

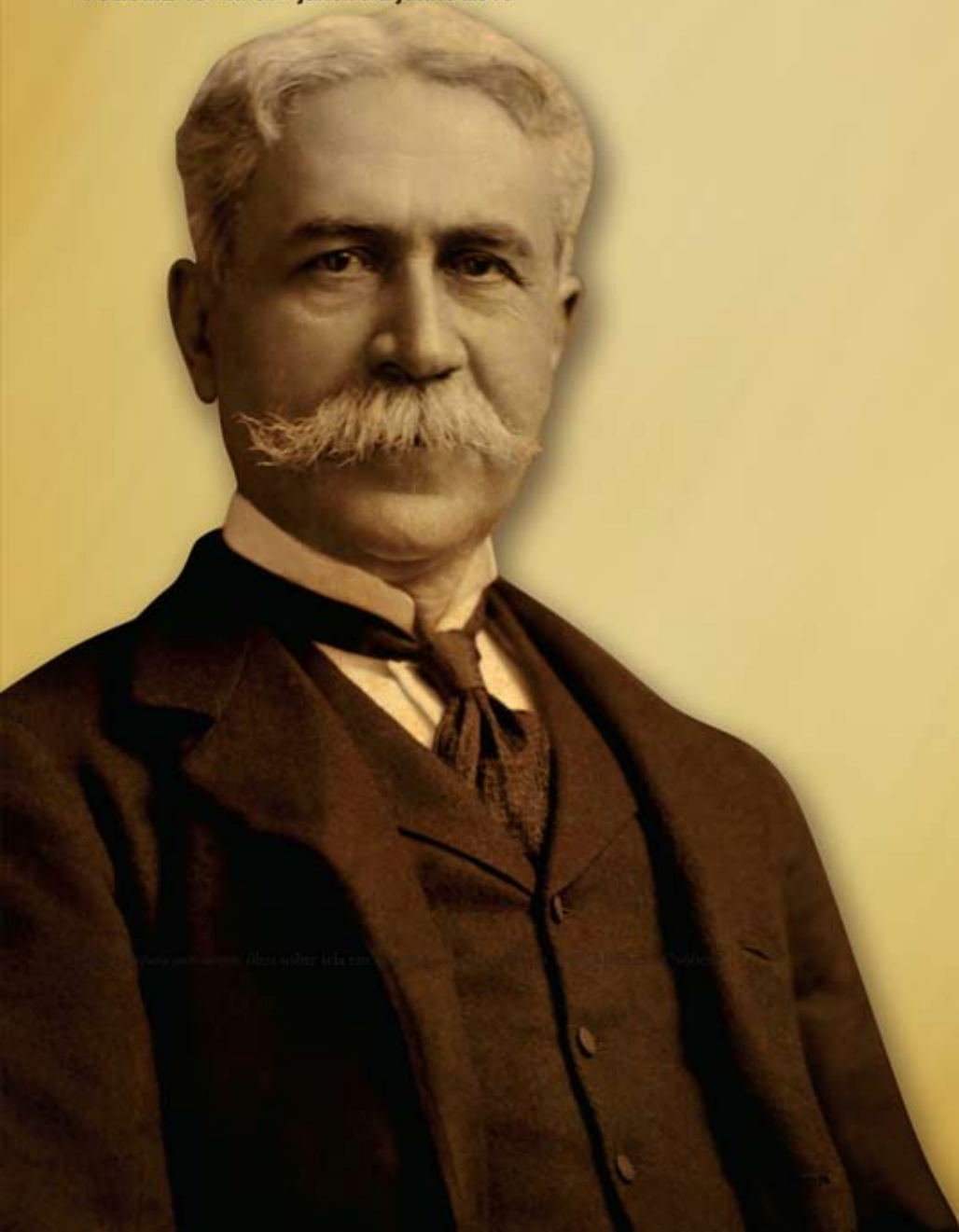
REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



VOLUME 15 • n. 31 • janeiro a junho 2010



ISSN 1415-112X



Volume 15 – Número 31
janeiro/junho – 2010

Publicação Científica e Semestral

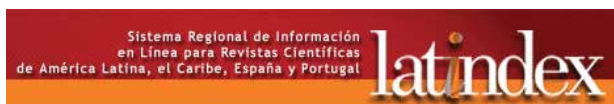
© Copyright by ESMAPE

A Revista da ESMAPE divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMAPE, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dados indexadora



Revisão: autores e *Profa. Esp.* Euliene Staudinger

Diagramação: Joselma Firmino de Souza – DRT 3741-PE

Tiragem: 1200 exemplares

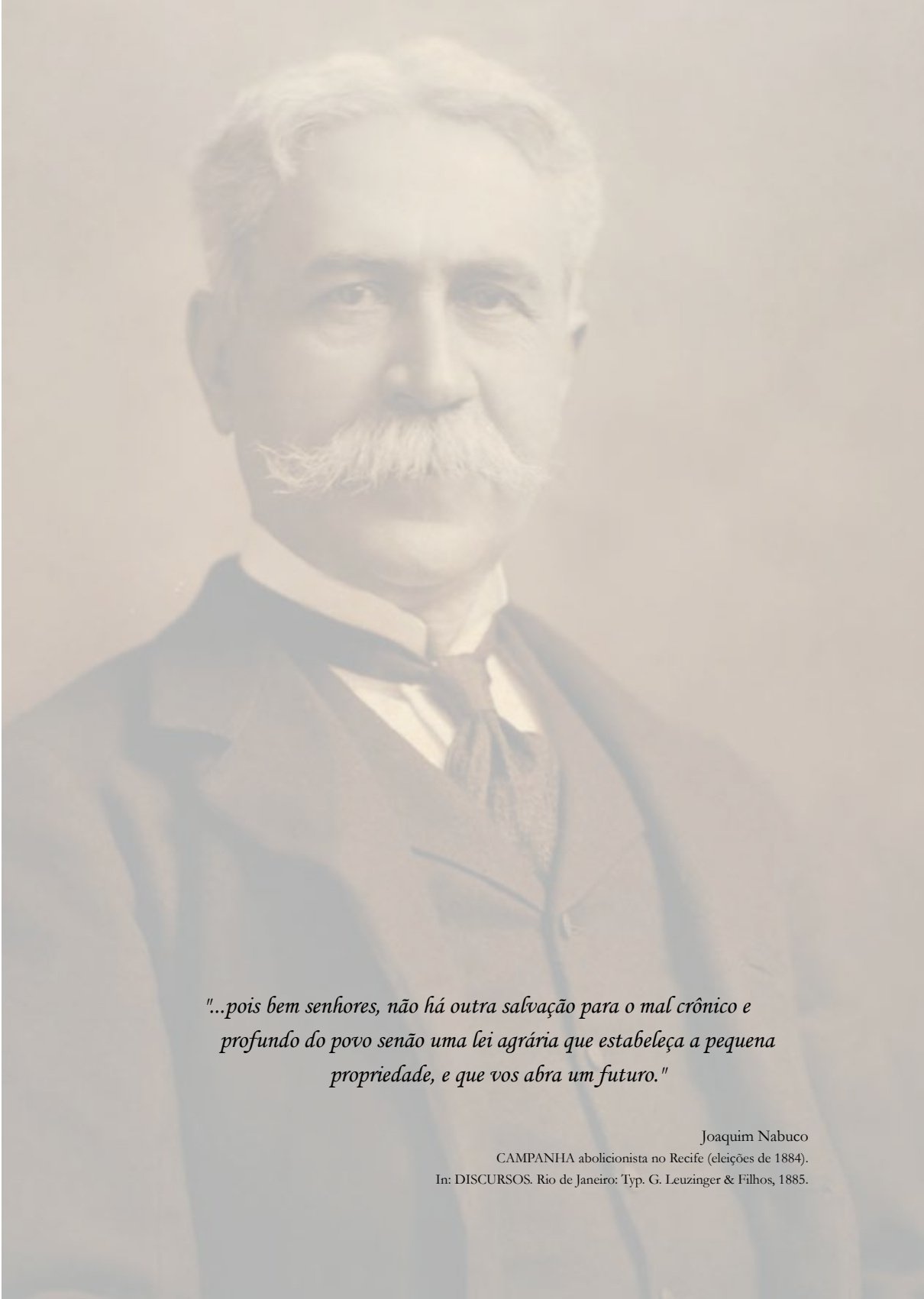
Imagens, gentilmente, cedidas pela Fundação Joaquim Nabuco - FUNDAJ.

Correspondências para: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240
biblioteca@esmape.com.br

Revista da ESMAPE / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
Desembargador Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE
– Ano 1, n.1 (1996-). – Recife : ESMAPE, 1996 –
v. Semestral

1. Direito-Periódico. I. Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda. II ESMAPE

CDD 340.05



"...pois bem senhores, não há outra salvação para o mal crônico e profundo do povo senão uma lei agrária que estabeleça a pequena propriedade, e que vos abra um futuro."

Joaquim Nabuco

CAMPANHA abolicionista no Recife (eleições de 1884).

In: DISCURSOS. Rio de Janeiro: Typ. G. Leuzinger & Filhos, 1885.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA – ESMAPE

Biênio 2010 – 2011

Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo
Diretor

Desembargador Eurico de Barros Correia Filho
Vice-Diretor

Juíz José André Machado Barbosa Pinto
Supervisor

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e das demais Carreiras
Jurídicas

Juíza Nalva Cristina Barbosa Campello
Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação e Extensão

Desembargador Mauro Alencar Barros
Coordenador dos Cursos de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores

Desembargador Fernando Cerqueira Noberto dos Santos
Juíz Sílvio Romero Beltrão
Coordenador de Estudos Internacionais

Juíz José Alberto de Barros Freitas Filho
Coordenador da Assessoria Jurídica Virtual

Juíz Rafael Cavalcanti Lemos
Coordenador Adjunto da Assessoria Jurídica Virtual

Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Coordenador da Infância e da Juventude

Diretoria

Directors

Juíza Fernanda Pessoa Chuahy de Paula
Coordenadora dos Juizados Especiais

Juíz José Raimundo dos Santos Costa
Coordenador dos Programas de Gestão Judiciária

Juíz Ruy Trezena Patu Júnior
Coordenador de Conciliação, Mediação e Arbitragem

Presidente

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Membros

Profa. Dra. Ana Paula Costa e Silva

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

Prof. Dr. Andreas Krell

Prof. Dr. Cláudio Brandão

Profa. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer

Profa. Dra. Fabíola Santos Albuquerque

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Prof. Dr. João Mauricio Adeodato

Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão

Prof. Dr. José Rogério Cruz e Tucci

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

Prof. Dr. Nelson Saldanha

Prof. Dr. Paulo Otero

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Profa. Dra. Sônia García Vásquez

Prof. Dr. Walber de Moura Agra

Coordenação Técnica e Editorial

Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

Conselho editorial

Editorial
committee

Editorial	13
-----------------	----

Editor's note

A instituição do Diário Oficial Eletrônico pelo TJPE e a questão da dilação dos prazos judiciais em comarcas do interior	17
--	----

The institution of Electronic Official newspaper by the TJPE and the judicial deadlines postponement question for the inner circuit courts

Alexandre Freire Pimentel

O direito à saúde sob a reforma do possível	31
---	----

The right to health under the reserve of the possible

Andréa Egizi dos Santos

A responsabilidade civil dos jornalistas e uma breve análise de alguns posicionamentos jurisprudenciais – Em busca da responsabilização social da imprensa brasileira	63
---	----

Journalists civil liability and a soon fast analysis about a few cases law – in search of brazilian press social responsabilization

Carolina Lucena de Medeiros

Guilherme Graciliano Araújo Lima

Preclusão no Direito Processual Civil – Faculdade ou obrigação? – ônus ou sanção?	85
---	----

Preclusion in Civil Procedural Law – Faculty or Obligation? – Liens or Sanction?

Custódio Feitoza Amorim

Direitos autorais na internet.....	107
------------------------------------	-----

Copyright on the internet

Ednalva Germano da Silva

Uma história do conceito de Norma Jurídica: preparatório para a construção semântica do discurso judicante.....	145
---	-----

A history of the concept of juridical norm: preparation for the semantic construction of judicial discourse

Eduardo Porto Carreiro Neves

Das diversas funções atribuídas ao Direito Penal à função de proteção de bens jurídicos como condição legitimante **179**

From many function given to criminal law to the function of protection legal interest as a condition of legitimation

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Política criminal brasileira quanto às drogas. Alguns dados do consumo e da economia..... **211**

Criminal policy regarding brazilian drugs. Some data of the consumption and economy

Flávio Augusto Fontes de Lima

Das leis reforçadas no Brasil – uma lembrança da doutrina europeia. Aspectos tributários..... **221**

The laws enforced in Brazil – a reminder of the European doctrine Tax aspects

Hélio Sílvio Ourém Campos

A uniformização do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis **251**

The Uniformization of the Procedural Structure of the “Juizados Especiais Cíveis”

Ingrid Virgínio Patriota

A natureza jurídica da chance perdida à luz do princípio da dignidade humana..... **289**

Legal nature of a lost chance at the perspective of the principle of human dignity

Isabela Melo Rêgo Azevedo

Mandado de segurança: evolução no ordenamento jurídico brasileiro, aspectos relevantes e a visibilidade da autoridade coatora..... **317**

Writ of mandamus: evolution and brazilian legal system, relevant aspects of the authority and the and visibility constraining party

Luciene Gomes de Lima

Responsabilidade do Estado por Acto Judiciário **345**

State liability for action of the judicial power – The Portuguese case

Maria José Rangel de Mesquita

Princípio da Legalidade: A garantia da proteção integral às crianças vítimas de abuso sexual – breve reflexão sobre depoimento sem dano..... **375**

Legality of the guarantee of full protection to child victims of sexual abuse – a brief reflection on testimony without damage

Paulo Roberto de Sousa Brandão

O uso da arbitragem nas parcerias público-privadas e o princípio da indisponibilidade do interesse público	399
<i>Arbitration usage, Public-Private Partnerships and the non-availableness of Public Interest principle”</i>	
Sâmia Caroline dos Santos Silva	
Audiências públicas: uma análise do instituto após a reforma do Estado	421
<i>Public hearings: an analysis of the institute after the Reform of the State</i>	
Wanilza Marques de Almeida Cerqueira	
Normas para publicação de trabalhos	457

O homenageado desta edição da Revista da Esmape é um ilustre pernambucano que fez a diferença por ter tido a coragem de contrariar o pensamento padrão de sua época. Em 2010, Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo será lembrado pelos 100 anos de sua morte. Mesmo tendo nascido o ano de 1849 em uma família tradicional escravocrata de Pernambuco, ele defendia veementemente a libertação dos escravos de uma maneira assentada numa consciência nacional dos benefícios que tal resultaria à sociedade brasileira.

Ainda na infância Joaquim Nabuco, teve contado direto com a escravidão. Criado pelos padrinhos, no Engenho Massangana, localizado no Cabo de Santo Agostinho, lá, ele pode constatar toda a crueldade com que os negros eram tratados, como descreve no livro "Minha Formação".

O início de sua luta contra a escravidão se deu em 1878, quando foi eleito deputado geral pela província de Pernambuco. Fiel à sua causa, Joaquim Nabuco criou a Sociedade Brasileira contra a Escravidão, desafiando as elites econômicas e políticas da época. Em 1883, em Londres, publicou "O Abolicionismo", sua principal obra. Nabuco teve grande contribuição na aprovação da Lei Áurea, por intermédio de sua atuação parlamentar. Em paralelo, ele também lutou pela liberdade religiosa, defendendo uma separação entre Estado e religião, bem como um ensino público laico.

Após a proclamação da República, em 1889, nosso homenageado retirou-se da vida pública, mas continuou dando importantes contribuições para o Brasil. Joaquim Nabuco participou da fundação da Academia Brasileira de Letras, em 1897. Diplomata, político, orador, poeta e memorialista. A Revista da Esmape traz na capa do número 31, volume 15, referente a janeiro a junho de 2010, uma homenagem a esse homem de múltiplos talentos. Múltiplas também são as funções da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape), nesse início de nova gestão.

À frente da Esmape desde fevereiro de 2010, o desembargador Leopoldo Raposo procurou investir nas mais diversas áreas da instituição. Sete turmas de pós-graduação já foram abertas, com o intuito que tornar cada vez mais forte esse seguimento da Escola. O público interno também não foi esquecido. Já foram realizadas 16 turmas de aperfeiçoamento de magistrados somente até o mês de outubro. Os servidores do tribunal de Justiça de Pernambuco ganharam um centro exclusivo na Esmape para cuidar de sua atualização.

Os congressos, que visam reunir operadores do Direito do âmbito público e privado ganharam destaque. Dois eventos de grande porte já foram realizados com sucesso, e um terceiro, de porte nacional, será ministrado em novembro. Os convênios também foram grandes aliados foi um deles inclusive, com Universidade de Pernambuco, que vai possibilitar a realização dos cursos à distância. As caixas de acrílico instaladas, ainda no primeiro mês de gestão, em todos os corredores da Esmape para nelas fossem depositadas críticas, sugestões e elogios refletem o caráter tão democrático quanto participativo que o desembargador Leopoldo Raposo imprime à sua gestão.



Artigos

Articles

A instituição do Diário Oficial Eletrônico pelo TJPE e a questão da dilação dos prazos judiciais em comarcas do interior

Alexandre Freire Pimentel

Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife-UFPE. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP (graduação, especialização e mestrado) e da Faculdade de Direito do Recife. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo a análise da constitucionalidade e legalidade de atos administrativos de corregedorias gerais da justiça e tribunais estaduais que dilatam prazos processuais estabelecidos no CPC para comarcas do interior, quando a decisão

judicial é publicada no Diário Oficial. Visa também esclarecer como a situação encontra-se atualmente regida no estado de Pernambuco.

Palavras-chaves: Prazos. Intimação. Comarcas do interior. Diário Oficial.

1 Introdução

Este trabalho destina-se a questionar se remanesce, ou não, a validade de atos administrativos editados por corregedorias e tribunais de justiça, os quais, respaldados no artigo 236 do CPC, dilatam os prazos para prática de atos processuais quando as intimações feitas pelo Diário Oficial recaírem sobre advogados domiciliados em comarcas do interior.

Até o advento do Diário da Justiça Eletrônico, a justificativa dessa dilação residia na tentativa de salvaguardar o princípio da isonomia entre advogados e partes quanto à fluência dos prazos processuais. É que antes da “circulação virtual” do Diário Oficial em formato digital, os advogados que militavam na capital tinham ciência das decisões judiciais concessivas de prazos para a prática de atos a seus encargos bem antes dos que se encontravam em comarcas do interior. Esse fenômeno se verificava sempre o Diário da Justiça impresso circulava com atraso em comarcas interioranas, o qual decorria da demora na remessa em razão da distância física percorrida pelos veículos transportadores.

Mas com a vigência da Lei nº 11.419/06, que instituiu o Diário da Justiça Eletrônico, bem como o processo judicial integralmente eletrônico, a distância física e os problemas derivados da demora do transporte do jornal oficial impresso simplesmente deixaram de existir. Agora, com a publicação virtual, a circulação do DO (Diário Oficial) é instantânea e o seu conteúdo integral fica disponível, em tempo real, para todos os advogados e partes. Consequentemente, é preciso questionar, a partir de então, se o princípio da isonomia que justificava a fluência distinta de prazos processuais para advogados da capital e do interior não se converteu num perverso mecanismo de inversão de benefícios e prejuízos. Noutras palavras, parece relevante indagar se a manutenção da validade desses atos administrativos não prejudicaria os advogados da capital, porque agora eles é que teriam prazo menor para prática de atos processuais, em comparação com os do interior que ainda gozariam do benefício da concessão de prazo maior apesar de tomarem ciência das decisões judiciais no mesmo momento em que os advogados da capital também fossem cientificados.

Essa é a problemática central deste trabalho, que, na verdade, se constituiu numa evolução de conteúdo de um outro artigo de nossa autoria publicado na Revista do CEJ-PE¹, porém antes do advento do Diário

¹ Vide artigo: Dilação do prazo de intimações e citações, pelo Diário Oficial, em comarcas do interior por ato da corregedoria. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco**, (CEJ), Recife, v. 03, 2009, p. 4-18.

Oficial Eletrônico, no qual defendemos, escudados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ponto de vista favorável à manutenção dos atos administrativos que dilatavam prazos processuais nas comarcas onde a circulação do jornal impresso ocorria com atraso. Contudo, considerando que esse fato não mais ocorre, a revisão daquele ponto de vista se impõe.

2 O disciplinamento da matéria no Código de Processo Civil

O *caput* do artigo 236 do CPC estabelece que “*No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial*”. O artigo seguinte, por sua vez, prescreve que, nas demais comarcas, somente se aplicará o disposto no artigo antecedente se nelas não houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, diz a norma, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes pessoalmente ou por carta registrada do correio. O CPC atual, aliás, manteve a tradição do código de 1939, cujo artigo 168, § 1º, também rezava que as intimações se consideravam perfeitas pela simples publicação no órgão de imprensa oficial, rompendo com a antiga forma de intimação através de expedição de mandado.

Com base nessa constatação, Pontes de Miranda chegou a expressar a seguinte preocupação: “*A regra do art. 236 não podia resistir à crítica, por saírem, por vezes, atrasados os órgãos oficiais*”². Em 1951, ainda durante a vigência do CPC de 1939, a Lei nº 1.408 dilatou por um dia os prazos processuais quando a publicação do Diário Oficial ocorresse à tarde³. Tal fato demonstra inequivocamente a necessidade de se dilatarem os pra-

2 MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 4. ed. 1997. Tomo III, p. 325.

3 O art. 4º dessa lei rezava que: “*Se o jornal, que divulgar o expediente, se publicar à tarde, serão dilatados de um dia os prazos que devam correr de sua inserção nessa folha e feitas, na véspera da realização do ato oficial, as publicações que devem ser efetuadas no dia fixado para esse ato*”.

zos em determinadas comarcas quando houvesse atraso na circulação do Diário Oficial, porquanto inexistia o Diário da Justiça Eletrônico.

Durante os trabalhos de elaboração legislativa do atual artigo 236 do CPC, o deputado Haroldo Valadão chegou a apresentar proposta de emenda ao dispositivo, que previa a necessidade de intimação dos advogados por carta do correio, quando houvesse dificuldade ou retardamento na publicação do Diário Oficial⁴. Isto reforçava a necessidade de um disciplinamento diferenciado para as comarcas nas quais o Diário da Justiça não circulava regularmente como sempre ocorrera com a comarca da capital.

A ideia do legislador do primeiro Código de Processo Civil federal, portanto, foi dispensar a intimação pessoal ou por carta do correio aos advogados nas localidades em que o jornal oficial circulasse. Essa regra vinha se mantendo até os dias atuais, até que a Lei nº 11.419/06 permitiu que as intimações fossem efetuadas por meios eletrônicos. Merece ser destacado que a instituição do Diário Eletrônico do Poder Judiciário dispensa qualquer outra forma ciência dos atos processuais, exceto em casos de necessidade especial e diferenciada da regra geral.

3 Posição da jurisprudência até o advento do Diário da Justiça Eletrônico

Foi por conta dessa inquietação que o Superior Tribunal de Justiça, ainda quando do seu prelúdio, passou a entender pela necessidade de se acrescentar um dia útil aos prazos processuais quando o Diário Oficial não circulasse na comarca no mesmo dia em que fora publicado⁵.

A construção pretoriana, no entanto, vacilou no decorrer da história da interpretação do artigo 236 do CPC. Chegou-se a considerar,

4 DE PAULA, Alexandre. **Código de Processo Civil anotado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 895.

5 "No caso de Diário Oficial que não circula no mesmo dia da edição, o prazo para recurso começa a correr a partir do primeiro dia útil, após a data da circulação" (REsp nº 1.419-MA. 4ª Turma. Rel. Min. Armando Rollenberg. Dj 4.9.1989).

por exemplo, como válidas intimações perpetradas pelo Diário Oficial a advogados que militavam não apenas noutra comarca do mesmo estado, na qual o Diário da Justiça circulava com atraso, mas, mais ainda, quando o advogado tinha escritório noutra estado da federação distinto daquele por onde tramitava o feito, e isso numa época em que a Internet ainda engatinhava no Brasil⁶. Na era do processo telemático, as publicações efetivadas pelo Diário da Justiça Eletrônico alcançam indistintamente a todos os envolvidos no processo, independentemente do local onde se encontrem, ressalvadas as hipóteses nas quais ainda se exige a intimação pessoal.

Inicialmente, os tribunais tentaram suprir a falta de disciplinamento legal, que especificasse uma regra própria para salvaguardar o princípio da isonomia processual com a contagem dilatada dos prazos nas comarcas nas quais o Diário Oficial não circulava no mesmo dia da edição nas capitais. Através de exercício hermenêutico, chegou-se a prever, por exemplo, qual das intimações devia prevalecer quando ocorressem duas, sobre o mesmo ato, para o mesmo advogado, tendo o Tribunal Federal de Recursos decidido que: *“Se forem feitas duas intimações, uma pela imprensa no órgão oficial, outra, posterior, pessoalmente ao advogado, conta-se o prazo da primeira”*, (TFR 3ª Turma, AC 84.365-PR)⁷.

Até o advento do Diário da Justiça Eletrônico, essa regra só prevalecia a partir de uma interpretação que considerava que a primeira intimação tivesse ocorrido no dia da circulação do Diário Oficial na comarca. Do contrário, o advogado estaria a sofrer inegável prejuízo quanto à contagem do prazo, porquanto, apesar de não ter ciência da determinação judicial, o lapso de tempo para se desincumbir do ônus respectivo já estava a fluir. Esse era o posicionamento da jurisprudência até o advento da Lei nº 11.419/2006.

6 Theotônio Negrão, a propósito, coletou alguns arestos sobre o assunto no seguinte sentido: *“A intimação pela imprensa vale mesmo para os advogados residentes em outra comarca ou em outro Estado (STJ-4ª Turma, REsp 23.992-2 [...]) e se considera feita no dia da publicação, e não naquele em que o jornal circula na cidade em que o advogado tem escritório (RTJ 146/316, RTFR 102/161, JTA 87/343, 109/348”*. NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 214.

7 NEGRÃO, op. cit. p. 214.

4 Confronto da jurisprudência do STF e do STJ: durante o CPC de 1939 e o de 1973

Antes da instituição do Superior Tribunal de Justiça o Supremo Tribunal Federal acumulava a competência para interpretar a Lei Federal infraconstitucional. Tanto na vigência do CPC de 1939 quanto na era do atual Código, prevaleceu no STF o entendimento de que a contagem dos prazos recursais devia ter como parâmetro o dia em que o Diário Oficial circulava na comarca da capital e não na do interior, ainda que houvesse retardamento da circulação⁸. Contudo, a Constituição Federal transferiu a competência para interpretação da Lei Federal infraconstitucional do STF para o STJ, de modo que passou a prevalecer a diretiva deste pretório em detrimento da orientação do Supremo.

