”.¹

Decidir o juiz conforme a jurisprudência ou basear suas ações na jurisprudência, para um advogado, defensor público ou promotor de justiça, é também, de certa forma, garantir segurança ao jurisdicionado, pacificação social, além de poupar recursos econômicos com litígios inúteis, recursos estes que poderiam ser mais bem investidos em outras áreas.

Isso tudo, entretanto, pressupõe jurisprudência segura, firme em seus propósitos e não vacilante.

Obviamente, não se pode pretender uma jurisprudência perpétua, afinal, a evolução social pressupõe a mudança nas leis e também nas decisões judiciais.

No entanto, a mudança de jurisprudência motivada por mera alteração da interpretação do(s) julgador(es), sem que represente uma necessidade de superar dogmas ultrapassados, implica em incorrer em enormes custos, *a priori*, desnecessários.

É importante salientar isso, uma vez que quando a jurisprudência se modifica no sentido de atender um anseio social, embora também acabe por criar custos à sociedade em geral, tratar-se-á de custos necessários à melhoria da qualidade das decisões do Poder Judiciário.

Não será sempre fácil saber quando existe uma melhoria de qualidade na mudança jurisprudencial. No entanto, cabe ao julgador verificar em cada caso concreto se os custos a serem impostos aos jurisdicionados estão justificados pelo atendimento de uma justa expectativa da sociedade.

Caso emblemático do problema analisado ocorreu, a nosso ver, com a edição da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Referida lei, em seu art. 12, I, e art. 16, contém disposições que suscitaram divergências quanto à natureza da ação penal (pública condicionada ou incondicionada) nos crimes que envolviam violência doméstica, dado que as disposições mencionavam, sem muita precisão, o oferecimento de representação por parte da vítima.

O Superior Tribunal de Justiça, decidindo sobre a matéria, pronunciou-se em mais de uma oportunidade,² no sentido de que a ação penal nesses casos seria de natureza pública incondicionada, não necessitando, dessa forma, da manifestação de vontade da vítima em oferecer representação.

Como dissemos anteriormente, essa jurisprudência baseou a ação de muitos operadores jurídicos, sobretudo promotores de justiça e juízes de direito, que, seguindo as decisões da corte superior, passaram a não mais exigir a manifestação da vítima para a deflagração de procedimentos criminais em juízo e respectiva procedência dos pedidos neles contidos.

No entanto, mais recentemente, percebe-se que a jurisprudência daquela corte, decidindo sobre os mesmos dispositivos legais, alterou completamente seu

entendimento a respeito do assunto, ressaltando que a ação penal é de natureza pública condicionada, exigindo, portanto, representação da vítima.³

A prevalecer essa última orientação, teremos encerradas inúmeras ações penais deflagradas sem representação, diante da expectativa criada nos operadores jurídicos pelo entendimento inicial esboçado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos agora, só para exemplificar parcialmente, alguns dos custos da mudança de interpretação mencionada.

No cálculo, verificaremos somente os custos perdidos relativos às horas de trabalho dos profissionais envolvidos na persecução criminal. Os valores serão apresentados por processo.

Imaginemos que, baseado na “antiga” jurisprudência do STJ, um membro do Ministério Público, com fulcro em inquérito policial, houvesse iniciado uma ação penal sem representação da vítima por delito ligado à violência doméstica.

Presumamos que esse promotor de justiça tivesse levado uma hora de trabalho para fazer a denúncia, mais duas horas em audiência(s) para deduzir suas pretensões finais, no total de três horas de trabalho no processo.

O juiz, em nosso exemplo, gastaria também uma hora de trabalho para sentenciar o feito e duas horas em audiência.

Vamos presumir a remuneração (bruta) média de um promotor de justiça e de um juiz de direito em R\$ 20.000,00.

Esse processo também demandaria o trabalho de um advogado, que cobraria de seu cliente o mínimo estabelecido na tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), hoje em R\$ 2.561,38 (defesa em processo de rito ordinário, sumário ou especial), apenas para atuar num único processo.⁴ Não vamos contar os custos de eventual acompanhamento de advogado na fase de inquérito policial.

Os serviços de um cartório judicial também seriam acionados. Vamos presumir a remuneração média (bruta) de um servidor cartorário em R\$ 3.000,00.

Devemos contar também os custos da Polícia Judiciária, pois a máquina policial seria demandada para a realização de um inquérito policial, mesmo sem a iniciativa da vítima. Vamos considerar a remuneração média (bruta) dos diversos servidores policiais que intervêm no feito, girando em torno de um valor de R\$ 3.500,00. Contaremos com três policiais atuando no feito, representando, em suma, uma equipe policial civil. Presumiremos, ainda que de forma muito conservadora, um gasto total de quatro horas de trabalho no inquérito.