Partindo dessa premissa, bem como do preceito de que a aplicação da lei deve levar em consideração os fins sociais a que o direito se destina (LICC, art. 5º), e também que no Brasil as realidades sociais variam de estado para estado, não se podia negar que no caso específico de Pernambuco, por exemplo, havia comarcas situadas no interior nas quais o Diário Oficial sofria atraso na circulação, consoante constatou a Corregedoria Geral da Justiça (gestão de 2008-2009), através de pesquisa com magistrados de comarcas interioranas, sobretudo as do sertão. Considerando essa situação real, se não houvesse a dilação dos prazos para as intimações e citações realizadas pelo Diário Oficial, haveria, inesoravelmente, prejuízo para os advogados e, conseqüentemente, também para as partes domiciliados algures. Assim, perpetrar-se-ia agressão ao artigo 236 do Código de Processo Civil, pois, na prática, os prazos teriam menor duração nas comarcas do interior, à medida que os advogados e

8 Neste sentido, vejamos a seguinte ementa: "*Habeas corpus. No cômputo do quinquêdido, para interposição de recurso ordinário da decisão indeferitória do 'writ', a data a servir de referência, para a intimação, é a da circulação do órgão oficial, onde publicadas as conclusões do acórdão, na capital do estado, e não o dia em que tenha o jornal circulado na comarca do interior, na qual o réu possua domicílio ou esteja preso. Recurso ordinário não conhecido, por intempestivo.*" RHC 62628/RO. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 08/02/1985. Órgão Julgador: 1T. DJ 27-09-1985 PP-16609. EMENTA VOL-01393-01 PP-00190. No mesmo sentido: RE 16875-TI. Julgamento: 12/06/1950.

as partes somente podiam tomar ciência das providências adotadas pelos juízes dias depois de os prazos já estarem a fluir, porque a circulação na capital lhes antecedia.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência diametralmente oposta a do STF, no sentido de que os provimentos emanados de corregedorias gerais da justiça ou de tribunais, que dispusessem sobre a dilação de prazos para comarcas do interior, não agrediam a lei federal (CPC), portanto “eram” válidos⁹.

Esses atos não acarretavam a mais mínima agressão ao princípio da reserva da Lei Federal prevista no artigo 22, I da Constituição Federal, pois a disposição constitucional refere tão-só à vedação de atividade legiferante pelos estados-membros acerca de matéria *processual*. Contudo, os provimentos das corregedorias estaduais ou dos tribunais respectivos não alteravam a Lei Federal, apenas retardavam o momento inicial de fluência dos prazos em consonância com a data da circulação concreta na comarca em que o processo tramitava. Deve-se observar que o próprio CPC prevê a possibilidade de dilação de prazos processuais, *in concreto*, inclusive os considerados como prazos próprios. O artigo 177 do CPC, por sua vez, dispõe que os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei¹⁰. Ora, o disciplinamento da dilação dos prazos processuais, em razão da circulação tardia do DO em comarcas do interior, não malferia o artigo 22, I, da Constituição Federal sobretudo porque os atos administrativos respectivos

9 Comprovando essa assertiva, a seguinte ementa denuncia a existência de vários precedentes no âmbito interno do superior tribunal de justiça admitindo a regulamentação da matéria por ato administrativo estadual, vejamos: “*PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO. COMARCA DO INTERIOR. INÍCIO DO PRAZO DESDE A CIRCULAÇÃO DO DIÁRIO OFICIAL. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL. APLICAÇÃO DA REGRA A DECISÃO PROFERIDA PELO PRÓPRIO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. – Não viola os arts. 236 e 536, CPC, a decisão que, aplicando regulamentação local, considera que a parte, na pessoa de seu procurador, só é intimada da decisão proferida pelo Tribunal a quo no dia da circulação do Diário Oficial na comarca do interior onde reside. – Pode o Tribunal de Justiça determinar a data a partir da qual deve ser considerada efetivada a intimação na comarca do interior, quando feita através de nota de expediente publicada em jornal editado na Capital do Estado. Precedentes. Negado Provimento ao Agravo Regimental”. AgRg nos EDcl no REsp 647520/MS – 2004/0038667-1 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 – TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 18/10/2007”. Disponível em: www.stj.0jus.br. Acesso em: 15 mar. 2009.*

10 Não obstante, o artigo 182 do mesmo Código prevê a possibilidade de o juiz prorrogar quaisquer prazos nas comarcas onde for difícil o transporte, como acontece com as comarcas do sertão pernambucano, por exemplo

nada mais faziam do que observar a própria regra do artigo 177 do CPC, à medida que ao postergarem a fluência dos prazos por um ou dois dias o que se fazia, na prática, era garantir idêntica fluência para todos tanto na capital quanto no interior.

Via de consequência, se tomarmos o exemplo do recurso de apelação, cujo prazo de interposição é de quinze dias, se observa que se o Diário Oficial impresso somente circulava em determinada comarca do interior após dois dias da circulação na capital, na prática, o advogado domiciliado no interior só teria treze dias para exercer um direito processual-recursal, quando, no entanto, o prazo previsto em lei é de quinze dias (artigo 508 c/c 513 do CPC). Ora, nesse pretérito panorama, a dilatação dos prazos para as comarcas do interior igualava as situações, preservava o preceito do artigo 177 do CPC. Se não houvesse a dilatação em tempo suficientemente hábil a permitir que os prazos só fluíssem em comarcas do interior depois de certo tempo, porque esse tempo era o que demandava para a efetiva circulação na comarca, aí sim é que se estaria a agredir a Constituição Federal, na medida em que, na prática, se consentiria quanto à concessão de prazos distintos a depender da situação geográfica dos advogados.

Os atos locais não agrediam a Constituição Federal ou o Código de Processo Civil porque, simplesmente, não alteravam os prazos, mas apenas dilatam a data de sua fluência em comarcas do interior para fazer com que todos os jurisdicionados pudessem exercer os mesmos direitos processuais nos mesmos prazos previstos pela lei.

Noutra banda, um detalhe importante a ser observado refere-se à limitação da validade da dilação dos prazos procedida por atos administrativos estaduais aos atos e recursos a serem praticados perante os próprios juízos e tribunais locais. Noutras palavras, o Superior Tribunal de Justiça entendia que os estados não podiam dilatar prazos processuais relativos a recursos que eram decididos por tribunais de superposição. Essa limitação fazia todo sentido, à medida que restringia a eficácia dos provimentos estaduais aos respectivos territórios, logo a interposição de

um recurso especial ou extraordinário, exemplificativamente, por não serem decididos, quanto ao seu mérito, pelos tribunais estaduais, não podiam ser abrangidos pelas regras locais dilatórias de prazos.

5 A situação atual no Estado de Pernambuco. O advento do Diário da Justiça Eletrônico: considerações finais

No estado de Pernambuco há regramento administrativo específico sobre a matéria. Inicialmente, o provimento nº 04/96, da Corregedoria Geral da Justiça, estabelecia que, nas comarcas do interior, os prazos dependentes de publicação no Diário Oficial fluíam com acréscimo de três dias úteis, contados da data da publicação.

Em 2006, porém, o provimento nº 05/2006, também Corregedoria Geral da Justiça, revogou o provimento nº 04/96 e estabeleceu, simplesmente, que nas comarcas do interior as intimações deviam ser procedidas pelo Diário Oficial, todavia sem acréscimo de prazo. Foi em consideração às constantes dúvidas geradas a partir de consultas e queixas de magistrados, advogados e chefes de secretaria, que davam conta da demora da circulação do Diário Oficial em suas comarcas interiores e discutiam sobre o momento inicial da contagem do prazo para a prática de atos processuais, quando publicados no órgão oficial, que a Corregedoria Geral da Justiça, no ano de 2009, antes da instituição do Diário Eletrônico em Pernambuco, resolveu repristinar o sistema da dilação dos prazos processuais.

Para tanto, foi editado o provimento nº 04/2009-CGJ-PE, que dilatou por dois dias¹¹ a fluência dos prazos das intimações feitas a advogados através do Diário Oficial nas comarcas do interior. Essa sistemática passou a ser extensiva às citações por edital dirigidas à parte ré, bem como as efetivadas na pessoa dos advogados através do Diário Oficial.

11 Independentemente de se tratar de dias úteis ou não.

Restou elucidado que o prazo de dilação de dois dias deveria ser contado a partir da data da efetiva circulação do Diário Oficial na comarca da capital. Ficaram excluídas das regras desse provimento as comarcas do interior do estado abrangidas pela circunscrição territorial das *comarcas integradas*, às quais se passou a aplicar a regra geral de contagem dos prazos a partir da circulação do Diário Oficial impresso na capital, pois, em razão da proximidade geográfica, percebeu-se que o jornal oficial impresso ali circulava, em regra, no mesmo dia que circulava na comarca do Recife.

Pois bem, esse provimento nº 04/2009-CGJ-PE ainda não foi revogado por ato do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Menciona-se o Conselho da Magistratura porque o regimento interno da CGJPE consiste em ato administrativo homologado na sessão de 16.03.2006, pelo Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, e, sobretudo, porque o artigo 10, I, desse mesmo regimento, estabelece que: *“Compete ao Corregedor Geral da Justiça: I – baixar, com aprovação prévia do Conselho da Magistratura, salvo a hipótese de correição, provimentos relativos aos serviços judiciários em geral”*. Assim, os provimentos da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco devem ser previamente aprovados pelo Conselho da Magistratura, logo compete a esse mesmo órgão revogá-los.

Fato é que o provimento nº 04/2009 não foi revogado administrativamente pelo órgão competente. Por outro lado, a Lei Federal nº 11.419/06 extirpa qualquer dúvida quanto a não aplicação de atos administrativos ou mesmo da legislação federal infraconstitucional ordinária até então vigentes que disponham de modo contrário aos seus preceitos.

O artigo 4º da Lei 11.419/06, por sua vez, prevê de forma expressa a necessidade de instituição do Diário da Justiça Eletrônico no âmbito dos tribunais brasileiros, e, mais ainda, estatui que: *“A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial,*

para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal”.

À toda evidência, o provimento nº 04/2009-CGJPE foi fulminado pela regra constante do artigo 4º, § 2º, da Lei nº 11.419/2006, acima transcrito literalmente, simplesmente porque não mais subsiste o Diário Oficial impresso e, maiormente, porque as intimações e eletrônicas dispensam as feitas por outro meio, exceto as hipóteses acima aludidas.

O Diário da Justiça Eletrônico somente foi instituído no âmbito do Poder Judiciário Estadual em 15 de julho de 2009, através da Resolução de nº 260/2009-TJPE, a qual foi alterada pela Resolução nº 279/2009-TJPE, e que ressaltou que o Diário Eletrônico substituiria integralmente a versão impressa a partir de 03 de novembro de 2009, bem como que seria veiculado sem custo e independentemente de cadastro prévio dos advogados, no sítio do tribunal.

Nitidamente, a partir da adoção do sistema eletrônico de intimações e citações, todos os advogados, como já frisado acima, podem, aliás devem acessar o conteúdo das decisões judiciais proferidas nos processos em que atuam a partir do momento em que estejam disponibilizadas no site do tribunal. A publicação virtual é instantânea e fica disponível em tempo real para todos, não mais havendo qualquer justificativa de remanescência da dilação dos prazos para comarcas do interior, tanto por razões jurídicas quanto fático-geográficas. Pelo contrário, se a sistemática instituída pelo Provimento nº 04/2009-CGJPE ainda persistisse prejudicaria os advogados da capital, na medida em que teriam prazo menor do que os do interior. Haveria uma perversa inversão das situações e a norma administrativa que antes servira para corrigir o problema subsistiria para perverter o sistema com malferimento do princípio da isonomia processual.

Apesar de não enfrentarem expressamente o problema da vigência do provimento nº 04/2009 da Corregedoria Geral da Justiça, as resoluções alhures referidas, associadas ao disposto na Lei nº

11.419/2006, sem a mais mínima dúvida, puseram fim ao benefício dos advogados do interior no tocante à dilação dos prazos processuais. Por outro lado, a fim de se evitar questionamentos judiciais futuros, é relevante que o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no exercício do mister de orientar magistrados e jurisdicionados, aprecie e pondere sobre tal problemática, isto é, que esclareça se o Provimento nº 04/2009-CGJPE foi de fato revogado.

The institution of Electronic Official newspaper by the TJPE and the judicial deadlines postponement question for the inner circuit courts

Abstract

This research aims at analyzing the administrative acts in the Justice General Tribunals, in Brazil, concerning the constitutionality and legality, when they extend the CPC established procedural deadlines for the inner circuit courts whenever

they are published at the Official Newspaper. It also aims at clarifying how this situation is managed by the Pernambuco State.

Key words: Deadlines. Notification. Inner circuit courts. The Official Newspaper.

Referências

DE PAULA, Alexandre. **Código de Processo Civil anotado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Tomo III.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.



PIMENTEL, Alexandre Freire. Dilação do prazo de intimações e citações, pelo Diário Oficial, em comarcas do interior por ato da corregedoria. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco**, (CEJ), Recife, v. 03, 2009.

www.stj.jus.br

www.stf.jus.br

Referência deste artigo

PIMENTEL, Alexandre Freire. A instituição do Diário Oficial Eletrônico pelo TJPE e a questão da dilação dos prazos judiciais em comarcas do interior. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 17-30, jan./jun. 2010.

** Artigo recebido em: 18 jul. 2010. Aprovado em: 8 ago. 2010.*

O direito à saúde sob a reforma do possível

Andréa Egizi dos Santos

Bacharela em Direito. Pós-graduanda em Direito do Estado pela Universidade Anhuanguera-UNIDERP. Servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo

O objeto do trabalho é a análise da reserva do possível no tocante ao direito à saúde para demonstrar que este direito não pode ser negado em função desta cláusula. Para tanto, apresentam-se alguns objetivos específicos necessários à conclusão do caminho a ser trilhado. Através de uma breve amostra da desenvoltura do Estado e do capitalismo, juntamente com a manifestação dos conflitos de classes sociais, enfatiza-se a constante busca destas pela garantia de seus direitos. *A posteriori*, apresentar-se-á o funcionamento do serviço de saúde no Brasil, trazendo à tona a aplicação da reserva do possível nas prestações

deste direito. Finalmente, passa-se à visualização do papel do Poder Judiciário nestas questões. Em seqüência, chega-se ao ponto basilar do trabalho, em que é feita a análise dos direitos fundamentais diante de ações propostas pelos particulares, em decorrência da omissão do Estado na prestação do direito à saúde. Pretende-se, aqui, mostrar a distorção na aplicação da reserva do possível, que tem sido usada como tese para ratificar a fuga do dever do Estado no cumprimento de suas obrigações.

Palavras-chaves: Direito fundamental. Reserva do possível. Direito à saúde.

Introdução

Seja pela intrínseca impossibilidade do homem de viver só – caracterizadora da necessidade humana de associação – ou pela reali-

zação de um contrato social no qual os seres humanos se obrigam sob as mesmas condições, a convivência humana impõe a existência de regras que estabeleçam como deve se dar as relações entre os grupos.

Para a efetividade dessas regras, é preciso que elas estejam submetidas a algum tipo de poder, que possa ser eficaz em sua produção, aplicação e julgamento. Neste cenário, tem-se o nascedouro do Estado, dotado de estruturas de poder, comprometido com a garantia da harmonia entre seus pares. Para tanto, apresenta como um de seus objetivos centrais suprir a sociedade de benefícios diversos, a ponto de garantir aos indivíduos um mínimo necessário à sua sobrevivência.

Dentro deste cenário, em função de uma tendência de universalização dos direitos humanos na Constituição, a saúde se eleva à categoria de direito fundamental e o Estado tem o papel de provedor deste.

Como o funcionamento do Estado não aconteceu da forma que seus cidadãos esperavam, surgiram diversas lutas sociais em busca de um aumento quantitativo e qualitativo dos direitos. Diante das diversas crises eclodidas, gerando redução em seu orçamento, o Estado passou a se defender usando a famosa cláusula da reserva do possível para não atender as novas demandas surgidas.

Reserva do possível diz respeito à possibilidade das limitações de ordem econômica afetarem a satisfação da implementação de alguns direitos, sobretudo os sociais. Com esta cláusula, o Poder Público condiciona a efetivação de tais direitos à existência de condições econômicas para sua concretização.

Neste diapasão, este trabalho versa sobre o seguinte tema: “O direito à saúde sob a reserva do possível”. Para alcançar o mérito da questão, objetiva-se a análise da aplicação da reserva do possível no tocante ao direito à saúde para demonstrar que este direito não pode ser negado em função desta cláusula.

Para tanto, serão analisadas doutrinas que versem acerca do papel do Estado. Caberá a este trabalho, também, avaliar a desenvoltura do papel estatal na Alemanha, objetivando embasar o desenvolvimento deste no Brasil. Posteriormente, será sopesado o serviço de saúde neste país e, como não podia deixar de ser, a aplicação da reserva do possível nas suas prestações.

Em sequência, chega-se ao ponto fundamental do trabalho, no qual será discutida como tem sido aplicada a cláusula da reserva do possível na prestação do direito à saúde no Brasil, na tentativa de demonstrar o descabimento desta argumentação no tocante à efetivação deste direito fundamental.

1 Estado providência¹ e sociedade solidária

1.1 Estado-providência: definição

Das várias definições encontradas, a que melhor enquadra o conceito do Estado de bem-estar social é a de Gomes (2006, p.203), que descreve este modelo estatal como o:

Conjunto de serviços e benefícios sociais de alcance universal promovidos pelo Estado com a finalidade de garantir uma certa “harmonia” entre o avanço das forças de mercado e uma relativa estabilidade social, suprindo a sociedade de benefícios sociais que significam segurança aos indivíduos para manterem um mínimo de base material e níveis de padrão de vida, que possam enfrentar os efeitos deletérios de uma estrutura de produção capitalista desenvolvida e excludente.

¹ Os termos Estado de Bem-Estar Social, Estado-Providência e *Welfare State* serão utilizados como sinônimos.

1.2 A busca pela seguridade social através de lutas entre classes

Durante quase 30 anos, as sociedades industriais democráticas desenvolveram-se no âmbito do compromisso Keynesiano², que adequava as relações entre o econômico e o social no quadro de um jogo de soma positiva. Esse modelo estava baseado no desenvolvimento do Estado-providência e na negociação coletiva, sendo aquele que geria as relações entre o Estado e a classe operária.

O capitalismo estava marcado pela contradição entre o desenvolvimento das forças produtivas e as relações de produção, e tendia ao acúmulo do capital. A análise de Marx gira em torno do desenvolvimento do Estado como um meio de desvalorizar o capital. Para ele: “sua queda e a vitória do proletariado são igualmente inevitáveis” (Marx, 2006, p.29). O Estado servia como aparelho de dominação a serviço da burguesia. O poder estatal passou a assumir, cada vez mais, o caráter de poder público organizado para fins de sujeição social, de aparelho de dominação de uma classe.

Nos anos 70, as relações entre Estado e sociedade se tornaram objeto de uma crítica difusa, antes mesmo da crise econômica que marcou essa época. Tal situação fez emergir uma nova visão política, procurando dar uma motivação à recusa do social-estatismo. Assim, surgiram alguns conflitos sociais, que marcaram intimamente a época, visto que o Estado-providência e as negociações coletivas não eram capazes de regular esses fenômenos. Porém, esses apresentavam a característica comum de dimensão coletiva, o que levava à necessidade de um movimento social com desempenho de papel central.

A classe capitalista³, ao perceber a força da produção em massa através de acumulações intensivas, passa a demonstrar interesses em dar

2 Esse modelo tende a desaparecer diante da desestabilização entre os polos econômico e social, uma vez que ele só tinha sentido no contexto de um espaço social homogêneo que pudesse ser apreendido de modo global. O interesse atual passa a não ser apenas no conteúdo da negociação social, mas no seu campo (Rosanvallon, 1997, p.97).

3 A referência à classe capitalista diz respeito aos detentores dos meios de produção.

apoio à ampliação dos “serviços sociais”, uma vez que também estaria sendo beneficiada, pois estaria reduzindo os custos com empregos dos assalariados. Estes, por sua vez, passariam a ficar mais satisfeitos – com o acesso aos benefícios do consumo e dos serviços sociais oferecidos pelo Estado – cooperando cada vez mais com a produção capitalista. Deste modo, capitalistas uniram-se à aristocracia. Como consequência, foram sendo instituídos os sistemas de seguridade social em países como a Alemanha e a Itália, onde a classe trabalhadora foi favorecida com os benefícios.

Com a redução da participação estatal, restrita a garantir a ordem (através da propriedade privada) e a justiça (punindo aqueles que desrespeitassem a ordem da burguesia), renasce a crença de que, com o livre funcionamento dos mercados, o Estado de bem-estar seria prescindível, tendo em vista que os elementos garantidos pelo bem-estar seriam fornecidos pelos próprios mercados, inclusive de forma mais célere, passando o mercado a ser o solucionador de grandes problemas da sociedade. O discurso conservador defende a permuta para o setor privado das atividades que devem ser controladas pelo mercado.

A constituição dos Estados de bem-estar incita várias formas de provocações. Das muitas existentes, diz-se a mais persuasiva aquela que rende às lutas entre classes sociais o mérito da constituição dos sistemas de seguridade social, nomeadamente quando a classe trabalhadora luta por alguns interesses específicos, tais como: melhores oportunidades de saúde, educação e salário. Destarte, o Estado passa a ser encarado como a expressão de lutas pela igualdade, que são travadas no seio da sociedade.

1.2.1 A experiência alemã como Estado de bem-estar social⁴

A Alemanha foi o país que apresentou uma das experiências de maior sucesso, por ter se erguido como um dos principais Estados europeus com uma forma particular que, na opinião de Gomes (2006, p.204), pode ser sintetizado na adoção de uma estratégia de “política de potência e de bem-estar”.

A partir de uma política de Estado bastante sólida, – em que, um dos alicerces principiológicos era o estabelecimento de um nível elevado de educação do seu povo, para que este, com uma estrutura produtiva avançada, pudesse alcançar graus de desenvolvimento que proporcionassem ao país maiores vantagens econômicas e, conseqüentemente, sociais, – a Alemanha foi constituindo um forte sistema de proteção social diante do próprio desenvolvimento das estruturas de produção capitalista.

Neste cenário, diante das pressões sociais, as classes trabalhadoras reagiam e passavam a exigir garantias como participantes desse processo e, assim, as prestações desses serviços foram sendo conquistadas como conseqüência de um alto nível de solidariedade social aos desígnios imperialistas da Alemanha, mais especificamente do século XIX para o XX.

Tendo a Alemanha como modelo, após a década de 1950, mais precisamente no período pós Segunda Guerra Mundial, outros – porém poucos – países passaram a reunir condições suficientes à concretização de um verdadeiro Estado-Providência, vislumbrando uma concepção mais avançada de seus “serviços sociais”.

4 As idéias contidas nos itens 1.2.1 e 1.3 foram apreendidas de autores como Binembojm, Gomes e Rosanvallon.

1.3 *Welfare state* no Brasil

Pelo fato de as histórias de todas as sociedades que já existiram serem caracterizadas pelas constantes lutas de classes – “Luta esta que termina sempre com uma transformação revolucionária ou com a ruína das classes em disputa” (Marx, 2006, p.09) – quando o assunto é o Estado-providência, no Brasil, a situação é bastante delicada pois, neste país, o confronto de classes não chegou a alcançar grandes dimensões.

Em países europeus, nas pequenas ilhas de excelência no hemisfério norte, onde funcionou o Estado de bem-estar, é de fácil percepção a tese de que este modelo de Estado se constituía a partir da luta de classes, onde a classe trabalhadora exerceu um papel ativo na luta contra as conseqüências que estariam por vir devido ao acúmulo do capital. No Brasil, não se organizou um sistema de seguridade social próximo do modelo que ficou conhecido como *welfare state*. Neste país, talvez seja mais coerente “considerar que não se tenha implementado mais do que apenas algumas políticas de bem-estar social” (GOMES, 2006, p. 222).

O Estado brasileiro certamente não se encontra no núcleo do sistema mundial. Não em conseqüência de limitações materiais naturais, mas em virtude do insucesso de estratégias emancipatórias. Por isso, deve ser considerado em sua situação específica. O atraso econômico, a desigualdade social e cultural, além do profundo desnível na distribuição de renda, perpetuados pelos sistemas político e social, devem ser levados em conta na reflexão sobre as estruturas jurídicas e institucionais do Estado brasileiro, em particular a Administração Pública (BUCCI, 2006, p.03).

As camadas mais populares apresentavam pequeno poder de influência política nesses processos e acabavam, juntamente com os demais, a testemunhar essas imposições feitas pelos superiores. A formação deste “Novo Estado”, portanto, não passou de uma ditadura em que as mudanças visavam a transformação do país num contexto capitalista mo-

derno. Desta feita, a classe trabalhadora, ao invés de ser engrandecida, foi sendo mitigada pelo esvaziamento promovido pelo próprio Estado.

Os movimentos sociais, com base numa ampla solidariedade e na tentativa de mitigar a concentração de renda causadora de fortes exclusões sociais, foram emergindo, mas, diante do poder desta supremacia estatal, passaram a ser exterminados, praticamente, em sua origem. As classes trabalhadoras estavam limitadas, ora pela repressão do Estado, ora pela força do capital.

Tentando remodelar o aparelho previdenciário existente, os militares tentaram construir um novo sistema de seguridade social, que acabara por se mostrar inoperante diante da ausência de bases democráticas para sua construção. Não apresentava em seu nascedouro o resultado de uma luta de classes, e sim, um autoritarismo que visava apenas ao preenchimento de protocolos, atendendo a requisitos estabelecidos pelo projeto industrializante.

Outro grande problema surgido com esta atuação militar foi o fato de ele ter sido financiado com crédito externo, o que acabou desencadeando um grande endividamento em divisas estrangeiras, levando o Brasil a não dispor de um sistema de seguridade social de cobertura universal, semelhante aos países europeus. Deste modo, mais uma vez, postergou-se a redistribuição de renda em nome da necessidade do crescimento e desenvolvimento econômico, pois se anunciava que era preciso que o país primeiramente crescesse para depois haver a distribuição. Fato este que ficou conhecido como a “teoria do bolo: deixar o bolo crescer para dividi-lo depois; o bolo não cresceu e dele só comeram os mais próximos e os mais sabidos” (Negreiros, 2001, p.276). Deste modo, o que ainda existia de benefícios sociais, principalmente em termos de educação e saúde, acabou sendo direcionado, em sua quase totalidade, para a demanda das classes médias, gerando mais déficit nas políticas de bem-estar.

Nessa perspectiva, Rosanvallon (1997, p.151) relata que: “o político, que é um *homo economicus*, tem, por finalidade realizar seu objetivo central – ser reeleito – e não maximizar o interesse geral”. Assim, ele busca satis-

fazer uma minoria de eleitores (grupos de pressão), cujo apoio é indispensável, multiplicando as ações de redistribuição e desenvolvendo equipamentos públicos. Dessa forma, estes grupos ficam satisfeitos com o que recebem e “fecham os olhos” diante das realidades globais. Os agentes dos Estados passam a satisfazer seus interesses pessoais e só em segundo plano que se preocupam com a política que a opinião pública espera deles.

Outros fatores corroboraram para o fracasso do novo sistema. Os principais foram: a forte centralização dos novos recursos no Tesouro Nacional e o atraso em seus repasses; cortes expressivos nos valores reais; e a falta de indexação das despesas públicas referentes aos gastos correntes e de investimentos previstos no Orçamento Geral da União (DAIN e SOARES, 1998, p. 49).

O povo brasileiro ainda não tinha despertado para o fato de que a democracia seria o espaço legitimado para a luta por reivindicações sociais. A partir de meados da década de 1990, com o destaque à privatização, é que passa a ser evidente uma reviravolta nas relações entre Estado e sociedade, visando a uma concepção liberal de mercado.

O Estado, por sua vez, tende a ficar cada vez mais distante dos interesses sociais populares. Em contrapartida, cada vez mais aumenta seu poder de intervenção em favor de pequenas minorias (que se tornam maioria quando o assunto é a fração do capital). E, na incessante busca por este capital, o país fortalece suas dívidas com os mercados financeiros, comprometendo o equilíbrio das contas públicas. Assim, as políticas de bem-estar social ficam minimizadas nas organizações sociais e no mercado, diante da tendência do projeto neoliberal: descentralização, terceirização, privatização e flexibilização.

A defasagem que existe entre a taxa de crescimento e o ritmo de desenvolvimento natural das despesas sociais, (...), implicaria uma redução da cobertura social e, portanto, uma privatização crescente. A existência desse fenômeno da defasagem obriga a fazer uma escolha. Recusá-la é aceitar, automaticamente, um aumento mecânico do nível dos descontos obrigatórios. O cenário social estatista enfrentaria graves dificulda-

des financeiras na situação atual, mas, sobretudo, confrontar-se-ia com uma resistência sociológica difusa dificilmente superável. (ROSANVALLON, 1997, p.83).

De qualquer modo, as elites de poder brasileiras não permitiram uma acumulação política de forças e uma participação societária popular, capazes de produzir uma verdadeira ordem democrática. Na verdade, “o problema da relação entre o Estado e a sociedade civil nas sociedades periféricas é tão profundo que resulta numa situação paradoxal em que o Estado do patrimonialismo acaba deixando de ser um instrumento seguro e confiável, mesmo para os interesses das elites” (BUCCI, 2006, p.07).

2 A implicação da reserva do possível na saúde

2.1 Direitos humanos na Constituição Federal de 1988

No Brasil, os direitos humanos econômicos, sociais e culturais manifestaram-se intempestivamente em relação ao cenário internacional. Ainda assim, a Constituição Federal de 1988 é uma das mais avançadas mundialmente no tocante à proteção desses direitos. Desde o seu preâmbulo, a Carta Magna se propõe a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”⁵.

Em seu artigo 3º, seu compromisso é com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como com a erradicação da pobreza e da promoção do bem de todos sem preconceito. No artigo 5º – §1º – demonstrada está a exigibilidade imediata dos direitos fundamentais. Logo, qualquer interpretação que limite a efetivação desses direitos não deve prosperar.

⁵ Com efeito, existem direitos que são nossos apenas por sermos humanos, isto é, inatos aos homens. Então, o poder constituído não tem total disponibilidade ética. Para melhor compreensão, leia-se ADEODATO (2007, P.261-277).

A Lei Maior classifica os direitos fundamentais em cinco grupos, sendo um destes o dos direitos sociais (arts. 6º e 193 e segs.). Diante de sua importância, merece o artigo 6º transcrição literal: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

2.2 Direito fundamental à proteção da saúde

A saúde é um direito que se eleva à categoria de fundamental em função de uma convergência à universalização de direitos humanos na Constituição. Tal direito precisa ser enfrentado com sua autonomia em face do direito à segurança social. O direito à proteção da saúde apresenta-se como dupla face de uma mesma moeda, sendo, simultaneamente, observado como direito de defesa (visando direito a exigir a abstenção de comportamentos que possam lesar a saúde) e como direito social (direito a exigir prestações positivas do Estado).

Os direitos fundamentais sociais definitivos⁶ implicam deveres de prestação positiva, porque resultam de uma ponderação de princípios e valores contrapostos; tais direitos restringem-se aos direitos mínimos, configurando o direito a prestações positivas destinadas a assegurar o mínimo existencial.

Classificados dentro da segunda geração dos direitos humanos – que equivale aos direitos sociais – o direito à proteção da saúde impõe uma ação estatal, exigindo prestações positivas por parte do Estado. É um direito dependente, em grande medida, de uma intervenção do legislador que o concretize e, assim, viabilize a possibilidade do exercício do mesmo direito. A transgressão a estes direitos ocorre com a mera omissão do Estado.

6 Após a ponderação entre vários direitos fundamentais sociais e entre esses e outros valores da Constituição, o indivíduo terá um direito definitivo a uma prestação. Esse é o caso dos direitos mínimos (ALEXY, 2008, p.591).

2.3 Sistema de saúde no Brasil

Os tradicionais quadros dogmáticos, correspondentes à Administração Pública, típica do modelo de um Estado provedor, foram completamente ultrapassados. Em verdade, o modelo de Estado de Bem-Estar teve seu funcionamento apenas em algumas ilhas de excelência no Hemisfério Norte e, por motivos já expostos, não se concretizou como tal no Brasil.

A simples cópia de modelos jurídicos ou a importação de soluções prontas, sem a ponderação de circunstâncias históricas, políticas e econômicas não são suficientes para sanar os problemas da relação entre a Administração Pública e a cidadania, o que não implica em ignorar os modelos estrangeiros. Todavia, esse processo de amadurecimento institucional deve se fazer acompanhar de uma forte cidadania, presente e atuante, em conjunto com a ação administrativa do Estado (BUCCI, 2006, p.10).

No tocante ao serviço gratuito de saúde no Brasil, do ponto de vista das entidades públicas, há 02 (dois) movimentos de sentido contrário que é necessário tomar em consideração para efeitos de redefinição das fronteiras tradicionais do universo público: por um lado, os fenômenos de privatização da Administração Pública, os quais não obstam a que as referidas entidades continuem, em muitos casos, a pertencer ao universo público; por outro, a emergência de uma noção funcional de serviço público.

2.3.1 Reestruturação do serviço de saúde e os fatores de pressão responsáveis pelas necessárias reformas

Onde o Estado era, em simultâneo, o prestador, o financiador e o fiscalizador, hoje existe uma separação entre a prestação dos cuidados de saúde e o respectivo financiamento. Assim pese, embora continuan-

do a atuar, em muitos casos, como operador, a verdade é que o Estado assume essencialmente o papel de garantidor (enquanto financiador) e regulador, através dos contratos que passa a fazer e exige através deles (como forma de regulação).

O Serviço Único de Saúde (SUS), concebido como serviço público prestado por entidades públicas, em termos de universalidade e gratuidade, tem sofrido uma série de alterações diante de uma cadeia de fatores de pressão responsáveis pelas profundas reformas que precisam vir a ser realizadas.

São inúmeros os fatores de pressão. Encaixam-se como exemplos: as alterações de natureza demográfica (relacionadas à longevidade e fenômenos de imigração), pobreza, exclusão social (explicando o reaparecimento de doenças antes julgadas erradicadas e a emergência de novas patologias), alterações de natureza comportamental (consumo de álcool, tabaco, sedentarismo, sexo), que são responsáveis pelo aparecimento de doenças e pela, cada vez maior, relevância da medicina preventiva. Também merecem relevância as alterações de natureza científica e ética, ligadas ao progresso do conhecimento médico, bem como alterações resultantes das novas tecnologias de informação (relação virtual da prestação dos cuidados de saúde).

Perante este novo cenário, tem-se vindo a reconhecer a necessidade de reestruturação da própria Medicina e demais cursos da área de saúde, levando-se em conta os novos desafios éticos e as questões jurídicas envolvidas e se aceita a necessidade absoluta de reciclagem e atualização permanentes igualmente dos médicos. Tudo isso implica, também, repensar a própria relação laboral destes com o hospital e a redefinição das tarefas tradicionalmente repartidas entre eles e os demais profissionais de saúde.

Deve-se repensar a rede tradicional de entidades prestadoras de saúde, apontando-se insuficiências e reconhecer a emergência de uma nova concepção do próprio hospital, enquanto unidade de prestação de cuidados de saúde.

Em seu novo papel, o próprio hospital deve funcionar como reserva, dando-se a prioridade aos outros níveis de prestadores de cuidados de saúde (sobretudo, unidades de menor dimensão, que funcionem junto às populações, estando ligadas em rede, entre si e com o hospital), dando especial relevo à Medicina preventiva. Por outro lado, salienta-se a relevância de sistemas ambulatoriais de prestação de cuidados de saúde fora do hospital, concebendo-se até a possibilidade de sistemas de urgência ao domicílio (que é o que já vem acontecendo nos Programas de Saúde da Família – PSF). Repensa-se a própria estrutura interna do hospital, acentuando-se a necessidade de um trabalho multidisciplinar.

Estorninho (2006) ensina que: “Nas últimas décadas, os fatores de pressão são invocados como principais justificações para a reforma dos sistemas públicos de saúde”. Tais fatores de pressão implicam o alargamento do universo dos destinatários das prestações de cuidados de saúde e o caráter cada vez mais sofisticado e complexo dos meios de diagnóstico e terapêutico disponíveis, envolvendo um brutal aumento de despesas com a saúde.

Com a criação dos sistemas de Segurança Social, alguns cuidados de saúde passaram a ser garantidos através da técnica dos seguros sociais, que assegura a proteção social em face de determinadas vicissitudes, tais como: velhice, desemprego, mas, sobretudo, a doença. Esses sistemas caracterizavam-se: a) pela exigência de prévia filiação, no que diz respeito aos sujeitos beneficiários; b) e pelo financiamento baseado exclusivamente nas contribuições dos trabalhadores.

Passa-se, *a posteriori*, para um sistema qualitativo distinto: um sistema de saúde autônomo, de natureza pública, com vocação universalista e gratuita, assentando em esquemas de financiamento públicos ancorados no sistema fiscal geral, modelo cuja falência se tem vindo a anunciar nas últimas décadas. Um dos desafios da reforma da saúde, como forma de reestruturação deste setor, visa a busca da qualidade e da eficiência, da equidade, da sustentabilidade financeira, da responsabilização e da humanização.

Precisamente em sentido contrário, constituem fatores de pressão (quicá decisivos) sobre o Sistema Único de Saúde (SUS) os constrangimentos financeiros decorrentes da necessidade de controlar a despesa pública e de reduzir o déficit orçamental que tem dominado as finanças públicas brasileiras nos últimos anos.

É necessária uma adequação da dogmática administrativa às evoluções recentes da Administração Pública, o que obriga a repensar os quadros tradicionais moldados em função da realidade que foram, entretanto, completamente ultrapassadas. Na saúde, se opta por formas mais intensas de desempenho de tarefas de serviço público, por entidades privadas; valem novos esquemas de regulação e de fiscalização deste universo de entes (público e privados) prestadores de cuidados de saúde. Universo esse que, comungando de uma nova unidade, é marcado por uma lógica de responsabilidade descentralizada.

Na questão da saúde pública, a saúde preventiva, tratada como direito fundamental pelo art. 196 da Constituição Federal, confundiu-se com a saúde curativa – definida como direito social no art. 6º da Carta Magna, – criando-se um sistema único de saúde que seria universal e gratuito, mas que acabou por transferir para terceiros a responsabilidade do seu financiamento e por empurrar para os planos privados de assistência à classe média, tornando-se utópico e ineficaz. Com efeito, o acesso universal, gratuito e igualitário deste serviço acaba por gerar expectativas inalcançáveis para os cidadãos.

O Estado de Bem Estar-Social, em seu melhor momento, garantia o sistema gratuito de prestações de saúde preventiva ou curativa. Era o que acontecia em países como a Inglaterra, Escandinávia, Cuba e Portugal. Os defensores desta gratuidade de serviços amparam a idéia de que estas prestações são devidas pela receita dos impostos. O ordenamento jurídico brasileiro adotou esse modelo, criando o Sistema Único de Saúde – gratuito e universal – financiado por contribuições sociais sobre o faturamento e o lucro (art. 195, I, CF).

As conseqüências práticas consistem no constante aparecimento das acusações de que médicos e hospitais públicos exigem pagamento ile-

gal, no afastamento da classe médica do sistema público em direção ao seguro privado e na constatação de que os serviços médicos apoiados em técnicas mais refinadas se tornaram mais seletivos em função da riqueza do usuário (...). Isso tudo sem falar na corrupção estimada na vertente dos gastos, principalmente na terceirização fraudulenta. De notar que não se defende a extensão da universalidade do atendimento, mas sua adequação ao sistema realista, em que se mesclam e somem-se as contribuições dos usuários, excluídos os pobres (NEGREIROS, 2001, p.288).

É necessária a busca por soluções diversas que visem superar, pelo menos, parte destas carências sociais. Uma vez que todos têm direito à saúde, é dever da própria coletividade procurar suprir as necessidades de seus membros, buscando o cumprimento dessas normas programáticas, já que, aparentemente, elas não podem ser “exaustivamente” atendidas pelo Estado.

2.4 A implicação da reserva do possível na saúde

As mutações pelas quais todas as sociedades vêm passando é assunto não controvertido nos dias atuais. Diante dos avanços científicos e tecnológicos do mundo, os indivíduos foram se lapidando culturalmente, e buscando cada vez mais o aumento de seus conhecimentos e, conseqüentemente, melhor qualificados estavam para o mercado de trabalho. Contudo, principalmente em países como o Brasil, muitos cidadãos ficam incapacitados de acompanhar estas mutações: ora por falta de iniciativa própria, ora por falta de amparo estatal. Tal situação acaba por deixá-los à margem da sociedade, sem capacidade de proverem a sua própria subsistência.

A análise dos direitos a prestações estatais em sentido estrito necessita de garantia de liberdade fática como pressuposto para o exercício da liberdade jurídica. Assim, os direitos fundamentais expressam princípios que exigem que o indivíduo possa se desenvolver dignamente na

comunidade social. Para ele: se o objetivo dos direitos fundamentais é o desenvolvimento da personalidade humana de forma livre, há necessidade de liberdades fáticas, isto é: devem assegurar também os pressupostos do uso de liberdades jurídicas e, portanto, são não só do poder fazer jurídico, mas também do poder atuar realmente (ALEXY, 2008, p.538).

Por vezes, a prestação de um direito de segunda geração carece da concretização de direitos fundamentais de todas as dimensões. Explica-se a prestação concreta da saúde depende da materialização da liberdade fática, do desenvolvimento pessoal e coletivo e possibilita o pluralismo e o exercício da democracia. Contudo, sua análise teórica é feita sob o prisma da ponderação dos direitos fundamentais a prestações estatais: “verifica-se em que medida tais prestações são asseguradas concretamente como direito fundamental e quais as prerrogativas garantidas para além dessas prestações objeto de direito fundamental” (PEREIRA, 2006, p.272).

Na visão clássica do liberalismo, a sociedade era como que o *locus* da cena social, onde os sujeitos encenavam seus papéis, escritos por si, cabendo ao Estado garantir a normalidade e a possibilidade de cada um escrever e interpretar seu próprio papel. No caso do Brasil, Bucci (2006, p.09) afirma que:

Ainda há muito a caminhar, especialmente nas sociedades periféricas, até se se possa prescindir do Estado como *locus* de decisão política, como espaço de convergência das ações políticas. Ainda mais num país como o Brasil, em que foi o Estado quem criou a nação e a ele incube criar condições para o desenvolvimento da sociedade civil.

Quando se levam em conta as transformações pelas quais as sociedades estão passando, alguns autores, como é o caso do Oliveira Netto (2005, p.03), afirmam que o próprio crescimento da população mundial acarreta “a impossibilidade das estruturas existentes – sejam públicas ou privadas – darem um adequado tratamento aos seus cidadãos que

necessitem do amparo estatal para suprir alguma carência, em relação a qual seu desforço próprio não foi capaz de atender”.

Diante da impossibilidade de o Estado suprir a carência de alguns cidadãos que necessitem do seu amparo, pois ao se extraírem pretensões positivas dos direitos fundamentais, sua concretização passa a demandar emprego de meios financeiros, tais direitos passam a vigor sob a “reserva do possível”: compreende o fornecimento de serviços públicos de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a “reserva do possível” ou conforme autorização orçamentária – evidenciando que a efetividade dos direitos positivos, ao seu turno, demanda a existência de um aparato estatal de prestação, incluindo estrutura física, logística e pessoal, a gerar gastos que devem ser cobertos.

A teoria do alcunhado princípio da reserva do possível é cediço; tem como berço as decisões proferidas pela Corte Federal da Alemanha, pelas quais se sustentou que as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais. Fica a satisfação destes direitos, assim, na pendência da existência de condições materiais – especialmente econômicas – que permitam sua atendibilidade. (OLIVEIRA NETTO, 2005, p.04).

Vaz (2007, p.40) faz uma distinção entre reserva do possível e reserva do financeiramente possível:

Aquela é gênero do qual esta é espécie. Enquanto a reserva do possível diz respeito a todos os eventos formais ou materiais que impedem a concretização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a reserva do financeiramente possível faz referência apenas à eventuais limites orçamentários do Estado.

A insuficiência de possibilidade econômica se apresenta como fronteira necessária à prestação dos direitos fundamentais. Isto significa o abandono da incondicionalidade das prestações de direitos fundamen-

tais. As inevitáveis decisões sobre preferências, sobre o emprego e distribuição dos meios financeiros estatais disponíveis, motivadas pela falta de recursos, passam de ser uma questão de discricionariedade política a uma questão de observância dos direitos fundamentais, mais nomeadamente: de concorrência e conflito de direitos fundamentais. De logo, mostra-se um problema hermenêutico, que se agrava cada vez mais, porque os direitos fundamentais, decifrados conforme o Estado Social, não contêm em si mesmos nenhum critério acerca da extensão da garantia dos pressupostos sociais da sua liberdade.

Acredita-se que somente o fato da legislação deferir prerrogativas aos componentes da sociedade não suscita a obrigação de cumpri-las, por se fazer imperiosa a existência de recursos materiais viabilizando a satisfação de tais direitos.

Os direitos sociais e econômicos dependem da concessão do legislador, o que gera a problemática dos direitos fundamentais e acaba por não gerar por si só a pretensão às prestações positivas do Estado. São revestidos pela forma de normas programáticas e acabam por ficar sujeitos à interposição do legislador, especialmente no que diz respeito ao orçamento público (NEGREIROS, 2001, p.282).

2.5 Direito à saúde e esgotabilidade de recursos

A Constituição Federal (artigo 170) já asseverou que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A substância contida na idéia de justiça social baseia-se, sobretudo, na necessidade de redistribuição de rendas, com a conseqüente proteção aos fracos, aos pobres e aos trabalhadores, sob a diretiva de princípios como os da solidariedade e igualdade.

Para Negreiros (2001, p.277), “A demanda pela justiça social é endereçada à sociedade, que, separada do aparato do governo, é incapaz de agir com propósito específico, o que torna a demanda pela justiça social

um programa que os próprios membros da sociedade organizam e ao qual falta o critério de distribuição justa”. E mais:

A utopia da inesgotabilidade dos recursos públicos perdeu a sua base; a crise financeira e o déficit orçamentário continuado retiraram dos Estados a possibilidade de financiar o desenvolvimento. E mais: a perversidade da ideologia desenvolvimentista enfraqueceu a crença na justiça social (...) O esgotamento das fontes de recursos que alimentaram o Estado Providencial e a impraticabilidade da política de assunção descontrolada de empréstimos públicos, por ter escapado do Estado Nacional o controle dos fluxos de capitais, tornaram inviável o sistema de gratuidade e de desperdício observado no campo da seguridade e dos direitos sociais (NEGREIROS, 2001, p. 309).

Esse embaraço a que foi levado o Estado de Bem-Estar Social fez com que se procurasse um novo equilíbrio político, econômico e financeiro centrado no princípio da solidariedade. E como os demais direitos, os sociais também dependem do liame da fraternidade.

Na Alemanha, fala-se numa nova dimensão estatal, o Estado de Segurança, fundado no princípio da solidariedade, com o que estará superado o paternalismo financeiro e burocrático observado no Estado Social de Direito.

O social brota hoje como demanda de amor ao próximo e como virtude cristã socializada. Contudo, para alguns cidadãos, o próprio direito à vida é negativo, visto que só podem ter uma vida humana digna se acudidos pelo Estado.

Mais uma vez, para entender a situação social peculiar do Brasil e todas as suas implicações jurídicas, é necessário o desapego de modelos abstratos, cunhados sobre a base de experiências europeias ou norte-americanas, inadequados para a apreensão das estruturas particulares de um Estado semiperiférico como o brasileiro, onde os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade de suporte estatal, mais especificamente, no tocante aos bens

essenciais à sobrevivência das populações miseráveis. Nestas sociedades, o que está em risco não é a qualidade de vida, mas a própria vida.

2.6 Reserva do possível como limite à efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais

É indispensável a garantia de padrões mínimos de vida digna para todos. Principalmente em países periféricos, como o Brasil. Neste movimento, a exigibilidade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais mostra-se categoricamente necessária. Trata-se de exigir do Poder Público, estratégias políticas de efetivação desses direitos.

Ademais, é preciso entender que o Estado de Direito possui como requisito fundamental a realização de um Estado Orçamentário, ou seja: o equilíbrio entre receitas e despesas é normatizado pela própria Constituição, sendo o orçamento o instrumento de efetivação desse balanço.

De acordo com a lição de Torres (1995, p.51), “o Estado-Orçamento, que pelo orçamento fixa a receita fiscal e a patrimonial, autoriza a entrega de prestações de educação, saúde, seguridade e transportes e orienta a promoção do desenvolvimento econômico, o equilíbrio da economia e da redistribuição de renda, é um Estado de Planejamento”.

2.7 "Reserva do possível" e reserva do financiamento possível: distinção

Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais são de exigibilidade imediata. Porém, apesar de essencial, não basta dizer que constitui objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e da marginalização para que o problema seja solucionado. Depende de ação estatal. Para a concretização dos Direitos Sociais, faz-se indispensável provisão orçamentária como sendo a primeira consequência da eficácia imediata dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

Ocorre que, muitas vezes, o Estado declara não possuir recursos financeiros para arcar com toda a carência social. Alega-se, com habitualidade, que nem sempre os recursos financeiros se mostram suficientes para suprir todas as demandas por estes direitos.

Daí brota o tema da "reserva do possível", o qual é visualizado, principalmente, no campo das possibilidades financeiras do poder público. Como já visto anteriormente, Vaz (2007, p. 40) fez uma cabível distinção entre a reserva do possível e a reserva do financeiramente possível. Sendo assim, de acordo com o axioma do autor supra, a reserva do possível é plenamente aceitável em hipóteses determinadas já que, por vezes, é impossível dobrar a natureza ou as contingências da vida, mesmo em nome dos direitos humanos.

Coisa diversa é a invocação da reserva do financeiramente possível. Ou seja, argumentar a inexistência de recursos financeiros à efetivação dos direitos humanos. Na verdade, por vezes, o Estado alega que não tem recurso disponível objetivando eximir-se da sua responsabilidade.

Cabe aqui a observação da decisão proferida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Seja pela observância da cláusula da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária (...), não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade coatora que não fornece medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública. A competência para decidir sobre a alocação de recursos cabe, exclusivamente, ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. (Desembargadora ALBERGARIA COSTA – Relatora. Processo nº. 10000064438690000. Publicado no Diário Oficial em 04/07/2007).

Observe-se que, no presente acórdão, a cláusula da reserva do possível e a da reserva de orçamento são evocadas para negar a efetividade ao direito à saúde. Essa parece ser a tendência jurisprudencial.

Ao analisar diversas jurisprudências, Vaz (2007, p. 41) conclui que:

O posicionamento que tem prevalecido é o seguinte: em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram sob uma reserva do financiamento possível, circunstância que enseja tomada de decisão acerca da destinação de recursos públicos. A legitimidade para isso é do Poder Público.

É certo que todos têm direito a um núcleo básico de direitos sociais. Trata-se de núcleos mínimos indispensáveis à fruição de qualquer direito. Porém, a escassez de recursos e de meios para satisfazer esses direitos, mesmo sendo fundamentais, não pode ser desconsiderada. Os limites orçamentários devem ser considerados seriamente.

O Ministro Celso de Mello (STF, 2004, ADPF n° 45-9) referiu em seu voto que: “no âmbito das reflexões econômicas da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca de seu impacto”.

2.8 Cláusula da reserva do possível como pressuposto de planejamento para efetivação do direito à saúde

O que não pode acontecer é a concretude de uma dada prestação apenas no papel, sem que haja meios materiais para sua realização. Tal fato configuraria a frustração do comando constitucional e, ao mesmo tempo, a negativa da efetividade atual do mandamento prescritivo da prestação. Por esta razão, a cláusula da reserva do possível deveria ser trabalhada como condição de efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Não como obstáculo.

Acredita-se que o Estado Democrático de Direito, tal como previsto na CF/88, possui como pressuposto essencial a realização de um Es-

tado Orçamentário. A consonância entre receitas e despesas é normatizada pela própria Constituição, sendo o orçamento a ferramenta de concretização desse equilíbrio.

Se o Estado declara falta de recursos para a concretização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, o deslize é duplo: (a) um caracterizado pela má gestão dos recursos públicos, (b) que acaba por suscitar uma lesão omissiva, explicitada pela inércia na efetivação dos direitos humanos.

Claro que não se trata de exigir a prestação estatal desconsiderando os limites do orçamento. Seria uma suposição irracional em um modelo econômico capitalista. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos – em seu art. XXII – afirma que a efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais deve levar em conta a organização e os recursos de cada país.

Ocorre que a mera alegação da cláusula da reserva do possível não é pretexto para obstaculizar a execução desses direitos. O Poder Público, caso alegue essa cláusula, deve comprovar o tratamento que o direito social lesado está recebendo no orçamento.

O Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p.239) expõe que: “quando o assunto é efetivação das normas acerca da Justiça Social, refere que o descumprimento destas implica a caracterização de crime de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo e que a ofensa ao patrimônio público é passível de resposta mediante ação popular”.

O fato de os recursos serem minguados impõe a obrigação de planejamento para a efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Com este posicionamento, concorda Pereira (2006, p.313):

A reserva do possível consiste numa conjugação entre (i) a razoabilidade da pretensão do particular, (ii) a disponibilidade financeira do Estado e (iii) a aplicação das pautas constitucionais acerca da fixação de prioridades orçamentárias. Assim, não basta a ausência fática de recursos. Deve-se demonstrar que não há recursos porque (a) estes foram alocados para os atendimento de outros interesses mais rele-

vantes e que (b) essa alocação se deu de modo ponderado, de forma que o interesse em questão tenha recebido a máxima atenção possível por parte do Estado.

Nesse ponto, o Administrador não tem discricionariedade. Deve executar o orçamento. Já a liberdade legislativa se resume ao planejamento da aplicação da verba pública via orçamento. Para Vaz (2007, p.47), “a partir daí, a não efetivação desse direito passa a constituir omissão de má-fé do Poder Público, impondo aos administradores conseqüências cíveis, administrativas e criminais”. Por isso, deve se evitar atribuir importância exagerada ao problema da escassez, “uma vez que se trata antes de uma questão de escala de prioridades, não da ausência absoluta de recursos” (PEREIRA, 2006, p.315).

Clève (2006, p.36) corrobora a necessidade da “insistência na tese de que incumbe ao Poder Público consignar peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos contínuo as ações voltadas para sua realização num horizonte de tempo factível”.

Com essa acepção, a cláusula da reserva do financeiramente possível deixa de ser um obstáculo limitador de direitos humanos fundamentais para ser cláusula de planejamento de efetivação desses direitos. O Judiciário passa, pois, à condição de “protagonista da socialização de direitos, cumprindo sua vocação de potencializar, proteger e efetivar os direitos humanos econômicos, sociais e culturais” (VAZ, 2007, p.47).

Não se pode esquecer que, antes de o Estado alegar carência de recursos para promover o tratamento adequado aos cidadãos, existem direitos que são inerentes à natureza humana, prévios ao próprio ordenamento jurídico. Amaral (2001, p.100) ratifica “sob o panorama dos direitos fundamentais, reconhece-se a existência de um valor ontológico residente na dignidade da pessoa humana, não mais se reconhecendo como lícito um *status*, ainda que meramente fático, que negue tal dignidade a quem quer que seja”.

Barcellos (2002, p. 241) sustenta que: “se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados”. Esta advertência inclusive nem precisaria ser feita, uma vez que este foi um dos compromissos firmados pelo Brasil (como foi o caso do Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais) em que os Estados obrigam-se a investirem o máximo de recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seus textos.

No espectro da teoria dos direitos fundamentais do Estado Social, os direitos fundamentais não têm mais apenas um caráter delimitador negativo, mas de facilitadores de prestações sociais pelo Estado. Assim, “deve o Estado procurar os pressupostos sociais necessários para a realização da liberdade dos direitos fundamentais e favorecê-los” (TORRES, 2001, p. 107).