Se contarmos com apenas um recurso nos autos, isso exigiria o trabalho de mais um membro do Ministério Público em segunda instância e também, no mínimo, do trabalho de mais um membro do Poder Judiciário (desembargador relator, sem levar em conta os outros colegas de câmara ou turma) e mais um cartorário. Dessa forma, consideraremos a

atuação (média), por processo, de dois membros do Ministério Público, dois julgadores e dois cartorários, com o mesmo número de horas trabalhadas na primeira instância.

Como os juízes, promotores, policiais e cartorários, ao contrário do que ocorre com o advogado, não são remunerados apenas para um único processo, apuraremos para aqueles o valor da hora trabalhada, considerando uma base comum de 220 horas mensais de trabalho. Referido valor será multiplicado pelo número de horas dedicadas ao processo e pelo número de profissionais que atuaram no feito, para que se obtenha o total de custo por homens-hora trabalhados para cada categoria profissional.

Por guardarem similaridade nos valores remuneratórios, consideraremos os valores de remuneração dos juízes e promotores conjuntamente.

Colocando finalmente os dados preliminares em uma planilha, temos:

Remuneração profissional por categoria de agentes públicos	Valores
Remuneração Juiz/Promotor	R\$ 20.000,00
Horas mensais de trabalho	220
Valor da hora trabalhada (A)	R\$ 90,91
Número de profissionais que atuam no feito (B)	4
Horas trabalhadas por processo (C)	3
Total de custo por homens-hora trabalhados (A*B*C)	R\$ 1.090,91
Remuneração de advogado	R\$ 2.561,38
Total de custo remuneratório	R\$ 2.561,38
Remuneração de cartorários	R\$ 3.000,00
Horas mensais de trabalho	220
Valor da hora trabalhada (A)	R\$ 13,64
Número de profissionais que atuam no feito (B)	2
Horas trabalhadas por processo (C)	3
Total de custo por homens-hora trabalhados (A*B*C)	R\$ 81,82
Remuneração policial	R\$ 3.500,00
Horas mensais de trabalho	220
Valor da hora trabalhada (A)	R\$ 15,91
Número de profissionais que atuam no feito (B)	3
Horas trabalhadas por processo (C)	4
Total de custo por homens-hora trabalhados (A*B*C)	R\$ 190,91
Total de custos de remuneração de pessoal por feito	R\$ 3.925,02

Obviamente, os custos aqui imaginados são apenas exemplificativos, pois não consideram a totalidade dos gastos remuneratórios, nem mesmo outros custos fixos e indiretos vinculados ao trâmite de processos (p.ex.: gastos de energia elétrica, equipamentos, manutenção predial necessária aos serviços, etc), os quais deveriam ser considerados nos valores a serem desembolsados, num cálculo mais exato.

Também não consideramos aqui os custos imateriais (de difícil mensuração) derivados de eventual descrédito nos serviços judiciais, nem mesmo os decorrentes da falta de pacificação de conflitos sociais.

No entanto, passamos a ter uma breve noção dos custos remuneratórios perdidos num único processo encerrado por mudança num entendimento jurisprudencial que, aparentemente, verifica-se como fruto de mera alteração de opinião e não do atendimento de uma necessidade social.

Quantos processos criminais tramitaram sem representação das vítimas em todo o Brasil, com base na anterior jurisprudência do STJ? Mil? Cem mil? Um milhão?

Não dispomos desses números. No entanto, imaginando que mil processos foram instaurados, devemos perguntar: **a mudança da opinião do julgador deve impor custos sociais de quase R\$ 4 milhões?**

É a reflexão que se deixa ao leitor.

¹ Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 146.