O problema que se coloca ante a execução desses direitos é que a implementação deles carece de recursos financeiros. O direito à saúde, por exemplo, não se solidificará sem ações afirmativas por parte do Estado e da sociedade civil e da sociedade internacional. Essas ações dependem de recursos orçamentários. Deste modo, a tendência é a arguição de falta de recursos financeiros, o que acaba atropelando a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Comparato (2003, p.251) acredita que “a tentativa de identificar um direito subjetivo a prestações estatais positivas esbarra quase sempre na impossibilidade fática de o Estado prover o necessário para atender às pretensões de todos os postulantes”. Todos acabam por se resignar à conclusão de que os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma eficácia limitada, quando comparados com os direitos e liberdades individuais. Em suma, “tornou-se lugar comum na doutrina afirmar que vigoraria nessa matéria o pressuposto implícito da ‘reserva do possível’”. Este mesmo autor acredita numa má aplicação do conceito de reserva do possível:

Embora seja um fato que os recursos são escassos para o atendimento de todas as necessidades postuladas, uma vez que o particular pode fazer algumas obtenções por suas próprias forças, o que é possível é o que o administrado pode razoavelmente pedir do Estado. O que acontece na prática é que “confunde-se impossibilidade com ausência circunstancial de recursos ou com eleição de prioridades sem atenção às pautas constitucionais” (COMPARATO, 2003, p.252).

Não é mais plausível, por parte do Poder Público, a defesa de falta de recursos financeiros para a efetivação desses direitos humanos. A progressividade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais significa indefinição. Nem tampouco poderá se admitir que a mera alegação de escassez de recursos possa significar apologia à não concretização desses direitos.

Nesse sentido, não parece aceitável a alegação da reserva do financeiramente possível como barreira à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por vezes, o Estado alega a ausência de recursos financeiros para efetivar alguns direitos fundamentais. Acontece que “a ausência de disponibilidade de recursos afeta o cumprimento do dever estatal, não a sua existência” (Pereira, 2006, p.315). Ou seja, não nega sua existência nem sua eficácia jurídica. Desta forma, o que o Estado não pode é valer-se de sua torpeza – por ter desrespeitado regras de planejamento orçamentário – para esquivar-se da obrigação de concretizar esse direito social.

Conclusões

Como relatado desde o princípio, este trabalho teve como objeto a análise da reserva do possível no tocante ao direito à saúde, visando demonstrar que este direito não pode ser negado em função desta cláusula.

É fato demonstrado que os países de economia capitalista passaram por diversas transformações que aumentaram consideravelmente as demandas dos Estados. Estes episódios levaram, algumas vezes, à remodelagem do modelo de Estado proposto, como uma consequência

às fortes lutas de classes surgidas. Por vários momentos, os Estados passaram a ver seu orçamento limitado diante de necessidades infinitas.

Com o avanço dos meios tecnológicos e o desenvolvimento de vários fatores de pressão, foram geradas necessidades diversas nos cidadãos que foram se lapidando, culturalmente, buscando aumentar a sua capacidade de obter seus meios de subsistência.

Com efeito, os tradicionais quadros dogmáticos, correspondentes à Administração Pública, típica do modelo de um Estado provedor, foram completamente ultrapassados. Contudo, principalmente em países como o Brasil, onde o desenvolvimento do capitalismo foi tardio, ficou mais difícil verificar a concretização dos direitos fundamentais de base (aqueles ligados ao mínimo existencial). Entende-se que esta falta do amparo deveria ter sido suprida pelo Estado (dentro de suas condições, obviamente!), uma vez que os cidadãos não conseguiriam fazê-la sem ajuda daquele. O que é de fácil percepção, se se comparar o país com a Alemanha, onde o Estado apresentava como meta a educação de seus cidadãos.

Diante desta retração do Estado, foi cada vez mais frequente a argumentação da reserva do possível – diante de sua limitação orçamentária – para desconstituir o dever do Estado na prestação de alguns direitos, dentre eles o direito à saúde, que foi objeto de nosso estudo. Acredita-se que a simples alegação da reserva do possível não é suficiente para restrição dos direitos fundamentais.

A negativa dos direitos em tela tem sido usual como respostas às demandas que chegam ao Judiciário, não acontecendo somente em casos extremos, diante da alegação do orçamento reduzido por parte do Poder Público. Fato este completamente contestável, uma vez que, se assim fosse, não existiriam demandas com eficácia contra a Fazenda Pública, a qual “sempre” está com seu orçamento reduzido. Decerto, a sociedade pode ser mais solidária na prestação de serviço aos seus pares. Porém, o Estado não pode, simplesmente, alegar a reserva do possível sem observar as situações concretas do caso concreto, ignorando-as sem a devida aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Inexistem dúvidas de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido constitucionalmente, e que o Princípio da reserva do possível não visa ao não fornecimento de direitos fundamentais, como tem sido praticado. Muito pelo contrário! Todavia, o que se está consagrando como postura hermenêutica é o seguinte: o cidadão pleiteia um direito social; o Estado alega falta de recurso financeiro e a ausência de previsão orçamentária; o Judiciário tem aceitado esses argumentos e aniquilado direitos humanos consagrados na ordem interna e externa.

As implicações de reconhecimento da cláusula da reserva do financeiramente possível são das mais variadas ordens. Trata-se de limitações de direitos em todas as áreas sociais. Não parece que essa orientação seja a melhor opção hermenêutica para a efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Principalmente em países periféricos, como o Brasil, nos quais, praticamente, não se viveu ainda a fase da socialização de direitos.

Não basta a invocação da cláusula da reserva do possível para que o ente público se livre da ação judicial que reclama por direitos sociais. É preciso que se compreenda que esta cláusula não pode mais servir de argumento para a extinção do feito ou sua inviabilização. Isso significaria a aniquilação do direito social envolvido, notadamente em contradição com a Carta Magna que proíbe expressamente qualquer tipo de abolição aos direitos e garantias individuais.

The right to health under the reserve of the possible

Abstract

The object of this work is the analysis of the reserve as possible regarding the right to health to demonstrate that this right can not be denied on the basis of this clause. Thus, sets out some specific goals needed to complete the path to track. These are: the appointment of doctrines which

relate to the role of the state, from its birth until its enlargement today, so that, by examining the state role in other countries, could be based the development of the Brazilian state. Through a brief sample of the resourcefulness of capitalism along with the manifestation of the conflict of

social classes, we emphasize the constant search for the guarantee of these rights. A posteriori, it will make the functioning health service in Brazil, bringing forth the application of the reserve of the possible benefits of this law. Finally, the assessment of certain amounts jurisprudences the debate that allows the visualization of the role of the judiciary in these matters. In sequence, it is the basic point of work, where is the analysis of fundamental

rights in the face of proposed actions by individuals as a result of the failure of the State in providing the right to health. It is here to show the distortion in the application of the reserve as possible, which has been used as argument for ratifying the escape of the duty of the State in fulfilling its obligations.

Key words: Fundamental right. Subject to possible. Right to health.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo L. (org). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**, n.57-58, p.233/256, 1981.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002

BINEMBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: [s.n.], 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de preceito fundamental n. 45-9. Requerente: Partido político PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 02/05/1996. Disponível em < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em 05/01/2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** 54, São Paulo, a. 14, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAIN, S; SOARES, L.T. A cidadania Multidimensional na era dos Direitos. In: OLIVEIRA, Marco Antônio de. **Reforma do Estado & políticas de emprego no Brasil**. Campinas: Fecamp, 1998.

ESTORNINHO, Maria João. **Organização administrativa da saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino**. [s.l], [s.n], 2006. (no prelo)

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfare state. **Revista de Administração Pública** 40. Rio de Janeiro, a. 02, mar./abr. 2006.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. 16. ed. Tradução. Maria Lucia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mandado de segurança n.1000006443869-0/000. Impetrante: Jorge de Araújo Rodrigues. Autoridade coatora: Secretario de saúde do estado de Minas Gerais. Relatora: Desembargadora Albergaria Costa. Belo Horizonte, 02/05/2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

NEGREIROS, Teresa. A cidadania Multidimensional na era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo L. (org). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997

TORRES, Ricardo L. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** 61, São Paulo, a. 15, out./dez. 2007.

Referência deste artigo

SANTOS, Andréa Egizi dos. O direito à saúde sob a reserva do possível. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 31-62, jan./jun. 2010.

* Artigo recebido em: 26 mar. 2010. Aprovado em: 30 mai. 2010.

A responsabilidade civil dos jornalistas e uma breve análise de alguns posicionamentos jurisprudenciais – Em busca da responsabilização social da imprensa brasileira

Carolina Lucena de Medeiros

Bacharela em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco, e em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Guilherme Graciliano Araújo Lima

Assessor Técnico-Jurídico do Ministério Público de Pernambuco e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE.

Resumo

O trabalho pretende esclarecer a importância do direito à comunicação e à informação, como pilares construtivos de um Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, identificar vetores de responsabilização civil dos jornalistas durante o exercício de sua profissão. A partir de análises jurisprudenciais de casos envolvendo renomados

jornalistas, mostrar-se-á um referencial palpável para entender a importância de um jornalismo responsável e a necessidade imperiosa que levou o STF a revogar a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1957).

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Jornalismo. Direito de comunicação. Direito à informação.

“quem mente antes diz a verdade (...)
Quem são eles? Quem eles pensam que são?”¹

1 Introdução

Em tempos de direito à informação se debatendo profundamente com direitos à imagem, à vida privada, à intimidade e a outros direitos igualmente fundamentais, passam por nossas cabeças e por nossos olhos algumas questões relevantes em casos judiciais, envolvendo os jornalistas nacionais. Em uma infinidade de matérias, das mais diversas naturezas, percebe-se a indispensabilidade da responsabilização civil desses profissionais, e também, por que não dizer, social, sem adentrar no mérito da questão criminal, que também é de grande vulto na mídia brasileira no trato da profissão do repórter.

O mote do presente ensaio é apontar variantes, indicando os pontos mais controversos e mais importantes dos casos concretos coletados, além dos pontos doutrinários de destaque relacionados ao tema, a fim de se ter as bases teóricas mínimas necessárias, e construir argumentos para: 1) entender que o direito de expressão e comunicação, apesar de integrar a classe dos direitos fundamentais, não é absoluto; 2) montar ideias mínimas da necessidade de responsabilizar civilmente os jornalistas no exercício de sua função profissional; e 3) vincular objetivamente o papel da responsabilidade social da imprensa, na manutenção da incolumidade dos indivíduos e da coletividade.

Assim, além da introdução e das conclusões, o trabalho será dividido, metodicamente, em três partes a fim de construir uma base teórica sobre os pontos a serem elucidados, que são basicamente as noções da importância do direito à informação e a sua limitação, assim como da responsabilidade civil no direito positivo brasileiro, de seu histórico, dos seus pressupostos, de suas características e da responsabilidade do jor-

1 Humberto Gessinger

nalista no exercício de sua profissão. Também fará parte deste trabalho apontamentos breves sobre julgados pertinentes à matéria e algumas considerações sobre a necessidade de haver uma imprensa socialmente responsável no cenário nacional atual, tanto nas questões típicas entre os particulares como também nas que envolvam a própria coletividade.

2 Sobre a liberdade de expressão e comunicação

É inegável que, com a evolução dos regimes democráticos, o direito de se expressar livremente ganhou status de direito fundamental, inerente à condição de ser humano e indispensável para a garantia de um sistema político que se diferencie das autocracias e das oligarquias. Deste modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU)², em seu artigo 19, estabeleceu que

todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e procurar, receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios de expressão, independente de fronteiras.

Já a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos³ define o direito à liberdade de expressão como aquele constituído pela liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias, sem consideração de fronteiras e por qualquer meio de transmissão. O artigo 1º da Declaração ainda dispõe que, em todas as suas formas e manifestações, a liberdade de expressão é um direito fundamental e inalienável, intrínseco a todas as pessoas. É considerado um requisito essencial à consolidação e ao de-

2 ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deco-nu/textos/integra.htm>> Acesso em: 05 fev. 2009.

3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<http://cidh.org/Basicos/Portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>> Acesso em: 05 fev. 2009.

envolvimento da democracia e indispensável ao incremento e à proteção dos direitos humanos em geral.

Seguindo a mesma linha, a Constituição brasileira, em vários incisos do seu artigo 5º, assegura o direito fundamental do indivíduo de informar e de expor suas ideias. O inciso IV dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. O inciso IX estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independentemente de censura ou licença”. E, por fim, o inciso XIV garante a todos o acesso à informação, “resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. No Título VIII, a Carta Magna ainda dedica o capítulo V inteiro à comunicação social.

O conceito do direito fundamental relativo à livre e pública divulgação de pensamentos e de notícias, segundo Edilson Farias⁴, é composto por duas liberdades: a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação. A liberdade de expressão tem como objeto a manifestação de pensamentos, ideias, crenças e juízos de valor, enquanto a liberdade de comunicação trata da divulgação pública de fatos ou notícias ocorridos na sociedade.

Farias⁵ ainda ressalta que o conceito de liberdade de comunicação reúne vários direitos fundamentais, dos quais se destacam o direito de informar, o direito de informar-se e o direito de ser informado, todos reconhecidos pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo o autor, o direito fundamental de informar garante ao indivíduo o poder de divulgar fatos ou notícias que sejam do interesse coletivo e é entendido como uma liberdade negativa do Poder Público, que se traduz no dever de não impedir a comunicação realizada pelo titular desta faculdade. Já direito fundamental de se informar corresponde ao livre acesso a todas as fontes de notícias localizadas na sociedade e interessa, primordialmente, àqueles que lidam com a informação

4 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 54.

5 FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 85.

de maneira profissional. Por fim, o direito de ser informado se refere à faculdade de receber informações e, atualmente, constitui um dos aspectos mais enfatizados do processo comunicacional, pois contribui para o desenvolvimento da personalidade e qualifica os indivíduos para participarem, ativamente, da vida coletiva e política.

A importância da divisão entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação, segundo Edilson Farias⁶, está exatamente na delimitação das responsabilidades que decorrem do exercício dessas liberdades. A liberdade de expressão, por ter conteúdo subjetivo e abstrato, não se encontra submetida à comprovação da veracidade dos fatos narrados, ao contrário da liberdade de comunicação, que tem conteúdo objetivo e suscetível ao controle da verdade.

A liberdade de expressão e informação, que atinge o nível máximo de sua proteção quando exercida por profissionais dos meios de comunicação social, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluta, tem limites. Assim, além do limite interno referido da veracidade da informação, a liberdade de expressão e informação deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas opiniões e informações, bem como ainda com outros bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, saúde pública, segurança pública, integridade territorial, etc⁷.

Assim, vê-se que apesar de se tratar de um direito fundamental, a liberdade de comunicação pode sofrer restrição do Poder Público para evitar que outros direitos humanos de terceiros sejam violados. Suiama⁸ afirma que a liberdade de expressão e informação jornalística, por serem princípios constitucionais, podem ser objetos de controle para que possam se harmonizar com outros princípios igualmente fundamentais.

6 Idem, p. 55.

7 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 168-169.

8 SUIAMA, Sérgio. **Ratinho Livre?** Censura liberdade de expressão e colisão de direitos fundamentais na Constituição de 88. Disponível em: <www.cdih.org.br/artigo/ratinholivre.doc> Acesso em: 20 jan. 2009.

Embora o direito de comunicar esteja entre as faculdades mais apreciadas em uma sociedade democrática, Claude-Jean Bertrand⁹ defende que, na maior parte das democracias, os cidadãos têm se mostrado favoráveis ao estabelecimento de limites legais para as atividades da mídia, devido à existência da concepção de que existem outros direitos humanos a serem protegidos além da liberdade de imprensa. Bertrand aponta que essa situação se deve, em grande parte, à atitude desonesta de alguns jornalistas que, devido à sua leviandade, petulância, subserviência e desrespeito às normas, têm contribuído para diminuir o prestígio da imprensa e provocado a antipatia do público em geral.

Em razão desse comportamento de apenas uma parte dos profissionais de comunicação, Bertrand observa que em praticamente todas as democracias eles são tidos em baixa estima. Entretanto, o autor afirma que os jornalistas são imprescindíveis para o aprimoramento da mídia e que uma imprensa de baixa qualidade significa queda de audiência e desinformação do público.

Ademais, Farias¹⁰ assevera que “as informações que não afetam o bem comum e que estão relacionadas com a vida privada, a intimidade e a honra das pessoas amiúde estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade de comunicação”, apesar da concepção existente de que todos os fatos ligados a problemas considerados relevantes da vida social podem ser divulgados. Dentre os direitos que limitam a liberdade de comunicação estão os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, o que significa que os fatos e opiniões que tenham relação com o âmbito da proteção constitucional desses direitos não podem ser levados a público indiscriminadamente.

Os direitos da personalidade à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem constituem limites externos da liberdade de expressão e informação. Entretanto, como esses direitos não estão apenas consagrados

9 BERTRAND, Claude-Jean. **O arsenal da democracia**: sistemas de responsabilização da mídia. Bauru: EDUSC, 2002. passim.

10 FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 84.

pela Constituição Federal como limites daquela liberdade (artigo 220, §1º), mas estão tutelados também como direitos fundamentais em si mesmos (artigo 5º, X); quando esses direitos entram em fricção com a liberdade de expressão e informação, estamos perante a colisão entre próprios direitos fundamentais, cuja solução do confronto se revela um dos problemas nucleares a desafiar a hodierna dogmática sobre os direitos fundamentais.¹¹

A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso X, assevera que são invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, e garante a indenização por danos morais e materiais caso algum desses direitos sejam desrespeitados. Esses direitos, segundo Farias¹², possuem um duplo caráter, pois constituem, ao mesmo tempo, direitos fundamentais, que gozam de proteção especial pelo ordenamento jurídico, e são também considerados direitos da personalidade, que atribuem um poder às pessoas para garantir que a essência de sua personalidade e as suas mais importantes qualidades sejam respeitadas.

Deste modo, vê-se que a liberdade de expressão e comunicação, apesar de considerada requisito essencial para a manutenção do regime democrático e direito inerente a todos os homens, possui limites objetivos que devem ser avaliados em cada caso concreto. Havendo violação ilegítima, a situação deverá ser avaliada de modo a responsabilizar os culpados, não apenas para salvaguardar os direitos infringidos como também para proteger o próprio sistema da utilização abusiva de uma liberdade constitucionalmente assegurada.

11 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 170.

12 FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 130-131.

3 Noções preliminares sobre a responsabilidade civil

De volta à Roma Antiga. O direito romano foi de muita importância para a compreensão da responsabilidade civil dos indivíduos. Tendo como ponto de partida a vingança privada, na qual o mal feito era retribuído com outro mal infligido, figurando um resquício de barbárie e selvageria, Roma deixou um legado instigante e fustigante no que concerne às reparações civis pelos danos causados entre os cidadãos.

Nesse período, não se vislumbrava nenhuma distinção entre o dano e a responsabilização civis e o dano e a responsabilidade criminais, haja vista ser sempre o foco da reparação, exclusivamente, o fato danoso. Não se cogitavam as noções de culpa, de dolo e de intenção no resultado danoso causado pela ação de alguém sobre outro alguém. “Com efeito, a responsabilidade civil, em seus primórdios, tem feição nitidamente objetiva, uma vez que decorria da relação causal existente entre o fato e o dano”.¹³

Todavia, mediante a influência da doutrina, principalmente do direito francês, cresceu a noção de culpa como parâmetro necessário à responsabilidade dos indivíduos. Assim aparecia no mundo jurídico civilista a responsabilidade subjetiva. Mas, a partir do crescimento das trocas comerciais, das relações de consumo e do crescimento da indústria mercantil, aliados ao aumento da complexidade nas relações sociais, a teoria da culpa se mostrou insuficiente para tratar das análises jurídicas sobre a necessidade de reparação nos acidentes civis, voltando à tona mais uma vez a responsabilidade objetiva como tônica da reparação civil.

Antes de tecer comentários acerca das classificações da responsabilidade civil no direito positivo brasileiro, insta acentuar que pesam doutrinariamente como elementos de composição material da necessidade de reparação três requisitos fundamentais, também conhecidos por

13 BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de direito privado**, São Paulo, v. 09, p. 159, 2002.

pressupostos gerais da responsabilização civil: a conduta humana lesiva, seja ela positiva ou negativa, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos.

A responsabilidade civil é classificada, basicamente, pela doutrina brasileira em objetiva ou subjetiva, e contratual ou extracontratual (aquiliana). Subjetiva é a responsabilidade decorrente de um dano causado por ato doloso ou culposo do agente, como expressa o artigo 186 do Código Civil de 2002, ao estipular o cometimento de ato ilícito civil por um indivíduo toda vez que, mediante ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, viole direito e cause danos a outrem. Por sua vez, a responsabilidade objetiva é admitida sem a necessidade de se verificar o dolo ou a culpa do agente, bastando, então, para haver a necessidade da reparação a constatação do dano e da relação causal deste com a conduta do agente.

O sistema de direito positivo brasileiro, através do Código Civil de 2002, adotou a dualidade da problemática,¹⁴ pois além da regra geral do artigo 186, já citado, prescreveu em seu artigo 927 a necessidade de se reparar um dano civil sem a constatação da culpa, isto é, foi firmada, dessa maneira, a concretização da teoria objetiva, nos casos especificados em lei, ou toda vez que se tratar de atividade causadora de potencial risco de dano sobre o direito alheio, normalmente desenvolvida pelo agente. É assim a consagração da teoria objetiva calcada pelo risco.

Também desenvolve a doutrina a classificação sobre a natureza da necessidade de reparação, isto é, se ela repousa sobre uma relação preestabelecida por um contrato, ou se trata de uma regra geral de dever de evitar o dano, referindo-se, respectivamente, à responsabilidade contratual e à extracontratual, também conhecida esta última por responsabilidade aquiliana.¹⁵

14 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – responsabilidade civil**. 6 ed.. São Paulo: Saraiva, 2008. V. III, p. 15.

15 Para uma análise mais antiga da questão, onde, à vigência do código de 1916, analisando a responsabilidade civil aquiliana por cometimento de dano moral, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 3 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 17-19.

Há quem considere que essa distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual está aos poucos sendo abandonada pela doutrina mais moderna, “que nela não vê maior utilidade, fazendo residir o fundamento único da responsabilidade civil no contato social”, caminhando-se, portanto, para uma espécie de unificação do sistema.¹⁶ No entanto, no que pese essa opinião, ainda é bastante presente na doutrina e legislação brasileira a distinção entre a responsabilidade aquiliana e contratual, de modo a optar-se aqui por ainda colocá-la em relevo.

Assim, destaca-se aí, nesta última espécie de classificação, a reparação aquiliana, a desnecessidade de haver cláusula ou contrato escrito para se verificar o dever de reparar, bastando apenas, como entendem alguns doutrinadores,¹⁷ disposições verbais estipuladas entre as partes contraentes.

Nessa esteira, vislumbra-se aqui a responsabilidade civil do jornalista como sendo espécie de responsabilidade objetiva, sobretudo nos termos do artigo 927 do Novo Código Civil, por haver na atividade jornalística risco eminente e inerente de danos ilícitos sobre os direitos de terceiro, assim como sendo também uma responsabilidade aquiliana, pois, via de regra, não há estipulação contratual entre as partes envolvidas quando da existência do dano pela atividade do jornalista. O que pode ser percebido são possíveis ofensas aos direitos constitucionais, também garantidos pelos direitos da personalidade do estatuto substantivo civil, como nos casos de direito à privacidade, à honra, à intimidade e ao nome, dentre outros.

Para arrematar esta seção, vale também gravar que, conforme ensina Pablo Stolze, na responsabilidade civil aquiliana a culpa deve ser provada pela vítima, ao contrário do ocorrente na contratual, na qual é invertido o ônus da prova em desfavor do agente danificador, que, a partir de então, deve buscar meios de comprovar, por exemplo, a

16 AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito e Medicina – aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 138.

17 QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o novo código civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 08.

ausência do nexo causal entre a conduta lesiva e o dano efetivamente sofrido pela vítima.¹⁸

Em sentido contrário a esse se posiciona Ruy Rosado de Aguiar, exigindo a prova por parte do autor na responsabilidade contratual, em que à vítima lesada da ação basta provar existir o contrato, seu inadimplemento e o dano correspondente, incluindo aí o nexo de causalidade, e na extracontratual, além dos requisitos acima colocados, ele também deveria demonstrar a culpa do agente causador do dano.¹⁹

4 A responsabilidade civil do jornalista durante o exercício profissional

A partir de agora, o foco deste trabalho será tecer comentários a respeito de uma visão mais ampla da reparação civil, pelo jornalista, por danos causados durante o exercício de sua atividade e revelar como pode ser interessante a análise de alguns casos concretos.

Embora a Lei de Imprensa²⁰, isto é, a antiga lei nº 5.250/1957, em seu artigo 49, *caput*, quisesse indicar o referencial subjetivo da responsabilização civil do jornalista, com a necessidade de comprovação da culpa ou do dolo do agente, não será defendida a mesma posição no presente trabalho. A responsabilidade da atividade de repórter, por ser uma atividade causadora de potencial risco de dano sobre o direito alheio, com a possibilidade de atingir a esfera íntima dos indivíduos, sua reputação social, fama, relações de intimidade e de privacidade, será entendida como caso de responsabilidade civil objetiva, descrita no artigo 927 do Código Civil de 2002.

Assim, não obstante o pensamento contrário defendido pela revogada Lei de Imprensa, a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva,

18 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Ob. cit. p. 18.

19 AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Ob. cit. p. 139.

20 No julgamento da ADPF-130 o STF declarou não ser recepcionada a Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, em abril de 2009, por sete votos a quatro, tendo como relator o ministro Carlos Ayres Britto, e foram os vencidos os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

que imputa ao autor do dano a necessidade de reparar sem a constatação de sua intenção de culpa, bastando apenas a verificação do risco potencial próprio da atividade do agente, deve ser também aplicada aos jornalistas. Isto devido ao fato de a atividade jornalística, por si só, ser potencial causadora de danos inmensuráveis aos cidadãos mais comuns, em virtude do grande alcance que suas opiniões atingem no seio da sociedade.²¹

A questão se torna bastante interessante na medida em que, adotando também a desnecessidade de comprovação da culpa ou do dolo do agente, nos autos do processo de indenização do dano moral da vítima, ocorrido diante do prejuízo causado no âmago da subjetividade do indivíduo,²² pode-se chegar à seguinte conclusão: para haver a responsabilização civil por um prejuízo danoso afeto à vítima, causado pelo jornalista, é prescindível tanto a culpa, em sentido lato, do profissional, como a prova do dano pelo afetado. Isto é, nesses casos específicos de dano moral, basta a constatação de que o fato se derivou da atividade regular do jornalismo que, por si só, é potencialmente danosa à esfera particular do indivíduo; a existência do dano moral, que em razão de sua subjetividade não precisa ser comprovado; e do nexo de causalidade entre a atividade jornalística danosa e o dano moral efetivamente gerado.

Essa perspectiva se encaixa, perfeitamente, na questão do dano moral, justamente por serem muito frágeis seus meios de prova, porém, nos casos de dano material, entende-se pela necessidade de comprovação fática e jurídica da lesão, quando da tentativa de responsabilização.

Antes de apresentar alguns casos de certa relevância, discutindo sobre a responsabilidade do jornalista durante a sua atividade profissional,

21 Embora os argumentos de que existindo lei específica imputando responsabilidade civil ao jornalista, e aí nesse sentido pode-se destacar decisão do STJ configurada no REsp n. 154.837/RJ – 3ª Turma, v.u., j. 10.11.1998, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 16.8.1999. p. 73, para tanto cf. BARRETTO, Carlos Roberto. **Lei de imprensa interpretada pelos tribunais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 344, afastando então a norma geral do Código Civil para os casos de reparação por atividade jornalística, mantém-se aqui o pensamento de ser desnecessária a comprovação de dolo ou culpa para responsabilizar o dano efetuado pelo jornalista, em virtude da natureza de risco de sua profissão.

22 STJ, REsp n. 121.757/RJ, 4ª Turma, v.u., j. 26.10.1999, Re. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 8.3.2000. p. 117, in: BARRETTO, Carlos Roberto. Ob. cit. p. 347.

cumprir observar a distinção entre a necessidade de reparar do jornalista, profissional e individual, e a responsabilidade do veículo da informação. Embora os casos práticos demonstrem que o autor de ação indenizatória costuma enquadrar na figura do réu tanto o jornalista quanto o meio de veiculação da notícia, perfazendo então um litisconsórcio passivo, a responsabilização de cada uma dessas figuras pode, e será, no âmbito específico desse trabalho, atenuadamente separada.

Adota-se esse argumento da distinção entre a responsabilidade do veículo e a do jornalista autor da matéria, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao se aclarar que uma vez identificado o autor da matéria danosa, pode o autor do processo indenizatório contra ele investir diretamente, sem prejuízo de acionar o veículo propagador da informação, conforme se depreende no REsp. n. 122.862/RJ, 3ª Turma, v.u., j. 03.03.1998, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 26.10.1998, p. 112. Todavia, é importante ressaltar que a Jurisprudência do STJ, nesses casos, também não exclui a responsabilidade da empresa jornalística em via regressiva, neste sentido: REsp 57033/RS, 3ª Turma, v.u., j. 10.11.1997, Rel. Eduardo Ribeiro, DJU 20.04.1998, p. 73.

Acurar-se-á um pouco mais o lado prático da questão a partir de agora. Muitos são os casos passíveis de serem analisados pelo presente trabalho, mas para evitar a fadiga e a demasiada extensão do ensaio, serão enfocadas a alguns considerados mais relevantes, relevância esta oriunda do ponto de vista puramente fático e comum da realidade da sociedade brasileira, envolvendo agentes da mídia e do meio comunicativo influente do país.

A princípio, cumpre observar que, entendendo haver violação do princípio da informação responsável no exercício do jornalismo e decretando a obrigação civil de reparar danos causados em vítimas materiais, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná vem privilegiando a moderação do profissional da imprensa no trato da verdade a ser buscada e transmitida, sendo essa mesma verdade o dever máximo de preocupação do profissional da imprensa. Como já destaca Carlos

Roberto Barreto, é importante não esquecer que “ser jornalista não é só saber escrever; é também, antes, saber como escrever”.²³

Nesse diapasão, vale entender a verdade como a obrigação principal a ser almejada no mister do jornalismo, e não qualquer verdade, mas, carregando o entendimento de Edilson Pereira de Farias²⁴, a verdade como um dever de diligência e atenção cuidadosa no processo de divulgação em massa das informações construídas ou coletadas.

Em algumas situações, o Poder Judiciário, reconhecendo o comprometimento do jornalismo com a verdade dos fatos, a verdade diligente e cuidadosa, fidedigna ao ocorrido, ainda que sobre o plano inicial das investigações, ou seja, ainda nas fases iniciais de inquérito policial ou do próprio processo, propugna pela possibilidade de comunicação e liberdade da imprensa. Esse foi o caminho trilhado pelo STJ no REsp 984.803/ES, em recurso ajuizado pela Rede Globo contra Helio de Oliveira Dorea, nos seguintes termos fundamentais:

O **jornalista** tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detêm poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la à morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

(...)

A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre

23 BARRETTO, Carlos Roberto. Ob. cit. p. 345.

24 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 91.

o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente. Recurso especial provido.

Ainda na mesma pegada prática, se demonstrará como interessante é a problemática envolvendo o famoso colunista da revista *Veja*, Diogo Mainardi, no exercício de sua profissão. O caso mais recente envolve Paulo Henrique Amorim, também jornalista. Julgando recurso de apelação cível, nº 567.106.4/4-00, no qual este recorreu da sentença de primeiro grau prolatada em seu desfavor, o colunista de *Veja* foi condenado pela Quinta Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, a pagar junto com a Editora Abril, também ocupando a posição de ré no processo, o montante de 500 (quinhentos) salários mínimos a título de danos morais. Nesta decisão, a colenda turma invoca o artigo 927 do Novo Código Civil para dar provimento ao apelo do ofendido, em virtude do dano causado pelo jornalista de *Veja* no exercício da atividade profissional. Por esse exemplo pode-se observar que a jurisprudência já vem adotando a ideia aqui defendida da aplicação da responsabilidade civil objetiva baseada no risco da atividade desenvolvida pela Imprensa.

No caso envolvendo Franklin Martins e Diogo Mainardi, foi também determinada a condenação deste último ao pagamento de trinta mil reais àquele, determinado pelo juízo da 2ª Vara Cível, da comarca do Rio de Janeiro, nos autos do processo 2006.001.076179-2. Tal condenação ocorreu em virtude da coluna publicada na edição da revista *Veja*, em 19 de abril de 2006, na qual Mainardi afirma que Franklin Martins haveria realizado tráfico de influência para conseguir cargos públicos em benefício de parentes. O réu, conforme sustentou a decisão, não provou sua inocência, restando então evidenciado o seu dever de indenizar em razão de sua publicação na suprarreferida revista.

O caso de maior vulto é o que envolve, no polo ativo da demanda, o jornalista Mino Carta e revista *Carta Capital* e, no polo passivo, Diogo Mainardi e a revista *Veja*. Em ação de indenização por danos morais, pro-

cesso nº 583.11.2006.109845-6, em sentença proferida pela juíza da comarca de São Paulo, Camila de Jesus Gonçalves de Pacífico, foi estabelecida a condenação de Diogo Mainardi junto com a Editora Abril, responsável pela publicação da revista *Veja*, imputando aos réus a reparação por danos morais no valor de trinta e cinco mil reais. Em suas alegações, os autores aduziram que, nas edições nº 1934 e nº 1955, da revista *Veja*, publicadas em sete de dezembro de 2005 e dez de maio de 2006, respectivamente, foram divulgadas matérias ofensivas sob os títulos de "Observatório da Imprensa" e "O Mensalão da Imprensa". De acordo com os autores da ação, na primeira matéria o colunista Diogo Mainardi teria afirmado que Mino Carta estaria contaminado pela parcialidade de defender ardorosamente o governo Lula e, na segunda, que o articulista da Carta Capital teria sido comparado a alguém que vende sua ideologia e independência, aceitando se calar em troca de dinheiro, nos mesmos moldes dos políticos envolvidos no escândalo do mensalão.

Com base na doutrina de Bruno Miragem, a juíza responsável pelo processo invocou os deveres da imprensa e do jornalista no trato de sua atividade profissional, destacando a necessidade de observar deveres específicos, constitutivos de limitações objetivas ao seu exercício, a saber, o dever geral de cuidado, o dever de veracidade e o dever de pertinência. Abaixo, um trecho da sentença proferida:

O dano está comprovado, uma vez que as opiniões construídas pelo réu e divulgadas em periódico da ré são negativas e ofensivas à honra e à reputação. Mas, tal somente ocorre em relação ao autor, uma vez que em relação à autora os comentários do articulista não ultrapassaram os limites da legalidade. De fato, a emissão de opinião de comprometimento de um veículo de comunicação com determinada corrente política, baseada em número de anúncios, não é suficiente para macular a imagem da revista perante seu público consumidor.

(...)

Assim, o dano moral reconhecido refere-se, exclusivamente, ao autor e decorre de ter sido apontado como subordinado a Carlos Jereissa-

ti e comparado aos deputados envolvidos no mensalão. As duas afirmações foram suficientes para caracterizar a violação da honra, pois divulgaram o autor como alguém de convicções frágeis e pouco comprometido com valores, influenciado por interesses de terceiro e por dinheiro. Tal importa em especial relevância, considerando a profissão e a atividade do autor, caracterizando um dano de razoável extensão. Em outras palavras, em que pese as ofensas terem sido proferidas em parte diminuta dos artigos, o dano não guarda a mesma proporção, considerando a atividade do autor e a gravidade das ofensas. De fato, as expressões utilizadas e divulgadas pelos réus têm o condão de abalar a honra e a imagem da pessoa. Se é verdade que a esfera de proteção da intimidade do homem público é menor, em razão do interesse comum por sua atividade, não menos verdadeiro o maior potencial ofensivo de violação desta esfera, na medida em que conta com a credibilidade dos leitores. No mais, a indenização pelo dano moral também tem caráter punitivo e pedagógico, de desestimular a reiteração da conduta ilícita, concluindo-se definitivamente pela reparação.

Outro caso de relevância também importa destacar, e dessa feita envolvendo o Ministério Público Federal de Sergipe e o colunista Diogo Mainardi, não em uma ação de indenização comum, como as explicitadas acima, e sim uma ação civil pública, processo nº 2007.85.00.000415-6. Nesta ação civil, o MPF objetivou a condenação dos requeridos, Mainardi e Editora Abril, a uma indenização de duzentos mil reais por danos morais causados à coletividade nacional, a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Entre outras razões, invoca o Ministério Público Federal que, em coluna publicada na edição da *Veja*, do dia dezenove de janeiro de 2005, o jornalista réu, ao se referir ao Presidente da PETROBRÁS, José Eduardo Dutra, fez afirmações de cunho preconceituoso asseverando que “Dutra não tem passado empresarial. Fez carreira como sindicalista da CUT e senador do PT pelo estado de Sergipe. Não sei o que é pior (...)”. Desta vez, o juízo federal entendeu não haver preconceito nas palavras do colunista, absolvendo-o no processo da indenização, assim com a editora da revista *Veja*, e julgou a ação improcedente com a respectiva análise do mérito.

Ainda outro caso de relevância é julgado na apelação cível nº 352.988-4/5-00, Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Mathias Coltro. São Paulo, SP, 07 mai. 2008, no Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual a jornalista é condenada por ofender durante o exercício de sua profissão a moral do político Paulo Maluf.

No caso Luciano Américo Galvão Filho, juiz estadual, e TV Pajuçara e Ricardo Mota, integrando o pólo passivo da ação indenizatória – REsp 719.592/AL, Rel. Jorge Scartezzini, 4ª Turma do STJ, entendeu-se pelo não provimento de indenização ao recorrente por se constatar o exercício regular do direito à informação ao divulgar informações, amplamente noticiadas na mídia nacional, sobre a condução de processo baseado em inquérito policial que investigava crimes de prostituição infantil no estado de Alagoas. Não houve excesso no dever de informar, apenas se constatando o *animus narrandi*; esse foi o entendimento daquele Tribunal.

Pois bem, a prática da questão está longe de ser terminada e determinada, principalmente em tempos como os atuais, em que a velocidade da informação, a proliferação dos veículos de comunicação e as discussões sobre a profissão do repórter, como a necessidade ou não de se ter um diploma, são tão salientes. É preciso ficar atento às decisões judiciais no tocante à responsabilização do jornalista pelas opiniões difundidas durante a sua atuação profissional e, assim, construir bons alicerces jurídicos e sociais para buscar no Poder Judiciário a justa e devida reparação pelos danos causados por esses profissionais, toda vez que ultrapassarem os seus limites de verdade e de retidão como orientadores da comunicação social.

5 Conclusão

A partir das observações feitas ao longo deste trabalho, é possível inferir que a liberdade de comunicação, apesar de possuir status de direito fundamental essencial à concretização da democracia, não é um direito absoluto, podendo sofrer restrições a fim de que sejam respeita-

dos outros direitos também constitucionalmente protegidos. O direito à livre manifestação do pensamento não pode ferir o direito à imagem e à honra das pessoas, devendo, portanto, sofrer limites de acordo com os fatos que se apresentam nos casos concretos.

Como se pode observar, o trabalho do jornalista é de fundamental importância para a divulgação das mais diversas ideias e fatos que ocorrem na sociedade, o que requer, então, um maior cuidado por parte deste profissional. Tal responsabilidade, durante a prática do jornalismo, se dá em função da necessidade de garantir que a população receba a informação de maneira correta, por ser basicamente através da mídia que as pessoas têm conhecimento da maioria dos acontecimentos que têm o condão de interferir diretamente em suas vidas, como para prevenir danos irreparáveis, resultantes da divulgação de matérias com incorreções. Neste último caso, o cuidado maior necessário durante a escolha das opiniões que serão divulgadas pela mídia se deve à grande repercussão que as opiniões divulgadas pela imprensa alcançam dentro da sociedade.

Deste modo, não parecia adequado o entendimento esposado pela revogada Lei de Imprensa, que determinava a responsabilidade civil subjetiva do jornalista em relação aos danos decorrentes de sua atividade profissional, o que implicaria a necessidade de comprovação do dolo e da culpa do agente para a imputação do ilícito. Conforme foi demonstrado no decorrer deste trabalho, o melhor caminho a ser seguido em casos de ofensa a direitos da personalidade, em virtude de matérias jornalísticas, parece ser a responsabilização civil objetiva, de acordo com artigo 927 do Novo Código Civil. Tal dispositivo se aplica bem ao caso, pois, como verificado anteriormente, a atividade jornalística implica, por sua própria natureza, riscos a direitos alheios, não devendo haver a necessidade de a vítima de dano moral provar o dolo ou a culpa do jornalista responsável pela matéria ofensiva.

Todavia, alcançando as vias conclusivas do presente ensaio, é interessante ressaltar que, de acordo com os exemplos demonstrados, a jurisprudência pátria já vem se manifestando em prol do reconhecimento

da responsabilidade civil objetiva dos profissionais do jornalismo em relação a danos morais, contrariamente à disposição explícita da antiga e enterrada Lei de Imprensa. Assim, com a declaração da inconstitucionalidade da citada norma pelo STF, está aberto o espaço para que o legislador pátrio possa regulamentar mais adequadamente o exercício do jornalismo, de modo a evitar os danos causados pela atuação “irresponsável” de alguns profissionais da área.

Journalists civil liability and a soon fast analysis about a few cases law – in search of brazilian press social responsabilization

Abstract

This essay intends to enlighten the significance of communication and information right, such as constructive sustainers of Democratic State Law, as well as to recognize directions to hold journalists accountable for their acts during their office exercise. From law cases analysis involving renowned

journalists, it is built a plausible system of references to understand the importance and the masterful need that led STF to revoke old Press Act (Act nº 5.250/1957).

Key words: Civil liability. Journalism. Communication right. Information right.

Referências

AGUIAR JR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito e Medicina – aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARRETO, Carlos Roberto. **Lei de imprensa interpretada pelos tribunais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BERTRAND, Claude-Jean. **O arsenal da democracia: sistemas de responsabilização da mídia**. Bauru: EDUSC, 2002.

BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 9, 2002.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<http://cidh.org/Basicos/Portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>> Acesso em: 05 fev. 2009.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

_____. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, – responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. III.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acesso em: 05 fev. 2009.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o novo código civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUIAMA, Sérgio. **Ratinho Livre?** Censura liberdade de expressão e colisão de direitos fundamentais na constituição de 88. Disponível em: <www.cdh.org.br/artigo/ratinholivre.doc> Acesso em: 20 jan. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 3 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

Referência deste artigo

MEDEIROS, Carolina Lucena de; LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. A responsabilidade civil dos jornalistas e uma breve análise de alguns posicionamentos jurisprudenciais – Em busca da responsabilização social da Imprensa brasileira. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 63-84, jan./jun. 2010.

* *Artigo recebido em: 5 abr. 2010. Aprovado em: 19 mai. 2010.*

Preclusão no Direito Processual Civil – Faculdade ou obrigação? – ônus ou sanção?

Custódio Feitoza Amorim

Advogado, Professor, Especialista em Direito Processual pela Faculdade Maurício de Nassau. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

Resumo

A natureza jurídica da preclusão no Direito Processual Civil é discutida no presente artigo, realçando-se os efeitos da perda de oportunidade de produção do ato processual, como um ônus processual, diferente de sanção. Afirma-se a oportunidade da prática de um ato pela parte como faculdade

e considera-se uma contradição confundi-la com obrigação, ratificando-se as teorias de Chiovenda sobre a preclusão e de Carnelutti em relação a ônus processual.

Palavras-chaves: Preclusão. Faculdade. Obrigação e Sanção.

1 Introdução

A resposta as indagações contidas no título do presente artigo, poderia a princípio, afigurar-se numa descabida pretensão. Isto, se a proposta de responder de modo evidente as questões suscitadas, não estivessem fortemente apoiadas na doutrina de grandes processualistas, cientistas da ciência processual. Essas fontes permitiram fincar a argumentação, de modo a tornar claro o debate, hoje cada vez mais discutido sobre a natureza jurídica da preclusão, seu conceito, seus efeitos, sua abrangência e efetividade na prestação da tutela jurídica processual.

Como reflexo das palavras de Carlos Alberto Carmona¹ considera-se que:

as reformas do Código de Processo Civil, a crise do processo e a crise do Poder Judiciário têm provocado um aumento extraordinário do interesse dos operadores no estudo dos temas mais importantes do Direito Processual. Torna-se necessário, diante desta onda renovatória que permeia os últimos 15 anos, um exame cada vez mais profundo dos institutos que estão à base do movimento reformista, para compreender a extensão e a utilidade das inovações que vão sendo impostas pelo legislador.

Nas formas do processo romano-canônico, que foi a fonte do nosso, como afirma Eduardo Couture,² a preclusão aparece como uma espécie de ameaça jurídica: as defesas tinham de ser opostas todas juntas ‘*sob pena de preclusão*’. A preclusão como pena e sanção têm sido aceitas de forma incontestada na jurisprudência, sendo comum, nas decisões dos tribunais, a utilização da expressão “sob pena de preclusão ou PRECLUSÃO. SANÇÃO IMPOSTA À PARTE”, passando-se uma noção do instituto da preclusão em sentido oposto ao conceituado na Ciência do Direito Processual.

Os descaminhos e desvios percorridos neste sentido levaram o professor Fredie Didier Jr.³ a propor uma nova categoria de preclusão, qual seja: a preclusão sanção decorrente de ato ilícito. *Data venia*, não se pode concordar com esta pressuposição, em virtude de se contrapor a coerência adotada pelo ordenamento jurídico, de não se admitir antinomias. Como se pode aceitar que um mesmo princípio tenha eficácia ao mesmo tempo, afirmativa e negativa, sendo lícito e ilícito, sem que se negue a contradição como elemento constitutivo do Direito Processual Civil?

1 CARMONA, Carlos Alberto, coordenador do livro de Heitor Vitor Mendonça Sica. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

2 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 92-93.

3 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. 1, p. 280

Nessa perspectiva traz-se a tona os conceitos de Chiovenda sobre o instituto da preclusão, a faculdade como elemento imperativo na atividade processual das partes, a preclusão como exercício de um direito e, a idéia de perda, efeitos e ônus processual.

Como fundamento do direito de ação, na perspectiva do direito subjetivo, a posição de Carnelelutti é abordado com destaque para sua conceituação de perda e ônus processual, conseqüência do direito oportunizado às partes na defesa de seus interesses, contrariamente a noção de dever e obrigação.

No terceiro momento, passa-se a analisar os exemplos que são ofertados pelo Professor Fredie Didier Jr., na formulação de seu juízo, naquilo que é o fundamento de sua conceituação de preclusão sanção, como *decorrente de ato ilícito*.

Na conclusão do presente artigo, procura-se fundamentar o fenômeno da preclusão como conseqüência, efeito e resultado da prática ou não de certos atos processuais, essenciais para a marcha do processo a que estão submetidos às partes e órgão do Poder Judiciário na solução da lide posta e, a entrega do direito substancial pretendido na efetiva prestação da tutela jurisdicional.

2 Conceito de preclusão de Guiseppe Chiovenda

Não resta dúvida que Chiovenda foi o primeiro a dar distinção e conceituar a preclusão diferentemente de coisa julgada, extraiu da expressão a noção de *poena preclusi* e estabeleceu os contornos próprios de um instituto processual. Localizando, inicialmente, a preclusão dentro do ordenamento jurídico e justificando a ordem legal dos atos processuais, expressou:

... El ordenamiento jurídico no se limita a regular cada una de las diferentes actuaciones procesales, su forma y su conjunto, sino que regula su sucesión en la relación procesal; de aquí nace un orden legal em los actos procesales. Lo que se propone el legislador es dar la mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva

*de los derechos y garantizar su rápida ejecución. Pero más eficazmente atiende a ese fin mediante la institución de la preclusión.*⁴

Ao contemplar a preclusão como fenômeno inserido no ordenamento jurídico e este regulando os atos processuais capazes de garantir, “precisão ao processo e assegurar sua rápida execução”, Chiovenda aponta para celeridade que é uma das quatro vertentes que constituem o princípio da economia processual.⁵ Ressalta a precisão e rapidez dos atos judiciais através dos limites onde além dos mesmos já não se pode exercitar essas faculdades. Para ele:

*Todo proceso, cual más, cual menos, y también por consiguiente, el nuestro, para asegurar la precisión y la rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia siguiente: fuera de esos límites esas facultades ya no pueden ejercitarse.*⁶

Em seguida ele expõe a essência da preclusão nos atos em que ela incide, porém estes atos têm em comum um único elemento, no qual reside a essência da preclusão, isto é: a perda, ou extinção, ou caducidade, de uma faculdade processual pelo fato de haver-se alcançado os limites prescrito em lei para seu exercício⁷, passando a conceituar:

...entiendo por preclusión la pérdida, o extinción o caducidad de una facultad procesal, que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; [preclusão temporal] b) o por haberse realizado un acto incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o la realización de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; [preclusão lógica] c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (consumación propiamente dicha); [preclusão consumativa].⁸ [grifo nosso].

4 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940. v. III, p. 277.

5 PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 171.

6 CHIOVENDA, op. cit., v. III. p. 277-278.

7 Idem, p. 278.

8 Idem, p. 278.

Chiovenda relata, que o que proporcionou para ele o ponto de partida sobre a conceituação a que chegou, foram os autores alemães, principalmente as idéias de OSKAR BÜLOW, na obra *Civilprozessualische Fiktionen und Arbeiten*. Ali se analisam alguns casos importantes de preclusão. Mas a maior utilidade do estudo das preclusões está em haver permitido diferenciar coisas distintas, e uma instituição de outras; visto que todos sabem que a diferenciação figura entre as tarefas essenciais e mais fecundas de toda investigação científica.⁹

Antônio Alberto Alves Barbosa, interpretando a conceituação de Chiovenda afirma que a preclusão “é o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo” e isto tornam impossível a prática de atos fora das formas convencionadas, ou do momento oportuno, não podendo ser contrários à lógica, assim como, praticados uma vez válida ou invalidamente são atingidos pela consumação, não se repetindo o mesmo na mesma relação processual.¹⁰

2.1 A faculdade como atividade processual das partes

Andrioli, *apud* Antônio Alberto Alves Barbosa,¹¹ expõe a mudança doutrinária ocorrida com o trabalho de Bülow, permitindo uma nova fase nos estudos processuais. Ao substituir a concepção contratualística do fenômeno do juízo, toda fundada no dogma da vontade, por outra baseada numa visão objetiva das coisas. Ele sustenta que:

o contumaz não viola uma obrigação de comparecer, que não existe – apenas não exercita o direito de defender-se, e, por isso, suporta as conseqüências danosas decorrentes; o réu que não opõe exceção de incompetência do juízo, nem por isso consente tacitamente em ser julgado por um magistrado incompetente – apenas não exercita, tempestivamente, o direito de contestar a competência do juiz.

9 Idem, p. 279

10 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da Preclusão Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 124

11 Idem, p. 27-28

O professor José de Moura Rocha,¹² caracterizando o interesse no Processo civil das partes e do Estado, aduz: “Se as partes possuem ‘interesse’, também possui o Estado. O processo surge como equacionante dos mesmos interesses que podemos chamar de privado e estatal”.

A esta concepção privado e estatal se insurge Cernelutti, por não admitir que o processo civil desempenhe uma função de interesse privado, mas diferentemente, uma função do interesse público, aduz:¹³

Antes de tudo, é preciso não confundir o interesse das partes com o interesse privado. O interesse de uma parte noprocesso civil, pode ser francamente público. (...) Em segundo lugar, está o erro ao pensar que o processo civil funciona em interesse das partes. O processo civil se desenvolve, não no interesse das partes, e sim por meio do interesse das mesmas. O interesse das partes é um meio, em virtude do qual se realiza a finalidade pública do processo, ou em outras palavras, o interesse no conflito é aproveitado para a composição do conflito. (...) A finalidade das partes é ter razão, a finalidade do processo é dar a razão a quem tenha (...) que se dê razão a quem tenha, não é um interesse das partes, e sim um interesse da sociedade inteira. Portanto, não é o processo que serve às partes, e sim as partes ao processo.

O professor José de Moura Rocha esclarece os fundamentos dos interesses das partes através do processo, com os dispositivos interpostos pelo Direito objetivo:¹⁴

Quando o Estado impediu ou proibiu a auto defesa, possibilitou, aos particulares, meios de que pudessem dispor para pleitear a satisfação dos seus interesses. Para a regulamentação destes meios, postos a disposição das partes, é que surgiram as **formas** a que se estenderam, desde logo, os **termos**. Estas **formas** e estes **termos**, devendo ser uti-

12 ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Recife. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959.p. 11.

13 CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I, p. 337.

14 ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Recife. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959. p. 16.

lizados pelas partes, aparecem, desta maneira, como aspectos objetivos. Contudo, não sendo eles bastantes, seguiram-se-lhes as **obrigações** e os **ônus**. Estes já, não como aspectos objetivos e sim como subjetivos”.

A esta regulamentação dos meios postos a disposição das partes o Direito objetivo teria que criar instrumentos, como bem se expressa Carnelutti, no delicado mecanismo das preclusões.¹⁵ É, portanto a preclusão que imprime ordem, disciplina e dinâmica a atividade das partes, facultando-lhes oportunidades de acelerar a marcha processual, através do exercício dos atos que se lhes impõem, na forma e no tempo previsto pelo ordenamento jurídico processual.

Cristina Ferraz ao fazer referência aos princípios da ordem legal e da eventualidade considera a preclusão como algo inerente ao processo e, relacionando-a com a faculdade das partes e o poder do juiz, afirma:¹⁶ “... a preclusão *torna factível a aplicação dos princípios da ordenação legal e da eventualidade*, garantindo com isso a delimitação do litígio”. Através dos meios de ataque e defesa, impulsiona a marcha processual rumo à composição da lide. Passa então, a constituir em objeto da preclusão tanto as faculdades das partes como o poder do juiz.

2.2 Perda, efeitos e ônus processual

O Dicionário Houaiss¹⁷ aponta como acepção jurídica do termo perda: “privação de algo, seja por extravio, destruição, apreensão ou falta de produção, de que decorre, materialmente, prejuízo ou diminuição de valor no patrimônio de alguém” e aponta como antônimo: “benefício, ganho,...”

15 CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I, p. 445 e 484.

16 FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento**: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 47

17 HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2.184.

José Frederico Marques conceituando preclusão afirma:¹⁸ Sob o ponto de vista objetivo, a preclusão é um fato impeditivo, destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Do ponto de vista subjetivo, é a perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto.

É sob o manto do direito subjetivo, que se pode obter uma inferência do termo perda no Processo Civil. A percuciente aceção jurídica apontada por Antônio Houaiss vem ao encontro do entendimento sedimentado na doutrina a partir de Chiovenda, quando aponta o efeito da preclusão como perda de uma oportunidade, de uma faculdade, do não exercício de um ato para o qual a parte detinha o poder autônomo de exercê-lo, mas não o fez por inércia, imperícia, imprudência, desatenção aos efeitos da preclusão na marcha processual.