² **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Informativo nº 0369 Período: 22 a 26 de setembro de 2008. REPRESENTAÇÃO. LEI MARIA DA PENHA. Vítima de violência doméstica, em audiência especial designada (por ter o juiz entendido que nesses casos a ação penal é condicionada), manifestou interesse de não processar o acusado, renunciando à representação. Daí, o juiz julgou extinta a punibilidade do acusado por renúncia (retratação) da representação por parte da vítima. O Tribunal *a quo* revogou essa sentença, recebeu a denúncia e determinou o prosseguimento do feito. A Turma, por maioria, manteve o entendimento da Turma no sentido de que, aos crimes da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), nos termos do art. 41, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099/1995. Outrossim, independe de representação da vítima a propositura da ação penal pelo Ministério Público em casos de lesão corporal leve ou culposa resultante de violência doméstica, familiar ou íntima. Ficaram vencidos o Min. Nilson Naves e a Min. Maria Thereza de Assis Moura, que admitiam a representação com base no art. 16 da citada lei. HC 108.098-PE, Rel. originário Min. Nilson Naves, Rel. para acórdão Min. Paulo Gallotti, julgado em 23/9/2008. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** Informativo nº 0363 Período: 11 a 15 de agosto de 2008. Sexta Turma. LEI MARIA DA PENHA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão que deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo MP, determinando que a denúncia, anteriormente rejeitada pelo juiz de 1º grau, fosse recebida contra o paciente pela conduta de lesões corporais leves contra sua companheira, mesmo tendo ela se negado a representá-lo em audiência especialmente designada para tal finalidade, na presença do juiz, do representante do Parquet e de seu advogado. Com isso, a discussão foi no sentido de definir qual é a espécie de ação penal (pública incondicionada ou pública condicionada à representação) deverá ser manejada no caso de crime de lesão corporal leve qualificada, relacionada à violência doméstica, após o advento da Lei n. 11.340/2006. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, denegou a ordem, por entender que se trata de ação penal pública incondicionada, com apoio nos seguintes argumentos, dentre outros: 1) o

art. 88 da Lei n. 9.099/1995 foi derogado em relação à Lei Maria da Penha, em razão de o art. 41 deste diploma legal ter expressamente afastado a aplicação, por inteiro, daquela lei ao tipo descrito no art. 129, § 9º, CP; 2) isso se deve ao fato de que as referidas leis possuem escopos diametralmente opostos. Enquanto a Lei dos Juizados Especiais busca evitar o início do processo penal, que poderá culminar em imposição de sanção ao agente, a Lei Maria da Penha procura punir com maior rigor o agressor que age às escondidas nos lares, pondo em risco a saúde de sua família; 3) a Lei n. 11.340/2006 procurou criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres nos termos do § 8º do art. 226 e art. 227, ambos da CF/1988, daí não se poder falar em representação quando a lesão corporal culposa ou dolosa simples atingir a mulher, em casos de violência doméstica, familiar ou íntima; 4) ademais, até a nova redação do § 9º do art. 129 do CP, dada pelo art. 44 da Lei n. 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos à lesão corporal leve qualificada praticada no âmbito familiar, corrobora a proibição da utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando assim a exigência de representação da vítima. Ressalte-se que a divergência entendeu que a mesma Lei n. 11.340/2006, nos termos do art. 16, admite representação, bem como sua renúncia perante o juiz, em audiência especialmente designada para esse fim, antes do recebimento da denúncia, ouvido o Ministério Público. HC 96.992-DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 12/8/2008.

³ **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REPETITIVO. LEI MARIA DA PENHA.** A Seção, ao julgar recurso sob o regime do art. 543-C do CPC c/c a Res. n. 8/2008-STJ, firmou, por maioria, o entendimento de que, para propositura da ação penal pelo Ministério Público, é necessária a representação da vítima de violência doméstica nos casos de lesões corporais leves (Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha), pois se cuida de uma ação pública condicionada. Observou-se, que entender a ação como incondicionada resultaria subtrair da mulher ofendida o direito e o anseio de livremente se relacionar com quem quer que seja escolhido como parceiro, o que significaria negar-lhe o direito à liberdade de se relacionar, direito de que é titular, para tratá-la como se fosse submetida à vontade dos agentes do Estado. Argumentou-se, citando a doutrina, que não há como prosseguir uma ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com a definição de alimentos, partilha de bens, guarda e visitas. Assim, a possibilidade de trancamento de inquérito policial em muito facilitaria a composição dos conflitos envolvendo as questões de Direito de Família, mais relevantes do que a imposição de pena criminal ao agressor. Para os votos vencidos, a Lei n. 11.340/2006 afastou expressamente, no art. 41, a incidência da Lei n. 9.099/1995 nos casos de crimes de violência doméstica e familiares praticados contra a mulher. Com respaldo no art. 100 do CP, entendiam ser de ação pública incondicionada o referido crime sujeito à Lei Maria da Penha. Entendiam, também, que a citada lei pretendeu punir com maior rigor a violência doméstica, criando uma qualificadora ao crime de lesão corporal (art. 129, § 9º, do CP). Nesse contexto, defendiam não se poder exigir representação como condição da ação penal e deixar ao encargo da vítima a deflagração da persecução penal. REsp 1.097.042-DF, Rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Jorge Mussi, julgado em 24/2/2010.

⁴ Valor obtido no site <<http://www.oabsp.org.br/tabela-de-honorarios/advocacia-criminal>>. Acesso em 7 mar. 2010.