Ao se confrontar o efeito com a causa, sendo conceitos antitéticos, pode-se extrair de Antônio Houaiss o sentido de causa como:¹⁹ razão de ser; explicação, motivo e, como antônimo: consequência, efeito, resultado, seqüela. É esta aceção de causa que produz um efeito preclusivo na atividade da parte, existe uma explicação, um motivo, de sua total responsabilidade, possibilitando o fenômeno da preclusão como resultado, seqüela e prejuízo.

Antônio Alves Barbosa²⁰, em nota de rodapé, aponta alguns exemplos significativos para demonstrar o ônus da parte: “Considera-se adotado o princípio da preclusão quando cabe às partes apresentar deduções em determinada ordem ou no momento processual estabelecido:

É ônus da parte instruir a inicial, ou a resposta, com os documentos que a lei considere fonte única (= documentos essenciais), ou alternativa (=documentos fundamentais), de prova do fato ou fatos alegados (art. 396). Depois, admite-se a juntada de documentos novos (art. 397),

18 MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas, Millennium, 1999. v. II, p. 347.

19 HOUAISS, op. cit., p. 657.

20 BARBOSA, op. cit. ·

ou daqueles que não puderam ser juntados antes, por motivo de força maior (art. 517, a fortiori), mas ouvida sempre a parte contrária, sobre a admissibilidade da juntada (art. 398), bem como sobre a autenticidade material (art. 390), ou intelectual, e a pertinência do documento.

São exemplos da movimentação das partes no processo, previstos no Direito objetivo processual, que acarretam as preclusões. Lembrando da lição do Professor José de Moura Rocha²¹: “Ademais, tenhamos presente que a preclusão não se refere ao direito diretamente. Sim ao seu exercício, à faculdade”. É justamente o não exercício dessa faculdade que ocasiona a perda, os efeitos da preclusão o ônus processual.

3 O conceito de ônus na visão de Carnelutti

Carnelutti ao conceituar o direito subjetivo explicita que a situação jurídica ativa, consiste no pronunciamento de um interesse, efetuado por meio de uma medida jurídica:²²

Quando a medida adotada for uma sanção, pode suceder que o predomínio do interesse esteja garantido pelo Direito, sob dependência da vontade de seu titular, de tal modo que a obrigação exista não apenas em virtude do mandato jurídico e sim também da vontade do titular do interesse garantido. Em tal caso, ao prevalecimento de um interesse obtido por meio de um poder atribuído à vontade do interessado, corresponde a subordinação de um interesse obtido por meio de um vínculo da vontade de seu titular. Assim sendo, frente à noção da obrigação encontra-se a do Direito subjetivo que é, exatamente, um poder atribuído à vontade de uma pessoa para o prevalecimento do seu interesse.

O Mestre deixa claro que mesmo na sanção, a obrigação existe como mandamento jurídico, mas condicionada à vontade do seu titular, pre-

21 ROCHA, op. cit. p. 181.

22 CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. I, p. 76.

valecendo no direito subjetivo o interesse dependente da vontade. E adiante ele enfatiza que:²³ “é necessário, em vista das reflexões feitas, entender por Direito subjetivo o interesse cuja tutela depende, não apenas em parte, como totalmente, da vontade do interessado”.

A esta liberdade o Direito impõe limites onde a doutrina de Carnelutti torna claro que:²⁴

O Direito limita a liberdade, mas não a suprime, exatamente porque ao limitá-la, e enquanto a limita, a garante. Fora do Direito, o homem tem uma liberdade ilimitada, mas apenas a pode desfrutar enquanto seja capaz de defendê-la da invasão alheia; dentro do Direito, a área de sua liberdade diminui, mas em compensação, a que lhe resta lhe vem custodiada.

E, após esta assertiva complementa:²⁵

A possibilidade de realização no campo da liberdade se chama *faculdade*. Neste sentido, *faculdade é a antítese manifesta de obrigação* [grifo nosso], visto que ao tratar de faculdade, a parte tem liberdade para agir como lhe convier, mas quando se tratar de obrigação só faz como deve. Portanto: ...”o Direito subjetivo é, exatamente, um interesse protegido por meio de uma faculdade.

Torna-se necessário, para uma compreensão distintiva dos conceitos de obrigação e faculdade, a abordagem de Carnelutti, para que se perceba a diferença entre uma e outra, com os consectários entre “dever” e “ônus”, como elementos do direito subjetivo das partes no Processo Civil. Neste sentido é de lapidar clareza o que afirma Carnelutti:²⁶

Falo de ônus, quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter determinada vantagem; por isso o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse. Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo

23 CARNELUTTI, v. I, p. 77.

24 CARNELUTTI, v. I, p. 117.

25 CARNELUTTI, v. I, p. 117.

26 CARNELUTTI, v. I, p. 119

da vontade; mas diferem no elemento substancial, porque quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se tratar do ônus.

A preclusão como instituto caracterizado por Chiovenda, no sentido de perda e ônus, não tem sido adotado pela maioria das decisões dos tribunais, que continuam considerando a preclusão como pena. Para Cristina Ferraz:²⁷ “Apesar de sugestivo, *preclusão* não significa penalidade ou sanção. A preclusão decorre de *ônus*, não de *obrigação*”. Portanto, em sua grande maioria, os atos pertinentes às partes no processo consistem em ônus, decorrente da *faculdade* que às mesmas assiste na produção desses atos processuais, conforme o procedimento ao qual estejam submetidas podendo gerar conseqüências desvantajosas à parte, mas não *violação* ao direito.

Nesta perspectiva Carnelutti já afirmava que:²⁸

...a ordem jurídica tem necessidade de que a parte faça atuar o processo para composição do litígio. [...] Mas fazer do poder da parte um dever estaria realmente em conflito com a razão de sua intervenção que é, como vimos, um interesse no litígio.

E adiante ele continua:

Além disso, a dificuldade da comprovação acerca de cumprimento da obrigação seria tal que converteria em conflito absurdo um ordenamento do processo fundado sob um dever e não sob um direito de ação da parte. A harmonia e o equilíbrio do processo civil repousam exatamente sobre a antítese do poder direito da parte e do poder dever do juiz.

Os conceitos de direito e dever são como já se percebe, conceitos antagônicos, contrários, antitéticos, não podendo ser confundidos numa mesma relação jurídica, quando a atividade prática da parte resume-se à

27 FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento**: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49.

28 CARNELUTTI, v. II, p.116

faculdade de exercer o seu direito e não obrigação, ela sofrerá o ônus se não praticar o ato que lhe é facultado e não sanção.

Carnelutti identifica a atividade da parte no Processo Civil, quanto ao direito de ação, esclarecendo que:

À parte não se lhe coloca, por exemplo, na opção de escolher entre o exercício da ação e de uma pena, mas tem sempre uma escolha que fazer: ou provocar o processo ou resignar-se a perder a tutela de seu interesse. Esta apreciação econômica, que precede sempre a um exercício da ação, constitui o segredo do seu dinamismo. Em virtude dessa apreciação econômica, o poder da parte se converte em ônus: a parte tende a valer-se de seu poder, se quiser que se lhe proporcione uma determinada utilidade.

De igual forma, pode-se pensar que na preclusão a faculdade se converte em ônus e não em sanção, ficando claro que o ato a ser praticado pela parte, segundo a doutrina de Carnelutti, fica adstrito à sua vontade, como consequência do direito de ação.

4 Preclusão, como sanção decorrente da prática de um ato ilícito

A noção de preclusão decorrente da prática de um ato ilícito vem sendo defendida pelo o jurista Fredie Didier Jr., afirmando que:²⁹

A classificação, conforme apontado por Chiovenda, é feita com base no *fato gerador* (fato jurídico) da preclusão (perda do prazo, ato incompatível e exercício do poder). A preclusão nesta classificação, é efeito jurídico que decorreria sempre da prática de atos *lícitos* ou em razão de um ato-fato lícito. Exatamente por causa disso, a doutrina costuma relacionar a preclusão ao ônus processual e repelir a identificação do instituto com a *sanção* (consequência da prática de ato ilícito).

29 DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. I, p. 280

Segundo o autor:³⁰ “Sucedem que é possível cogitar de *preclusão* decorrente da prática de um *ato ilícito*”. A partir deste raciocínio o autor considera: “c) *Ato ilícito caducificante*, ato contrário ao direito, que conduz à perda de um poder/faculdade processual”. Através do argumento dado ele conclui que: “Há, então, *quatro* espécies de *preclusão*, classificadas de acordo com o respectivo fato jurídico: *temporal, consumativa, lógica e punitiva*”.

O autor dentro desta perspectiva reforça:³¹ “Conforme foi advertido, é possível que a *preclusão* decorra da prática de um ato ilícito. Neste caso, a *preclusão* terá natureza jurídica de *sanção*.” (...) O ponto de partida do autor, como já mencionado, não seria de *ato lícito*, o que leva a uma concepção de obrigação e faculdade decorrente de *ato lícito e ilícito*, que são conceitos antitéticos, considerando a mesma relação jurídica.

Fredie Didier cita:³² “Há alguns exemplos no direito positivo, em que se vislumbra a perda de um poder processual (*preclusão*), como *sanção* decorrente da prática de um ato *ilícito*”:

a) Perda da situação jurídica de inventariante, em razão da ocorrência dos ilícitos apontados no art. 995 do CPC;

No exemplo dado, as obrigações do inventariante abrangem os dispositivos do art. 991 a 994 e mesmo considerando ilícitos, segundo Theotonio Negrão, em nota ao art. 995 afirma que: “não é exaustiva a enumeração do art. 995 do CPC, nada impedindo que outras causas que denotem deslealdade, improbidade, ou outros vícios, sejam válidas para a remoção do inventariante” (RTJ 94/738 e RP 25/318). No mesmo sentido JTJ 192/205”.³³ Ora, não se pode analisar o artigo citado sem considerar todos os compromissos assumidos pelo inventariante, visto na ótica de Theotônio Negrão como vícios que podem motivar

30 Idem, p. 281.

31 DIDIER Jr, op. cit., p. 284

32 Idem, p. 284

33 NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA. José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 35.ed. ed. atual. até 13 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 997-998.

a remoção do mesmo. O art. 996 afirma que: requerida a remoção o inventariante tem prazo para se defender e que só após a defesa o juiz decidirá segundo o que dispõe o art. 997.

A configuração de *preclusão por ato ilícito* como exemplificada pelo autor, não leva em conta a natureza jurídica da preclusão. Sobre obrigação Eduardo Couture assim se pronuncia: ³⁴

Quando se diz que a obrigação é um vínculo imposto à vontade, põe-se em relevo a circunstância de que existe uma liberdade jurídica de cumprir ou deixar de cumprir a obrigação. Entretanto, é evidente que a atitude de não cumprimento da obrigação traduz-se em conseqüências prejudiciais. (...) Todo indivíduo é livre para agir ou não agir, assumindo as conseqüências dos seus próprios atos. (...) Em direito processual, não existe outra imperatividade coativa, afora a de fazer recair sobre os indivíduos as conseqüências gravosas de suas ações ou omissões.

Fica evidente que o exemplo colacionado não indica de forma peremptória a tese de uma preclusão por ato ilícito. Além do mais, constituiu-se em contradição afirmar que a preclusão decorre ao mesmo tempo de uma faculdade e uma obrigação, visto que o autor não deixa claro, como suporte fático, se decorre de uma sanção ou um ônus processual.

b) a confissão ficta, decorrente do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art.343, § 2º, CPC), que é considerado um dever da parte feita, como decorrência de um ilícito (descumprimento de um dever processual);

O dispositivo fala em pena de confissão, que é efeito da perda do exercício de defesa, no caso, que continua sendo uma faculdade da parte, porque contida no seu direito subjetivo. Pontes de Miranda,³⁵ em seus comentários afirma que no caso da confissão ficta:

34 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 87.

35 [MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil (Art. 343)**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo IV, p. 309.

a presunção é a de serem verdadeiros os fatos alegados contra o *confitente*. Mas a ficção, a presunção, a cominação, não vai além da realidade, de modo que, havendo prova contrária no processo, o seu valor se reduz. (...) A confissão *ficta* somente gera presunção *iuris tantum*: assim, tal presunção, por ser relativa, cede à prova documental contrária,...

Chiovenda ao tratar da confissão ficta, no item que fala da *ficta confessio* e demais conseqüências da falta de defesa, afirma que³⁶ alguns tem visto na *ficta confessio* a sanção do pretendido dever de *contestar*. Porém se historicamente esta norma surgiu como medida coativa (*poena confessi*), tem mudado hoje absolutamente de significado, podendo ser explicado desta maneira:

El Estado tiende a la definición de los litigios por el medio más rápido y con el menor gasto posible de actividad procesal. Esto no puede impedirle garantizar a las partes la máxima libertad de defensa; pero cuando la parte, voluntariamente (esto es, no forzada por impedimento legítimo), no hace uso de su derecho de defensa, el Estado prefiere que los hechos alegados por el contrario se tengan sin más por admitidos sin afrontar la serie de actuaciones necesaria para su prueba. Pero ello no lo hace ni para castigar al contumaz ni para obligarle a comparecer o a contestar, sino con el solo objeto de librarse del modo más expedito, a si mismo y a la sociedad, de la litis pendiente.

Considerando a lição de Chiovenda, mesmo neste caso, a parte é convocada a comparecer não por um dever, mas como uma faculdade de seu direito de defesa. Portanto, não é coerente o exemplo para caracterizar a preclusão como sanção, bem como, o não comparecimento da parte, já está consignado no dispositivo como *pena de confissão*, o que caracteriza a perda de uma oportunidade de defesa.

36 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. v. III, p. 80-81:

c) o excesso de prazo não-justificado autoriza a perda da competência do magistrado para processar e julgar a causa (art. 198 do CPC)

O autor concebe que a “perda da competência do magistrado para processar e julgar a causa é uma preclusão que decorre da prática de um ato ilícito”? Considera-se um equívoco, dada a natureza jurídica da preclusão como efeito, conseqüência ou perda de uma oportunidade processual, principalmente para a parte que tem interesse na prática do ato, que arcará com o *onus* se não o praticar. O juiz tem o poder dever na direção do processo, não poderá ser equiparado aos interesses que movem as partes.

Heitor Vitor nos faz o seguinte alerta:

É preciso, no entanto evitar o exagero: dizer simplesmente que a preclusão atinge não só as faculdades das partes, mas também os poderes do juiz, como se tudo fosse apenas um fenômeno, implica ignorar completamente as diferenças existentes entre as posições jurídicas assumidas por este, em comparação às posições ocupadas por aquelas. Com essa corrente afirmação, passa-se à falsa impressão de que o juiz atuaria no processo também em busca de interesses próprios, sob a carga de ônus, o que evidentemente é uma falácia inescusável.³⁷

d) constatada a prática de atentado (ilícito processual), perde-se o direito de falar nos autos, até a purgação dos efeitos do ilícito (art. 881 do CPC)

O autor cria com este exemplo uma nova modalidade de preclusão: “preclusão provisória”, visto que ela terá o efeito preclusivo *até a purgação dos efeitos do ilícito*. Admitir esta hipótese seria considerar o instituto da preclusão como uma contradição processual, uma antinomia positivada

37 SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo. Atlas, 2006. p. 107-108.



ou não. Isto porque, para comprovar sua tese o autor lança mão de exemplos que negam o instituto da preclusão.

Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros, afirmam que:³⁸

O instituto da *preclusão* liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar ao seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a *perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual*; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão.

Adiante os autores tornam claro a questão levantada por Fredie Didier:

A preclusão não é *sanção*. Não provém de ilícito, mas de incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação de um interesse. Seus efeitos confinam-se à relação processual e exaurem-se no processo.

5 Conclusões

Na conclusão do presente artigo, consolida-se o fenômeno da preclusão como consequência, efeito e resultado da prática ou não de certos atos processuais, essenciais para a marcha do processo, a que estão submetidos às partes e órgão do Poder Judiciário, na solução da lide posta, para entrega do direito substancial pretendido, com a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

38 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 328.

A exposição doutrinária empreendida pretendeu esclarecer através das citações daqueles que sistematizaram o fenômeno da preclusão, no âmbito do Direito Processual Civil, como instituto principiológico, de maneira que se constitui também em uma técnica no ordenamento do processo. O professor Fredie Didier Jr. afirma:³⁹ “A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e, pois, para a delimitação das regras que compõem o formalismo processual”.

Conceituar a preclusão na realidade torna-se uma tarefa árdua, apesar das inúmeras afirmações doutrinárias da preclusão como princípio, instituto e técnica. Aceitas as categorias definidas por Chiovenda: em temporal, lógica e consumativa, torna-se evidente que as formas apontam para um tipo de efeito produzido no processo, que atinge a parte que deveria praticar o ato de seu interesse processual, bem como, o órgão judicial, na limitação de seu poder-dever na condução de processo.

Pontes de Miranda⁴⁰ ao fazer referência à nulidade contida no art. 245 do CPC, afirma que a falta de argüição da mesma produz a preclusão do direito. O que vem reafirmar a posição de Chiovenda ao assinalar que na perda de uma faculdade há na realidade a perda de um direito. Carnelutti, como já referenciado, considera este direito subjetivo contrário à noção de obrigação, visto que, conta com o interesse da parte, caracterizando a preclusão como consequência e ônus e não uma obrigação que implique em um ilícito, o ato não exercido pela parte, lembrando que para ele, a *faculdade é a antítese manifesta de obrigação*.

Portanto, reafirma-se a posição de Chiovenda da preclusão como, a perda, extinção ou caducidade de uma faculdade processual. É na realidade um fenômeno da prática processual a que indiferentemente de sua positivação como regra, todo processo há que admiti-la como princípio norteador da atividade das partes e do órgão judicial.

39 DIDIER Jr., op. cit., p. 279.

40 MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil (Art. 245)**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo III, p. 37

Isto posto, não se pode admitir a preclusão como pena e muito menos como sanção, mas levando em consideração a assertiva de Antônio do Passo Cabral:⁴¹ “a irreversibilidade tendencial dos atos do processo faz com que a preclusão seja uma consequência principiológica, natural ao procedimento.” Deste modo, é importante não se deixar levar pela onda renovatória que propaga-se na doutrina, gerando verdadeira insegurança jurídica a atividade processual, com consequências nocivas a entrega efetiva da tutela jurisdicional.

Preclusion in Civil Procedural Law – Faculty or Obligation? – Liens or Sanction?

Abstract

The legal nature of preclusion in the civil procedural law is discussed in this article, highlighting the effects of lost opportunity for production of the procedural act as a procedural liens, unlike penalty. Affirm the opportunity to practice an act by the party as faculties and considers

himself a contradiction confused with obligation, to reaffirm Chiovenda's theories about preclusion and Carnelutti's about procedural burden.

Key words: Preclusion. Faculties. Obligation and Sanction.

41 CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro. Forense, 2009. p. 261.

Referências

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da Preclusão Processual Civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto, coordenador do livro de Heitor Vitor Mendonça Sica. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. I, p. 280.

FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento**: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HOUAISS, Antônio ; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Instituto Antônio Houais de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999. v. II.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil (art. 343)**. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tomo IV.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 35. ed. atual. até 13 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Recife. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

Referência deste artigo

AMORIM, Custódio Feitoza. Preclusão no Direito Processual Civil – Faculdade ou obrigação? – ônus ou sanção? **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 85-106, jan./jun. 2010.

** Artigo recebido em: 22 jun. 2010. Aprovado em: 15 jul. 2010.*

Direitos autorais na internet

Ednalva Germano da Silva

Analista Judiciária do Tribunal Regional Federal – 5ª Região.
Bibliotecária e pós-graduada em Informação
Tecnológica pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Bacharela em Direito.

Resumo

Pesquisa bibliográfica que analisa a polêmica que envolve a internet e os direitos autorais. Conceitua a internet, sua origem e funcionamento. No âmbito dos direitos autorais, a internet tem provocado uma violação em massa dos direitos morais e patrimoniais dos criadores intelectuais. Paralelamente, a sociedade da informação apregoa o livre acesso ao conhecimento. Trata-se de um conflito entre direitos humanos fundamentais de difícil solução jurídica. A legislação internacional e nacional não

tem acompanhado à rápida expansão da internet na busca de um equilíbrio entre esses princípios. Elenca algumas iniciativas internacionais que buscam equilibrar os direitos autorais e o livre acesso à informação. Tais iniciativas apontam para uma maior flexibilização dos direitos do autor privilegiando o livre acesso ao conhecimento.

Palavras-chaves: Direitos autorais. Direito digital. Direitos Fundamentais. Internet.

Introdução

A internet rompeu as fronteiras territoriais entre os países e interligou pessoas de todas as raças, culturas e povos: o elemento espaço e tempo foram superados. Através dela, a apregoada criação de uma Aldeia Global por McLuhan, sociólogo canadense, foi concretizada.

A internet alterou profundamente as formas de comércio e de tributação, as relações humanas, expandiu os crimes cibernéticos e, principalmente, alterou os paradigmas dos direitos autorais. A revolução tecnológica da informação ampliou os meios de comunicação de massa e tem provocado uma série de reflexões sobre os limites dos direitos autorais. Nesse século, a reprodução de obras em suportes físicos já não mais ocupa o âmago da problemática dos direitos autorais.

A falsa idéia que as obras disponibilizadas através da internet são de domínio público tem causado grandes prejuízos patrimoniais e morais aos criadores de obras intelectuais. A sociedade da informação apregoa o livre acesso ao conhecimento e ao mesmo tempo faz-se necessário à proteção da criação intelectual do autor. Eis um conflito de difícil equacionamento.

O Direito deve acompanhar as mudanças sociais, culturais e comportamentais da sociedade globalizada e tentar adequar às normas jurídicas a essa nova realidade. Partindo-se dessa premissa, a escolha do tema deste artigo deu-se pela curiosidade da autora em se aprofundar sobre os conflitos entre os direitos autorais e a internet (livre acesso à informação) e o papel do Direito para encontrar o equilíbrio jurídico entre esses dois direitos fundamentais.

Este artigo resultou de uma pesquisa bibliográfica em diversas fontes: livros, periódicos e em textos publicados na internet; essa tem se mostrado uma ferramenta importantíssima para a coleta de informações sobre temas diversos, desde textos doutrinários até jurisprudências dos tribunais.

A disposição desse tema ficou estruturada da seguinte maneira: expusemos os conceitos de internet e o seu desenvolvimento ao longo da história, diferenciando-a da World Wide Web (www). Foram explicados como a internet tem proporcionado a violação dos direitos autorais e quais as soluções, na esfera nacional e internacional, para a solução desses conflitos. O maior desafio tem sido à busca do equilíbrio entre a liberdade de informação e os direitos autorais.



Dentre os Direitos de Propriedade Intelectual, não nos detivemos aos programas de computadores, nem ao direito industrial (marcas e patentes). Não esgotamos os debates sobre direitos autorais na internet, mas colecionamos o que há de mais atual nas discussões técnicas e jurídicas envolvendo esse tema.

1 Direitos autorais na internet

Antes de adentrarmos no tema deste artigo, vejamos como é conceituado o direito do autor:

[...] é o conjunto de prerrogativas jurídicas atribuídas, com exclusividade, aos autores e titulares de direitos sobre obras intelectuais (literárias, científicas e artísticas) para opor-se a todo atentado contra estas prerrogativas exclusivas, como também os que são direitos conexos (intérprete ou executante, produtores fonográficos e empresa de radiodifusão) aos direitos do autor, aos quais, para efeitos legais, aplicar-se-ão as normas relativas aos direitos de autor.¹

A partir desse conceito de direitos autorais verificamos a presença de dois sujeitos: o ativo, que é o autor e o passivo, representado pelos usuários de sua produção intelectual que poderão ser os leitores, ouvintes de músicas, telespectadores de filmes e espetáculos e usuários da rede mundial de computadores (internet). O objeto direto do direito autoral compreende o direito moral e o direito patrimonial, esses considerados elementos essenciais desse direito.

O direito autoral tem natureza jurídica *sui generis*, pois ele possui características de direito pessoal e de direito real, o que ensejaria a criação de uma quarta subdivisão aos direitos dos indivíduos: a intelectual, posição defendida por Pimenta². O art. 3.º da LDA define a natureza

1 PIMENTA, Eduardo; PIMENTA, Rui Caldas. **Dos crimes contra a propriedade intelectual**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 29.

2 *Ibid.*, p. 33.

jurídica do direito autoral como bem móvel, com as características do direito pessoal e do direito real.

1.1 A Internet, sua origem e conceitos

A internet, sem dúvidas, tem provocado a maior revolução de todos os tempos nas esferas política, comercial, cultural e jurídica. Através dela, os limites territoriais e culturais foram transpostos e não há mais fronteiras para a comunicação.

Antes de apresentarmos os diversos conceitos de internet, convém traçarmos sua breve origem histórica. A internet surgiu nos Estados Unidos, no final dos anos 60, como um projeto militar, denominado de ARPANET, com o objetivo de “[...] estabelecer um sistema de informações descentralizado e independente de Washington, para que a comunicação entre os cientistas e engenheiros militares resistisse a um eventual ataque à capital americana durante a Guerra Fria.”³

Essa rede era fechada e só tinham acesso os funcionários do Departamento de Defesa dos EUA. No início dos anos 80, a ARPANET evoluiu de tal forma que foi criada outra rede para as informações militares: a MILNET. Isso possibilitou que a ARPANET fosse usada para a troca de informações sem cunho militar. Apenas em 1987, a já denominada INTERNET foi liberada para o uso comercial nos Estados Unidos. A partir daí, ela passou a crescer e ser disseminada por todo o mundo.⁴

Em território brasileiro, a internet chegou em 1988 e sua utilização estava restrita as universidades e centros de pesquisas. A comercialização de seu acesso pelas empresas denominadas de “provedores” se deu a partir de julho de 1995. Em 1998, o acesso à internet havia crescido assustadoramente atingindo 3,4 milhões de habitantes.⁵ Tal crescimento é decorrente de recursos e das facilidades de acesso e transmissão: o

3 ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. **Consulex: revista jurídica**, Brasília, v.2, p. 52, dez. 1998.

4 ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa, 1998, p. 52.

5 *Ibid.*, loc. cit.



correio eletrônico (e-mail) e o acesso a banco de dados e informações disponíveis na *www* (World Wide Web).

Conceituar a internet não é uma tarefa fácil. Há diversos conceitos de internet que, ora retratam seus aspectos técnicos ora, seus aspectos sociais:

“A internet é a primeira coisa que a humanidade criou e não entende, a maior experiência de anarquia que jamais tivemos.”⁶

“A internet é uma rede mundial, não regulamentada, de sistemas de computadores, conectados por comunicações de fio de alta velocidade e compartilhando um protocolo comum que lhes permite comunicar-se.”⁷

“[...] um ambiente vivo, um lugar onde as sociedades, as comunidades e as instituições possam crescer, [...] a estrutura emerge das ações individuais em vez de originar-se de alguma autoridade ou governo central.”⁸

“Mais do que tudo, a Internet é uma experiência humana rara, é a concretização da profecia da aldeia global. Os *bits* são a maior riqueza deste fim de século, ou a sua mais completa tradução.”⁹

A internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento.¹⁰

Peck conceitua a internet e explica seu funcionamento de forma clara e objetiva. Vejamos:

6 Schimidt apud CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

7 Willig apud *Ibid.*, p. 7-8.

8 Dyson apud CORRÊA, 2008, p. 8.

9 Revista *Veja*, 1995 apud ALMEIDA, 1998, p. 52.

10 *Id.*, 2008, p. 7.

Tecnicamente, a internet consiste na interligação de milhares de redes de computadores do mundo inteiro, através de protocolos (IP – abreviação de Internet Protocol). Ou seja, essa interligação é possível porque utiliza um mesmo padrão de transmissão de dados. A ligação física é feita por meio de linhas telefônicas, fibra óptica, satélite ou rádio. A conexão do computador com a rede pode ser direta ou por outro computador, conhecido como servidor. Esse servidor pode ser próprio ou, no caso dos provedores de acesso, de terceiros.

Os servidores e provedores de acesso utilizam a estrutura do serviço de comunicação existente (no caso brasileiro, o backbone da Embratel), para viabilizar o acesso, o armazenamento, a movimentação e a recuperação de informações do usuário à rede. O endereço IP é dado ao computador que se conecta à rede, e os subendereços são dados aos computadores conectados com os provedores. A tradução dos endereços IP, numéricos, para os seus correspondentes em palavras é feita pelo protocolo DNS (Domain Name System). As terminações dos endereços são feitas de acordo com os TLDs (Top Level Domains), o primeiro grupo de caracteres após o último ponto de nome de domínio propriamente dito. Exemplos são o “.com”, “.gov”, “.net”, “.org”, “.tv”. Outros TLDs indicam o país de origem do usuário. Os registros são feitos em órgãos especializados. No caso brasileiro, a responsável pelo registro é a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), através do website www.registro.br.¹¹

Vale ressaltar que a FAPESP foi responsável pelo registro de nomes de domínios, distribuição de endereços IPs e sua manutenção na internet até 2005, pois o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), órgão vinculado ao Ministério das Comunicações e ao Ministério da Ciência e Tecnologia, deslocou as competências já referidas para o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, conhecido como “NIC.br”.¹²

Apesar de haver uma certa confusão entre os doutrinadores, como bem destaca Corrêa¹³, a internet (“significa o meio pelo qual o correio

11 PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14.

12 CORRÊA, 2008, p. 17, 20-21.

13 *Ibid.*, p. 8.



eletrônico, os servidores FTP, a WWW, o Usenet e outros serviços trafegam”) não é sinônimo de World Wide Web (WWW), que é conceituada como:

Um conjunto de padrões e tecnologias que possibilitam a utilização da Internet por meio de programas navegadores, que por sua vez tiram todas as vantagens desse conjunto de padrões e tecnologias pela utilização do hipertexto e suas relações com a multimídia, como som e imagem, proporcionando ao usuário maior facilidade na sua utilização, e também a obtenção de melhores resultados.¹⁴

Como exemplos de autores que consideram a internet e a WWW como sinônimos temos Gandelman¹⁵ e Campos¹⁶. Devemos ressaltar que a principal característica do funcionamento da WWW é a sua simplicidade.

É muito fácil entendê-la quando verificamos que uma transação entre computadores da Grande Rede passa necessariamente por quatro fases, obedecendo o protocolo de transferência de hipertexto, em inglês, *hypertext transfer protocol*, conhecido como HTTP. Essas fases seriam:

Conexão – nesta fase o navegador (*web client*) tenta relacionar-se com o servidor endereçado.

Requerimento – nesta fase o navegador (*web client*) especifica o protocolo, ou seja, define o tipo de servidor selecionado.

Resposta – esta é a fase da transação de informações entre o navegador e o servidor.

Fechamento – é a fase em que a conexão com o servidor é terminada.¹⁷

14 Ibid., p. 11.

15 GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet: direitos autorais das origens à era digital**. 5. ed. rev. e atual. para o século XXI. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 176.

16 CAMPOS, Maria Stela de Albuquerque. Direitos autorais na World Wide Web. **Informativo Jurídico Consulex**, Brasília, v. 13, n. 21, p. 6-7, maio 1999.

17 CORRÊA, 2008, p. 14.

Antes focalizarmos a problemática dos direitos autorais na internet, vejamos os seus benefícios para o Direito ou para os seus operadores, especificamente. Segundo Almeida, a internet é um instrumento eficaz de cidadania e expansão do trabalho jurídico e nos expõe esses benefícios:

Diversos serviços, como a declaração de impostos via net, o oferecimento de denúncias nos sites do PROCON e do Ministério Público e o fornecimento, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da certidão negativa da dívida ativa da União pela INTERNET, têm sido criados no sentido de apaziguar a burocracia, evitando que o cidadão gaste horas perambulando por repartições públicas.

Através da INTERNET, tem-se acesso direto a diversos órgãos estatais, possibilitando o acompanhamento de processos e a pesquisa, bem como pode-se, nas centenas de *home pages* jurídicas, pesquisar leis, doutrinas e jurisprudências; consultar escritórios de todo o Brasil e do mundo; realizar conferências e discussões virtuais com operadores do Direito; visitar bibliotecas, autores; trocar informações; e permanecer informados sobre as mais recentes novidades do mundo jurídico.

Prova da utilização constante da INTERNET no Direito, foi o 1.º Interrogatório em Videoconferência do Brasil, realizado pelo Juiz de Direito da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Campinas, Edison Brandão, no dia 27 de agosto de 1996, quando o referido juiz, via INTERNET, interrogou dois réus detidos na Casa de Detenção em Hortolândia (SP), sendo tal ato julgado válido pelo STF (RHC 0006272-97/0010034-0).¹⁸

1.2 Os direitos autorais e os desafios da internet

As legislações nacionais e internacionais não vêm acompanhando a rápida expansão da internet. Através dela, as fronteiras políticas dos países têm sido derrubadas pelos navegadores do ciberespaço¹⁹. Disso decorre um empecilho para fixação da competência dos conflitos surgidos na internet já que ela “[...] não possui fronteiras geográficas que sejam

18 ALMEIDA, 1998, p. 52-53.

19 GANDELMAN, 2007, p. 188.



suscetíveis de leis locais”²⁰. Nas normas sobre direitos autorais vigentes a proteção é territorial, aplicando-se o princípio da reciprocidade entre os países signatários dos respectivos tratados internacionais.²¹

Todas as criações intelectuais, independentemente do suporte físico, quando digitalizadas (transformadas em bits) continuam a ser protegidas pela legislação autoral.²²

Nesse sentido, vejamos o posicionamento de Peck:

No Direito Digital, o direito autoral é um direito extraterritorial cujo fator determinante se dá devido à desmaterialização de seu suporte físico. A obra já não é distribuída em seu modelo tradicional, como, por exemplo, em livro ou CD, mas é acessada pelo consumidor. O entendimento deste novo formato de distribuição é essencial para se criarem formas de proteção do direito do autor na era digital.²³

Peck propõe para dirimir conflitos em termos de competência em virtude do Direito Digital ser comunitário, multicultural e dinâmico, o seguinte:

[...] a melhor solução é via mediação e arbitragem, podendo ser estabelecido a que legislação se quer ter referência, se a do lugar de origem do fato danoso, se a do lugar do resultado do fato danoso, se a do lugar da origem da obra, ou se pelo conjunto normativo que possibilite chegar a um denominador comum, um acordo.²⁴

A violação dos direitos autorais no ciberespaço se dá ou por falta de informação ou por má-fé, pelos seguintes motivos ou ações:

a) a extrema facilidade de se reproduzirem e distribuírem cópias não autorizadas de textos, música, imagens;

20 Id., 1998, p. 53.

21 Id., 2007, p. 188.

22 GANDELMAN, 2007, p. 188.

23 PECK, 2002, p. 55.

24 Ibid., p. 63.

- b) a execução pública de obras protegidas, sem prévia autorização dos titulares;
- c) a manipulação não autorizada de obras originais digitalizadas, “criando-se” verdadeiras obras derivadas;
- d) apropriação indevida de textos e imagens oferecidos por serviços on-line para distribuição de material informativo para clientes.²⁵

A legalidade dessas ações ocorrerá quando houver autorização prévia dos titulares dos direitos autorais. Na prática “[...] esse licenciamento é trabalhoso, provoca gastos de serviços profissionais especializados e eventuais pagamentos de royalties”²⁶. O Direito deve proteger os direitos autorais para que os criadores intelectuais possam colher os frutos de seu trabalho, pois quando se protege o autor estará se protegendo a evolução da própria sociedade.²⁷

A internet foi comparada a uma “grande máquina copiadora” por Avancini²⁸ devido à expansão da reprodução de obras não autorizadas. De acordo com a referida autora, essa reprodução pode ser limitada através de mecanismos tecnológicos. Na mesma linha, mas com certo ceticismo, temos algumas soluções para resolver os problemas de direitos autorais no ciberespaço apontadas por Campos²⁹, a saber:

- a) a cobrança pelo acesso a partes da página virtual (sistema de pagamento): nesse caso, a quem cobrar? Seria possível a cópia para outro lugar após o devido pagamento?
- b) marcas d’água ou assinaturas visíveis sobre imagens: não impedem a reprodução da obra, pois elas podem ser apagadas com apenas um clique do *mouse*.

25 GANDELMAN, 2007, p. 185.

26 *Ibid.*, loc. cit.

27 *Id.*, 2002, p. 56.

28 AVANCINI, Helenara Braga. Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 63, p. 18, mar./abr. 2003.

29 CAMPOS, 1999, p. 7.



c) a obra ser criptografada: criptografia é “[...] a aplicação de séries complexas de algoritmos sob determinados dados”³⁰. Após o pagamento, “a pessoa receberia por e-mail ou por outro meio a chave matemática que decriptografa a obra”. Uma vez decriptografada, a obra poderá ser distribuída livremente pelo ciberespaço.

d) assinaturas digitais: são semelhantes às marcas d’água e “consistem em *bits* espalhados pelo documento obedecendo a uma formulação matemática.” Elas podem ser utilizadas em gravações de som ou imagem gráfica ou num *videoclip*, como dados holográficos. Sua vantagem em relação às marcas d’água é que elas não podem ser removidas quando copiadas pelo violador. Essa abordagem holográfica não se aplica aos *softwares* (programas de computador), nem para arquivos-texto gerados por computador.

Apesar das constantes violações dos direitos autorais na internet, ela também funciona para a promoção ou divulgação da obra publicada³¹. Campos e Gandelman defendem a tese de que a internet também pode colaborar para a proteção dos direitos autorais através do sistema de registro das obras publicadas no ciberespaço.

Está sendo testado na Biblioteca do Congresso norte-americano – no Copyright Office, onde se registram direitos autorais do mundo inteiro – um novo sistema chamado CORDS (Copyright Office Electronic Registration, Recordation and Deposit System) que vai permitir aos titulares de direitos autorais o registro de suas obras por meio de aplicações digitalizadas apresentadas via internet. Uma vez definitivamente implantado este sistema, os bits substituirão os átomos dos suportes materiais, que até agora têm sido usados para o fim de registro de *copyrights* – livros e outros impressos, discos e fitas, fotos, filmes cinematográficos, etc. – e que superlotam fisicamente os arquivos.

[...]

Pelo visto nas observações acima referidas, todo o cuidado deve ser tomado no licenciamento de obras intelectuais para reprodução ele-

30 BARRET, 1997 apud CORRÊA, 2008, p. 81.

31 Id., 1999, p. 6.

trônica, no que se relaciona à segurança dos direitos morais (LDA/98, Arts. 24 a 27). Isto, além do problema patrimonial.³²

Atualmente, no Brasil, o registro de obras é facultativo. Deverá se tornar obrigatório quando da expansão do sistema CORDS, para que seja efetivado o registro de obras no ciberespaço.

Algumas definições jurídicas precisam ser esclarecidas no ciberespaço de acordo com Gandelman³³:

a) a transmissão eletrônica de obras intelectuais é uma reprodução, uma distribuição, ou ambas?

b) quem é o responsável pela violação dos direitos do autor na grande rede? O “servidor de acesso, ou [...] quem incorpora conteúdo e o transmite?”³⁴

Em 26 de maio de 2009, foi divulgado na internet um projeto de lei da autoria do deputado Bispo Gê Tenuta que prevê o cancelamento da conexão de quem faz download ilegal, atribuindo aos provedores essa responsabilidade.

PROJETO DE LEI Nº 661.984 DE 26 DE MAIO DE 2009

(Do Sr. Bispo Gê Tenuta)

Cria penalidades civis para a baixa, download ou compartilhamento de arquivos eletrônicos na Internet, que contenham obras artísticas ou técnicas protegidas por direitos de propriedade intelectual, sem autorização dos legítimos titulares das obras.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei cria penalidades civis para a conduta de baixar, proceder ao download ou compartilhar arquivos eletrônicos na Internet, que

32 GANDELMAN, 2007, p. 183.

33 GANDELMAN, 2007, p. 188-189.

34 *Ibid.*, p. 189.



contenham obras artísticas ou técnicas protegidas por direitos de propriedade intelectual, sem autorização dos legítimos titulares das obras.

Art. 2º Para os efeitos desta lei entende-se por “provedor de acesso” à Internet qualquer entidade pública ou privada que faculte aos usuários de seus serviços a possibilidade de se comunicar com a Internet.

Art. 3º O art. 105 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 105.....

Parágrafo único. No caso da transmissão ou retransmissão de obras artísticas, literárias e científicas por intermédio de redes de compartilhamento ou sítios da Internet, ficam os provedores de acesso à Internet em operação no território nacional obrigados a identificar os usuários de seus serviços que estejam baixando, procedendo a download, compartilhando ou oferecendo em sítios de qualquer natureza, obras protegidas por direitos de propriedade intelectual, sem a autorização dos autores das obras, e:

I – na primeira ocorrência da conduta, informar o usuário, por mensagem de correio eletrônico, de que a baixa, download, compartilhamento ou oferta em sítios de qualquer natureza, de obras protegidas por direitos de propriedade intelectual, sem a autorização dos autores, constitui crime contra os direitos do autor;

II – em caso da primeira reincidência na conduta prevista no caput deste parágrafo, o provedor de acesso deverá notificar o usuário mais uma vez, informando que na próxima reincidência o acesso do usuário será suspenso pelo prazo de três meses;

III – constatada a segunda reincidência na conduta prevista no caput deste parágrafo, o provedor de acesso suspenderá o acesso à Internet do usuário pelo prazo de três meses.

IV – constatada a terceira reincidência na conduta prevista no caput deste parágrafo, o provedor de acesso suspenderá o acesso à Internet do usuário pelo prazo de seis meses;

V – constatada a quarta reincidência na conduta prevista no caput do parágrafo, o provedor de acesso cancelará em definitivo o contrato de fornecimento de acesso à Internet do usuário.

VI – as ocorrências previstas nos incisos II, III e IV deste parágrafo não isenta o usuário do pagamento pelo serviço de acesso à Internet.”

Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 dias após sua publicação.³⁵

Sem dúvidas, os desafios para os legisladores nacionais e internacionais para encontrar pontos de equilíbrios entre os direitos autorais e a internet são muitos.

Apesar de toda essa problemática já exposta, Corrêa acredita que

A questão entre direitos autorais e a Internet no Brasil, ao menos no âmbito interno, encontra-se regulamentada, podendo ser apreciada pelo Judiciário sem maiores problemas. A dificuldade estaria na prova da titularidade de página da Internet em eventual processo no qual o autor não a tenha previamente registrado, já que o registro é mera medida administrativa.³⁶

A realidade de nossas decisões jurídicas tem sido ambivalentes, de acordo com Colares:

A Justiça brasileira, por sua vez, em muitos casos tem apresentado resultados surpreendentes, demonstrando o processo de atualização pelo qual nossos juízes tem passado, estando aptos a dirimir algumas questões oriundas dos mares de *bits*, mas às vezes pecando na aplicação direta da legislação existente.³⁷

Colares apresenta nesse artigo³⁸, um exemplo de uma decisão jurídica que pecou na aplicação da LDA/98.

35 PROJETO de lei quer 'cortar' conexão de quem faz download ilegal. Disponível em: < <http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2009/06/24/ult4213u771.jhtm>>.

36 CORRÊA, 2008, p. 31.

37 COLARES, Rodrigues Guimarães. Direitos autorais na Internet: uma questão cultural. **Jus Navigangi**, Teresina, a. 9, n. 613, mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6365>>.

38 *Ibid.*, loc. cit.



1.3 A sociedade da informação e os limites dos direitos autorais

Como já vimos, a proteção jurídica dos direitos autorais é *sui generis*, pois a criação intelectual é um instituto de natureza híbrida: os direitos morais do autor estão entre os direitos de personalidade e os direitos patrimoniais entre os direitos de propriedade.

1.3.1 Os direitos autorais na Constituição Federal de 1988

Antes de discorrermos sobre o direito à informação, vejamos como está disposto o direito do autor na nossa Carta Magna.

O fenômeno da constitucionalização dos direitos autorais, como o de outros ramos do direito privado, está presente em vários países e compõem o elenco dos “direitos fundamentais da pessoa” ou “liberdades públicas”³⁹. Em nossa Constituição, os direitos autorais integram o Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, art. 5.º, incisos XXVII e XXVIII.

Antes de analisarmos os referidos incisos que tratam dos direitos autorais, convém lembrarmos o que são os direitos humanos fundamentais para entendermos a importância dos direitos autorais estarem erigidos a este tipo de norma constitucional. Os direitos humanos fundamentais surgiram antes mesmo da idéia de constitucionalismo, difundidos pelo Cristianismo e pelo direito natural, esse que remonta à positivação do Direito.⁴⁰

Os direitos humanos fundamentais decorreram da necessidade de *limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades*

39 BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 32.

40 MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.

constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo. Em outras palavras, direciona-se basicamente para a proteção à *dignidade humana* em seu sentido mais amplo.⁴¹

Como bem explica o constitucionalista Alexandre de Moraes⁴², há uma pluralidade de conceitos sobre direitos humanos fundamentais. Ele conceitua direitos humanos fundamentais como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.⁴³

Em síntese, Moraes defende que, em razão de suas características e finalidades, os direitos humanos fundamentais estão em posição hermenêutica superior em relação aos demais direitos previstos na ordem jurídica e elenca como características desses direitos: a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a efetividade, a interdependência e a complementaridade. Os direitos humanos fundamentais são de aplicação imediata, nos termos do art. 5.º, § 1.º da CF/1988. O referido autor realçou que esses direitos “[...] relacionam-se diretamente com a garantia da não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana.”⁴⁴

Feitas essas breves considerações sobre a inclusão dos direitos autorais no rol dos direitos humanos fundamentais, passemos a transcrição e a análise dos incisos XXVII e XXVIII do art. 5.º da CF/88:

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

41 Ibid., p. 4.

42 Ibid., p. 21-24.

43 Ibid., p. 21.

44 MORAES, 2006, p. 23.



XXVIII – são assegurados nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Da leitura desses incisos constatamos que está previsto constitucionalmente o direito de propriedade imaterial. A abrangência desses direitos inclui a utilização, publicação ou reprodução de obras artísticas, intelectuais ou científicas.

Os direitos autorais são considerados bens móveis e, consequentemente, podem ser alienados, cedidos, doados ou locados desde que haja permissão do autor. Tal proteção constitucional abrange o **plágio** – “[...] difusão de obra criada ou produzida por terceiros, como se fosse própria” e a **contrafação** – “[...] a reprodução de obra alheia sem a necessária permissão do autor”, de acordo com MORAES.⁴⁵

O art. 5.º, inc. XXVIII da CF/1988 prevê que os próprios autores podem fiscalizar o aproveitamento econômico de suas produções intelectuais ou daquelas de que participarem (participação individual em obras coletivas).

Jurisprudências dos tribunais superiores e do Tribunal de Justiça de São Paulo corroboram a aplicabilidade desses incisos e merecem ser transcritas:

Amplitude da proteção aos direitos autorais: STJ – “Todo ato físico literário, artístico e científico resultante da proteção intelectual do homem, criado pelo exercício do intelecto, merece a proteção legal. O logotipo, sinal criado para ser o meio divulgador do produto, por demandar esforço de imaginação, com a criação de cores, formato e veiculação, caracteriza-se como obra intelectual. II – Sendo a logomarca tutelada pela Lei de Direitos Autorais, são devidos direitos respectivos

45 Ibid., p. 178.

ao seu criador, mesmo ligada a sua produção a obrigação decorrente de contrato de trabalho. III – A norma de eficácia contida, embora dependa em parte de regulamentação, produz efeitos de imediato até que o regulamento venha para limitar o seu campo de atuação” (4ª t – Resp. n. 57.449/RJ – rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *Diário da Justiça*, Seção I, 8 set. 1997, p. 42.506).

Fotografias e direitos autorais: STJ – “À editora que, sem autorização e correta indicação de autoria, publica fotografias captadas por pessoa com a qual não mantém vínculo empregatício impõe-se carrear obrigação indenizatória, que se justifica pelo só interesse econômico despertado e pela efetiva vantagem financeira auferida com a divulgação, mostrando-se despida de qualquer relevo para esse efeito a natureza das fotos, se documentais ou artísticas, e a qualidade de quem as produziu, se fotógrafo profissional ou não” (4ª T. – Resp n° 10.556-0/SP – rel. Min. Sálvio de Figueiredo – *Ementário STJ*, 09/186).

“Pirataria” e lesão à ordem jurídica: TJ/SP – “A pirataria de obras sonoras de audiovisuais tem como bens jurídicos suscetíveis de transgressão não só o direito do autor, como também o direito dos artistas e intérpretes ou executantes, o direito do produtor fonográfico, o direito dos órgãos de radiodifusão, o direito industrial e comercial, o patrimônio público (este pela evasão tributária)” (rel. Álvaro Lazzarini – Apelação Cível n° 196.839-1 – São Paulo – 11-5-93).⁴⁶

A abrangência dos direitos do autor estende-se à exploração de sua própria imagem e voz, nos termos da alínea a, inc. XXVIII, art. 5.º da CF/88. Em relação aos políticos, aos artistas ou assemelhados e às autoridades públicas tal preceito constitucional deve ser interpretado de forma mais ampla, por haver maior exposição à mídia decorrente da natureza dessas funções exercidas.

Vejamos algumas jurisprudências dos tribunais superiores e do Tribunal de Justiça de São Paulo a esse respeito:

⁴⁶ MORAES, 2006, p. 179-180.

Tutela à própria imagem: STF – “Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do direito positivo” (2ª T. – Rextr. nº 91.328/SP – rel. Min. Djaci Falcão, *Diário da Justiça*, Seção I, 11 dez. 1981, p. 12.605).

Cabimento de indenização por utilização de voz sem a devida autorização de seu autor: TJ/SP – rel. Roberto Fonseca – Apelação Cível n. 225.600-1 – São Paulo – 4-8-94.

Possibilidade de utilização de *imagens genéricas de solenidades públicas* – desnecessidade de indenização por dano moral ou material: Apelação Cível nº 232.562-1 – São Paulo – 7ª CCível – rel. Leite Cintra – 17-8-95.⁴⁷

A principal crítica a esses dispositivos constitucionais está no fato deles darem ênfase ao aspecto patrimonial do direito do autor, em detrimento do seu direito moral. Já vimos que o direito autoral tem um caráter especial, pois possui a natureza de direito pessoal (aspecto moral) e de propriedade (aspecto patrimonial). Sem a junção desses dois aspectos não existirá o direito do autor. Defendem essa idéia Bittar⁴⁸ e Falcão.⁴⁹

Posição diversa é defendida por Moraes que afirma que a proteção do aspecto moral existe na redação desses incisos

[...] como também pela redação dos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, que protegem a honra e a imagem das pessoas, inclusive em relação aos sucessores, garantido-lhes direitos a indenização por danos materiais e morais, como já salientado.⁵⁰

A autora deste artigo identifica-se com o posicionamento de Bittar e Falcão.

47 Ibid., p. 181.

48 BITTAR, 1999, p. 34-37.

49 Falcão apud Id., 2006, p. 178-179.

50 MORAES, 2006, p. 179.

1.3.2 Da liberdade e do direito à informação

Antes de tratarmos sobre a sociedade da informação e os limites dos direitos autorais convém expormos um pouco sobre a liberdade e o direito à informação.

Desde a Antiguidade, havia discussões de cunho filosófico e político sobre a liberdade individual e a ingerência do Estado na vida dos cidadãos. O conceito de liberdade foi sendo transformado ao longo da história da humanidade.

Vejamos a história da liberdade bem sintetizada por Carvalho:

Para Hobbes, a liberdade estava no direito da natureza e significava a “ausência de impedimentos externos” e o poder de fazer o que quiser. Mas esse estado de natureza, onde todos têm direito a tudo, levava a uma “condição de guerra de todos contra todos”, e, nessa condição, não poderia existir qualquer segurança. Daí as duas leis da natureza: a primeira, a busca da paz; a segunda, “que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo.”

Percebe-se em seus escritos, a íntima relação entre a liberdade e a segurança; segurança física, que, para manter-se, exigia a renúncia à liberdade.

Voltando para as páginas apaixonadas de Rousseau, encontramos a tese da passagem do estado de natureza para o estado civil, construído sobre o contrato social, e no qual o homem ganha outros tipos de liberdade, a liberdade civil, que só se limita pela vontade geral, e a liberdade moral, “única a tornar o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, porque o impulso do puro apetite é escravidão, e a obediência à lei que se estatui para si mesmo é liberdade.”⁵¹

51 CARVALHO, 2003, p. 11-18.

Benjamin Constant fazia uma distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Na dos antigos, a liberdade individual inexistia (o homem era um escravo como indivíduo) apesar de a liberdade política pudesse ser exercida plenamente.⁵²

Assim, a liberdade individual dos modernos era grande, enquanto sua liberdade política se diluía na multidão, pelo sistema de representação, tendo apenas “uma parte ideal em uma soberania abstrata.” De outro lado, os antigos exerciam uma parcela de soberania real, mas não tinham a mínima vida privada.

[...]

Foi contudo, o Cristianismo que primeiro buscou impor ao Estado uma limitação ao absolutismo, a partir das doutrinas que concebiam o homem como um fim em si mesmo, e não como um meio, e que influenciaram alguns documentos jurídicos da Idade Média.

Nessa ordem de idéias, o primeiro pacto a impor limites ao poder real foi a Magna Carta, de 1215. Mas esta era uma Carta cuja aplicação era dirigida aos nobres ingleses, sem qualquer repercussão para o resto da população. Depois, seguiram-se, com a mesma característica, o “Habeas Corpus Act”, de 1679, e o “Bill of Rights”, de 1688.

A história dos direitos fundamentais começa, mesmo, com as Declarações americanas, no século XVIII. A primeira delas foi a do Estado de Virgínia, em 1776, seguindo-se a de Pensilvânia, no mesmo ano, e a Constituição, em 1787.

Depois, então, surgiu a Declaração francesa de 1789.

Estas declarações de direito dão forma e conteúdo ao que se conveniou chamar de Estado liberal, ou liberal-burguês, caracterizado, segundo Carl Schmitt, pelo individualismo, onde “el Estado aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de La sociedad”, para proteger os cidadãos contra o abuso de poder.

[...]

52 Ibid., p. 12.

O processo de estratificação da liberdade, no sentido de uma liberdade liberal, perdura até a I Guerra Mundial.

A partir daí, o conceito de liberdade passa por uma profunda reformulação, ao ser confrontado com uma visão mais social, própria de um Estado Social, principalmente a partir da Revolução Russa de 1917 e da Constituição que lhe seguiu em 1918...

Essa evolução, da liberdade individualista para uma liberdade social, está sendo experienciada em diversos países, em épocas diferentes e com gradação também peculiar.⁵³

A transformação no conceito de liberdade consagrou-a como direito fundamental. A liberdade civil e a política ensejaram o surgimento da liberdade social. Vejamos como Carvalho conceitua-nas:

As liberdades civis são aquelas que usualmente se expressam pelos direitos individuais; são as que dizem respeito ao homem-indivíduo, sua autonomia em relação a outros homens e ao Estado, como o direito à vida, à propriedade, à liberdade de credo, à igualdade, à segurança, à manifestação de pensamento, à intimidade, e outros previstos ao longo dos incisos do artigo 5º da Constituição brasileira.

As liberdades políticas são aquelas explicitadas por José Afonso da Silva como as relativas à atuação da soberania popular, desde o processo eleitoral, bem como, em acepção mais ampla, até as normas dos partidos políticos... e que se expressam pelos artigos 14 a 16 da Constituição.

E o que vêm a ser direitos sociais? Segundo o mesmo José Afonso da Silva, “são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.” São o exercício dos direitos enumerados no artigo 6º da Constituição...

[...]

Por fim, ao lado dos direitos civis, políticos e sociais, surge uma nova categoria de direitos, que são os difusos, caracterizados pela indetermi-

53 CARVALHO, 2003, p. 13-15.

nação dos titulares e pela indivisibilidade de seu objeto e que são exemplificados por Luís Roberto Barroso pelo direito à preservação do meio ambiente, pela proteção ao consumidor e pela proteção ao patrimônio histórico, artístico e estético.⁵⁴

A liberdade de informação é “[...] uma liberdade civil, individual, mas com expressão coletiva, fundamental e essencial, fazendo parte dos denominados direitos fundamentais.”⁵⁵

De acordo com Brittes e Pereira⁵⁶, o direito à comunicação passou de um modelo massivo para um formato ciberespacial, emergente, e, em decorrência, houve uma radical transformação nos elementos do processo informativo: o emissor e o receptor e os fluxos que os conteúdos percorrem abrangendo os atores desse processo. Nessa transformação, o receptor saiu fortalecido e o mercado editorial sentiu-se ameaçado: surge a polêmica internacional em relação aos direitos autorais em virtude da distribuição gratuita de conteúdo através da internet.

O direito à comunicação é a expressão mais ampla, pois abrange vários princípios e inclui o direito à informação. Esse posicionamento é defendido pela UNESCO e referenciado por Brittes e Pereira:

[...] vemos que engloba todas as liberdades e, além disso, aporta tanto para os indivíduos, quanto para as sociedades, os conceitos de acesso, de participação, de corrente bilateral de informação, que são todos eles necessários, como entendemos hoje, para o desenvolvimento harmonioso do homem e da humanidade.⁵⁷

Apesar do termo direito à comunicação ser mais amplo, como ficou acima demonstrado, a autora desse artigo utilizará o termo direito à informação, esse já consagrado no vocabulário jurídico. A liberdade de expressão e opinião foi primordialmente proclamada no artigo XIX,

54 Ibid., p. 17-18.

55 Ibid., p. 21-22.

56 BRITTES, Juçara Gorski; PEREIRA, Joanicy. Tecnologias da informação e da comunicação e a polêmica sobre direito autorais: o caso Google Book Search. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 36, n. 1, p. 167-168, jan./abr. 2007.

57 UNESCO, 1980, p. 301 apud Ibid., p. 168.

da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da ONU, a seguir transcrita:

Artigo 19 – Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por qualquer meios e independentemente de fronteiras.⁵⁸

Na nossa Carta Magna, o direito à informação é um direito fundamental e está disposto no art. 5.º, incisos XIV e XXXIII e no artigo 220, a seguir transcritos:

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII – todos tem o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Art. 220 – A manifestação do pensamento, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição.

Só haverá limitações ou restrições ao direito à informação quando previstas na própria Constituição, a saber: o direito à intimidade; o direito à imagem; o direito à honra e os direitos autorais.

Sobre a limitação dos direitos fundamentais e os conflitos entre esses princípios bem esclarece Carvalho:

Discute-se na doutrina a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais. Comumente se sustenta que nenhum direito fundamental é ilimitado. Exemplos desta teoria são tomados de Ignácio de Otto y Pardo, que os buscou na doutrina alemã: liberdade de religião não pode chegar ao ponto de permitir a fundação de uma seita nudista; o direito

58 CARVALHO, 2003, p. 84.



de contrair matrimônio, não pode autorizar a bigamia; a liberdade de profissão e trabalho não pode legitimar a prostituição.

Outros limites sem dúvida existem e são aqueles advindos de outros direitos previstos pela Constituição. Se se considerar que as normas constitucionais são materialmente iguais, sem qualquer hierarquia entre elas, aquelas que, em princípio se contradizem devem ser interpretadas de forma a resolver as antinomias, sem necessidade de falar-se em primazia de umas sobre as outras.⁵⁹

As limitações aos direitos autorais estão elencadas no art. 46 da Lei 9.610/98. Estas limitações constituem-se num rol taxativo e de acordo com o art. 4.º da LDA são de interpretação restritiva.⁶⁰

As limitações aos direitos autorais “são verdadeiros atributos a que se sujeita o autor em favor da coletividade, de cujo acervo geral retira elementos para as criações de seu intelecto”⁶¹. Elas decorrem do fato dos direitos autorais não serem absolutos.

Feitas essas considerações sobre o significado das limitações aos direitos autorais vejamos o que é Sociedade da Informação? É aquela que apregoa “[...] a liberdade de informação a todos em favor da disseminação do conhecimento e da cultura.”⁶²

O impacto da revolução tecnológica nos direitos autorais é bem retratado por Avancini:

O final do século 20 constitui um marco de mudanças nos paradigmas da sociedade moderna, pois o grau de complexidade social gerado pelo amplo desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação exigiu soluções jurídicas que buscassem a harmonização da chamada Sociedade da Informação.

59 CARVALHO, 2003, p. 21.

60 QUEIROZ, Daniel Pessoa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutina/imprimir.asp?id=10064>>.

61 BITTAR, 1992 apud *Ibid.*, p.1.

62 WACHOWICZ, Marcos; WINTER, Luis Alexandre Carta. Os paradoxos da sociedade informacional e os limites da propriedade intelectual. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/luis_alexandre_carta_winter2.pdf>. p. 2496.

A internet facilitou o livre fluxo da informação a custos baixos e em grande velocidade, tendo como paradigma o livre acesso à informação; contudo, observa-se que grande parte da informação veiculada nesta rede digital está constituída por obras protegidas pelos direitos autorais.

Num primeiro momento, o impacto da tecnologia digital sobre os direitos autorais despertou na comunidade internacional reações conflitantes e de descrença. Ao mesmo tempo que se cogitava a possibilidade de desaparecimento deste instituto jurídico face à liberdade de acesso e uso da informação no ciberespaço, surgia uma forte reação em defesa dos direitos exclusivos do autor e dos que lhe são conexos no ambiente digital.⁶³

Com o intuito de introduzir mudanças nos fundamentos jurídicos dos direitos autorais na sociedade da informação, surgiram alguns documentos internacionais, a saber:

- Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (AADPIC/TRIPS);
- Tratados da OMPI sobre direito do autor (TODA/WCT);
- Tratados sobre interpretação ou execução e fonogramas (TOIEF/WPPT);
- Diretiva da União Européia sobre a harmonização de certos aspectos dos direitos autorais na Sociedade da Informação (DIRETIVA2001/29/CE);
- Minuta de acordo da ALCA (Área de Livre Comércio das Américas).⁶⁴

A referida Diretiva da União Européia buscou harmonizar os paradoxos da sociedade da informação e os direitos autorais, estabelecendo limites e exceções aos direitos do autor e também as medidas tecnológicas de proteção desses direitos, baseadas na regra dos três passos.

63 AVANCINI, 2003, p. 16.

64 *Ibid.*, loc. cit.



Contudo, na prática, ao invés de alcançar o equilíbrio entre os interesses dos usuários da Internet e os titulares de direitos autorais, a diretiva acabou por provocar o aniquilamento das limitações livres ou gratuitas, pois as exceções que não estão submetidas ao pagamento de remuneração equitativa estão submetidas ao acesso condicionado, restringindo sobremaneira o interesse da coletividade em prol da indústria dos direitos autorais.⁶⁵

Os direitos digitais constituem-se como direitos fundamentais de quarta geração, “[...] por estarem inseridos dentro de uma sociedade globalizada caracterizada pela digitalização dos conteúdos que circulam pela Internet”⁶⁶, ou de quinta geração, de acordo com Wachowicz e Winter.⁶⁷

Indubitavelmente, estamos diante de um conflito entre princípios fundamentais: o de livre acesso à informação e os relativos aos direitos autorais, cuja solução jurídica deverá implicar na aplicação do princípio da proporcionalidade pelos juízes nos casos concretos.⁶⁸

Vejam algumas propostas doutrinárias para uma normalização jurídica que estabeleça o equilíbrio entre a Sociedade da Informação e os direitos autorais. Wachowicz e Winter propõem que uma das soluções para esse impasse deve tomar como base o *fair use* (uso justo):

O Justo (*fair use*). (...) Segundo a Lei norte-americana, a provisão do uso justo permite a reprodução e outros usos de trabalhos protegidos por direitos autorais sob determinadas condições para propósitos como críticas, comentários, notícias, docência, (incluindo múltiplas cópias para utilização dos alunos), estudos, pesquisas e investigações.⁶⁹

Os mesmos autores sugerem que a tutela jurídica desses princípios em conflito deve permitir ao internauta:

65 Ibid., p. 19.

66 Ibid., p. 17.

67 WACHOWICZ; WINTER, 2009, p. 2497.

68 Ibid., p. 2496.

69 KAMINSKI, 2002, p. 123 apud WACHOWICZ; WINTER, 2009, loc. cit.

- a) ler, ouvir ou visualizar, privadamente os conteúdos disponíveis no ciberespaço, mesmo sendo estes protegidos pelo direito autoral ou *copyright* nas páginas disponíveis na internet;
- b) navegar nos sites existentes independentemente das fronteiras físicas dos estados e realizar cópias incidentais para uma utilização legal sempre retidas apenas temporariamente;
- c) examinar e realizar experimentos com os conteúdos comercializados e protegidos por direitos autorais observados os direitos da justa utilização e desde que preservada a integridade dos originais;
- d) realizar cópias parciais para uso pessoal com propósitos de estudo, aprendizado ou pesquisa dos conteúdos que estejam sendo comercializados, ou protegidos por *copyright*, ou ainda, pertencentes a um acervo bibliotecário.⁷⁰

Como exemplo de iniciativa na internet que utiliza como fundamento a filosofia *fair use*, temos o Google Book Search (criado em 2004) que “objetiva armazenar o conhecimento produzindo no mundo e disseminá-lo na rede, tornando-o acessível a qualquer pessoa”⁷¹. Esse projeto tem sido questionado judicialmente pelos editores, autores e até pela Microsoft que lançou, em 2006, e o contra-atacou com outro projeto: o Live Search Book, sob o argumento que o *open source* (fonte aberta) que fundamenta o projeto do Google atenta contra os direitos autorais.

Avancini sugere a redação de uma Carta dos Direitos Humanos no Ciberespaço “[...] para que o ciberespaço tenha um verdadeiro valor jurídico como fato político, econômico, tecnológico, cultural e social [...]”⁷²; ou na busca, pelos operadores do Direito, dos “[...] limites deste paradoxo através de uma interpretação sistêmica da problemática apresentada”⁷³, ou seja, essa “[...] mudança no paradigma social implica alteração da matriz jurídico-teórica utilizada.”⁷⁴

70 Id., 2009, p. 2498.

71 BRITTES; PEREIRA, 2007, p. 171.

72 AVANCINI, 2003, p. 16.

73 Ibid., p.18

74 AVANCINI, 2003, p. 20.

Brittes e Pereira afirmam que o debate sobre a questão dos ciberdireitos aponta para a flexibilização das normas atuais, pois a tendência é que elas se voltem menos para a proteção dos interesses das editoras e indústrias e mais para o Direito à Informação.

O debate aborda, portanto, a utilização social dos bens culturais e tem, em Stallman e Lessig defensores ativos do compartilhamento do conhecimento pela rede e responsáveis pelo modelo alternativo ao sistema autoral vigente, desencadeando um processo de descentralização da cultura em vários países. Tais modelos são conhecidos como Licença *Copyleft* e Licença Creative Commons.⁷⁵

Vejamos o que é a *Copyleft* de acordo com as informações copiadas do sítio da Wikipédia:

Copyleft é uma forma de usar a legislação de proteção dos direitos autorais com o objetivo de retirar barreiras à utilização, difusão e modificação de uma obra criativa devido à aplicação clássica das normas de propriedade intelectual, sendo assim diferente do domínio público que não apresenta tais restrições. “*Copyleft*” é um trocadilho com o termo “*copyright*” que, traduzido literalmente, significa “direitos de cópia”.

Richard Stallman popularizou o termo *copyleft* ao associá-lo em 1988 à licença GPL. De acordo com Stallman, o termo foi-lhe sugerido pelo artista e programador Don Hopkins, que incluiu a expressão “*Copyleft – all rights reversed.*” numa carta que lhe enviou. A frase é um trocadilho com expressão “*Copyright – all rights reserved.*” usada para afirmar os direitos de autor.

Um projeto (softwares ou outros trabalhos livres) sob a licença *Copyleft* requer que suas modificações, ou extensões do mesmo, sejam livres, passando adiante a liberdade de copiá-lo e modificá-lo novamente.

Uma das razões mais fortes para os autores e criadores aplicarem *copyleft* aos seus trabalhos é porque desse modo esperam criar as condições mais favoráveis para que mais pessoas se sintam livres para contribuir com melhoramentos e alterações a essa obra, num processo continuado.⁷⁶

75 BRITTES; PEREIRA, 2007, p. 172.

76 COPYLEFT. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Copyleft>>.

A licença *Creative Commons* foi criada em 2001, pelo advogado Lawrence Lessig da Universidade de Stanford. O projeto *Creative Commons*, no Brasil, é sediado pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e coordenado pelo advogado Ronaldo Lemos.

Passemos agora ao conceito de *Creative Commons*:

O *Creative Commons* é um projeto que tem por objetivo expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras obras sobre elas, por meio de licenças jurídicas.

Como decorrência desse projeto, o Brasil passa a ser o país pioneiro no desenvolvimento das licenças CC-GNU GPL e CC-GNU LGPL, hoje utilizadas oficialmente pelo governo brasileiro para o licenciamento de software.⁷⁷

O *Creative Commons* Brasil é um projeto sem fins lucrativos que disponibiliza opções flexíveis de licenças que garantem proteção e liberdade para artistas e autores. Partindo da idéia de “todos os direitos reservados” do direito autoral tradicional nós a recriamos para transformá-la em “alguns direitos reservados”.⁷⁸

Em Olinda-Pernambuco, o poder público municipal, através do *Creative Commons*, propôs uma nova política de incentivo à cultura local, nas áreas de música, artes plásticas, teatro popular e patrimônio histórico.

Tais movimentos buscam oferecer uma alternativa pautada na legalidade jurídica sem promover, contudo, a ruptura com o modelo tradicional do *copyright*. Tem o apoio de artistas, intelectuais e de pesquisadores, que são, na verdade, pilares para o desenvolvimento e a concretização dos projetos. Suas concepções filosóficas resumem-se no desenvolvimento e na promoção da cultura, a partir do compartilhamento da informação.⁷⁹

77 FGV. Creative Commons. Disponível em: <<http://www.diretorio.fgv.br/cts/projetos.html>>.

78 CREATIVE Commons. Disponível em: <<http://www.creativecommons.org.br>>.

79 BRITTES; PEREIRA, 2007, p. 173.

Relevante projeto de pesquisa sediado pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV é o A2K, que estuda as limitações e exceções aos direitos autorais:

A iniciativa A2K do CTS enfoca pesquisa e conscientização no tocante a acesso a conhecimento, atentando a uma perspectiva genuinamente brasileira. Sua pertinência se afirma na posição privilegiada que o Brasil assume face à temática da Propriedade Intelectual, destacando-se nesse contexto o apoio do Poder Público ao Creative Commons, ao software livre e à busca pelo re-equilíbrio da estrutura de propriedade intelectual, trazendo o ponto de vista do interesse público, em adição ao sempre presente interesse privado.

A Agenda do Desenvolvimento – e a postura do Brasil – na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), agência especializada da ONU, é outra iniciativa que vem corroborar essa idéia.

O A2K tem por escopo estudar as exceções e limitações aos direitos autorais, tendo em vista sua função social e os direitos humanos, obtendo, organizando e disseminando informações e conhecimento que darão suporte fundamental à conscientização e à propositura de alterações na legislação brasileira de direitos autorais, de forma a propiciar maior acesso à educação, cultura e conhecimento em geral. A pesquisa contextualizará a Lei frente aos regimes vigentes ao redor do mundo.⁸⁰

As experiências nacionais com a licença *Creative Commons*, – onde o Brasil se mostra pioneiro na utilização dela – e com o projeto A2K – cuja iniciativa é genuinamente brasileira e apoiada pelo Poder Público – demonstram que há uma preocupação com a busca do equilíbrio entre o interesse público e o privado com relação à propriedade intelectual. Essa preocupação é louvável, pois visa contextualizar as normas jurídicas brasileiras, referentes aos direitos autorais e ao direito à informação, com as tendências internacionais vigentes.

80 FGV. A2K – acesso ao conhecimento. Disponível em: <<http://www.diretorio.fgv.br/cts/projetos.html#a2k>>.

Brittes e Pereira⁸¹ defendem a prática da filosofia *open source* (fonte aberta) para a realidade brasileira cuja população enfrenta precárias condições de acesso ao conhecimento.

Vejam algumas estatísticas a esse respeito:

- a) apenas 10% dos municípios brasileiros têm livrarias (o total de municípios é superior a 5.700);
- b) 90% das vendas de livros concentram-se apenas em 4 das 26 capitais;
- c) a venda *per capita* de livros é muito baixa: inferior a dois exemplares/ano por habitantes;
- d) apenas 25% dos brasileiros dominam a leitura e a escrita e quase 10% são analfabetos absolutos;
- e) há em média 3.800 bibliotecas para mais de 180 milhões de habitantes;
- f) nos domicílios brasileiros, 19,63% possuem computadores e desse índice, apenas 14,5% tem acesso à internet.⁸²

Desses dados, percebemos que o livre acesso à informação deve ser uma prioridade nacional. Sem dúvidas, há muito a ser feito para mudar essa triste realidade. Para tanto, há uma necessidade de flexibilização ou de adaptação das normas sobre direitos autorais.

Conclusão

A promulgação da Lei de Direitos Autorais em 1998 coincidiu com o ano da expansão dos acessos a internet, e apesar dela prevê, em seu artigo 7.º, a proteção da criação intelectual “[...] expressas por qual meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]”, sem dúvidas, essa norma jurídica

81 BRITTES; PEREIRA, 2007, p. 173.

82 *Ibid.*, loc. cit.

precisa adaptar-se aos desafios da Sociedade da Informação e de suas novas tecnologias.

A evolução histórica das normas sobre direitos autorais buscou sempre adequar-se à realidade cultural e social de sua época o que não poderá ser diferente em relação à internet, apesar de haver um consenso que a morosidade da tutela jurídica nesta esfera é evidente. Há poucos projetos de lei em tramitação que tratam de regulamentar os direitos autorais na Grande Rede.

Apesar das sanções penais para quem reproduz com intuito de lucro, distribui e comunica ao público as criações intelectuais sem autorização expressa do autor, na internet essas práticas tem se tornado habitual, ou por falta de informação ou má-fé afrontando os direitos morais do autor, que são inalienáveis e irrenunciáveis, e os direitos patrimoniais, muitas vezes a principal fonte de renda dos criadores intelectuais.

Surge um conflito de direitos fundamentais: de um lado os direitos autorais, que precisam ser protegidos e preservados, e o direito à informação que apregoa o seu livre acesso. Além de ser muito criticada na esfera nos direitos do autor, a internet, constitui-se num veículo de promoção e divulgação das obras intelectuais, que sejam de natureza científica, tecnológica ou cultural.

Indubitavelmente, as iniciativas internacionais e as nacionais apontam para uma maior flexibilização dos direitos autorais privilegiando o livre acesso à informação. Há uma tendência à descentralização da cultura através dos modelos alternativos ao sistema autoral vigente, como já expusemos: a licença *Copyleft* e a *Creative Commons*. Essa última, operacionalizada pela Escola de Direito da FGV.

Também concordamos com a proposta da Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos, através do sistema CORDS, do registro obrigatório de obras publicadas na internet uma vez que, atualmente, o registro de obras é facultativo no Brasil. Tal iniciativa torna-se importante para a implantação de mecanismo de controle dos direitos autorais na internet.

Algumas controvérsias precisam ser explicadas: é possível quantificar os prejuízos patrimoniais dos autores decorrentes da revolução tecnológica da informação? Até que ponto a internet desestimulou ou se tornou um entrave à criação intelectual?

Sem dúvidas, não será fácil encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos autorais e a internet apesar de todos os esforços internacionais e nacionais para o equacionamento das colisões entre esses direitos fundamentais, mas com certeza, a razoabilidade e a proporcionalidade deverão nortear as soluções jurídicas a serem apontadas. Iniciativas em vigor, e que derem certo, devem ser copiadas e legalizadas.

Copyright on the internet

Abstract

Presents the controversy that involves internet and copyright. Bibliographic research that analyses the historical evolution of copyright, nationally and internationally, and its constitutional, criminal protection, and the Law of copyright. Concepts internet, its origin and its functioning. In scope of copyright, internet has provoked a massifying violation in moral and patrimonial rights, however, at the same time; the information society defends the free access to knowledge. It is a conflict between fundamental human

rights with difficult legal solution. The internal and external legislation has not followed the sudden growing of internet in order to reach such a balance among these principles. Reveals some international actions trying to equilibrate the copyright and free access to information. These actions indicate for a greater flexibilization of copyright, favouring the free access to knowledge.

Key words: Copyright. Cibernetic Law. Fundamental Rights. Internet.



Referências

ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. A internet e o direito. **Consulex**, Brasília, v. 2, n. 24, p. 52-53, dez. 1998.

AVANCINI, Helenara Braga. Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 63, p. 16-20, mar./abr. 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRITTES, Juçara Gorski; PEREIRA, Joanicly. Tecnologias da informação e da comunicação e a polêmica sobre direito autoral: o caso Google Book Search. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 36, n. 1, p. 167-174, jan./abr. 2007.

CAMPOS, Maria Stela de Albuquerque. Direitos autorais na World Wide Web. **Informativo Jurídico Consulex**, Brasília, v. 13, n. 21, p. 6-7, maio 1999.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 256 p.

COLARES, Rodrigues Guimarães. Direitos autorais na Internet: uma questão cultural. **Jus Navigangi**, Teresina, a. 9, n. 613, mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6365>>. Acesso em: 27 fev. 2009.

COPYLEFT. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Copyleft>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CREATIVE Commons. Disponível em: <<http://www.creativecommons.org.br>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. A2K – acesso ao conhecimento. Disponível em: <<http://www.diretorio.fgv.br/cts/projetos.html#a2k>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

_____. **Creative Commons**. Disponível em: <<http://www.diretorio.fgv.br/cts/projetos.html>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet: direitos autorais das origens à era digital**. 5. ed. rev. e atual. para o século XXI. Rio de Janeiro: Record, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. 290 p.

PIMENTA, Eduardo; PIMENTA, Rui Caldas. **Dos crimes contra a propriedade intelectual**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PROJETO de lei quer ‘cortar’ conexão de quem faz download ilegal. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2009/06/24/ult4213u771.jhtm>>. Acesso em: 24 jun. 2009.

QUEIROZ, Daniel Pessoa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutina/imprimir.asp?id=10064>>. Acesso em: 27 fev. 2009.



WACHOWICZ, Marcos; WINTER, Luis Alexandre Carta. **Os paradoxos da sociedade informacional e os limites da propriedade intelectual**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/luis_alexandre_carta_winter2.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2009.

Referência deste artigo

SILVA, Ednalva Germano da. Direitos autorais na internet. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 107-144, jan./jun. 2010.

** Artigo recebido em: 25 mar. 2010. Aprovado em: 20 mai. 2010.*

Uma história do conceito de Norma Jurídica: preparatório para a construção semântica do discurso judicante

Eduardo Porto Carreiro Neves
Bacharel em Direito pela Universidade
Católica de Pernambuco – UNICAP

Resumo

Inicialmente, sustenta-se que o fenômeno da complexidade das relações semânticas, típico da modernidade, engendra uma espécie de miscelânea sígnica, a partir da ideia de que o termo norma jurídica pode, ora ser um dos significantes alusivo a um significado, ora um dos significados possíveis de algum significante; ou, ainda, o significado de alguns significantes. Ademais, convida-se a um périplo histórico do conceito de *norma jurídica*, a partir da noção de semântica diacrônica, tentando-se reconstruir o seu contorno conceitual, que vem se perdendo mais e mais, em razão da inflação no uso deste signo, sobretudo no meio ambiente forense,

como metáfora absoluta. Finalmente, sustenta-se que a norma jurídica é uma conquista, uma aquisição do criador do direito. Com base na teoria estruturante do direito, defende-se que o significado da formulação legal é determinado na prática de interpretação e deve ser determinado pelo criador do direito, porque apenas este tem legitimidade para decidir uma situação específica. Assim, adverte-se o legislador para o fato de que ele deve expressar suas principais noções no texto, mas ele não pode determinar o significado deste texto para uma situação específica.

Palavras-chaves: Semântica. Norma jurídica. Concreção normativa.

Introdução: a metáfora absoluta como pretensa panacéia da miscelânea sígnica

A questão central é uma preocupação com a inflação na utilização do termo *norma jurídica*. Na rotina da práxis forense, é comum constatar, diversas vezes, que, para todo e qualquer ato normativo primário, secundário produzido no plano legislativo, executivo ou judiciário, sempre se atribui o termo *norma jurídica*. Dessa maneira, a metáfora à norma jurídica se torna mais e mais uma metáfora, por assim dizer, absoluta, ilimitada, sem contextualização. E isso faz com que ela perca o contorno conceitual que a destaca do seu meio ambiente e momento semânticos em que se lhe atribui aplicação útil.

Neste sentido, portanto, inflacionar o uso do termo *norma jurídica*, sem considerar que ela surge como uma conquista ideal, uma aquisição abstrata do decididor, no caso concreto, a partir de uma metódica normativo-estruturante, à *la* Friedrich Müller, seria ignorar o significado próprio, ao qual cada significante jurídico serve, casuisticamente, de expressão simbólica.

Deveras, iremos historiar o conceito de norma jurídica, aceitando, evidentemente, a existência inexorável da polissemia dos termos como problema atemporal, típico dos “jogos de linguagem” presentes em toda e qualquer comunicação social. Aliás, ela própria engendra essa dinâmica presente no fluxo contingente da sociedade moderna cada vez mais plural. Com efeito, se a comunicação é pressuposto de uma vida em sociedade e se é através da comunicação sistêmica que se atribui significado às coisas – na medida em que “um signo só tem sentido no sistema a que pertence”¹ (DUBOUCHET, 1990, p. 75) – vivemos em uma constante criação semântica dessa realidade contingente, casuística, numa palavra: incerta.

Todavia, se na perspectiva histórica da pesquisa aceitamos, como elemento enriquecedor da identidade social, a polissemia dos termos, por

1 O original enfatiza: “un signe n’a de sens que dans le système auquel il appartient”.

outro lado, contudo, sinalizamos preventivamente a advertência segundo a qual o excesso de metaforicidade atribuída a um conceito implica a perda do contorno que o destaca da miscelânea sógnica do seu entorno. Resultado: ele acaba por encontrar-se mesclado com outros significantes de conteúdos inteiramente diversos, destruindo, assim, a costura que demarca a sua identidade, ante os demais alcances sógnicos, em virtude da inflação na utilização despreocupada do termo como pretensa panacéia linguística, não atentando para o seu emprego como expressão simbólica de uma ideia racionalmente delineada.

Desta maneira, vamos trabalhar o conceito de norma jurídica, não a partir de uma multidão de metáforas designativas a um único signo, mas buscando o emprego de significantes próprios alusivos a significados que lhes são respectivos, para evitar o uso inflacionário, impreciso do termo *norma jurídica* e, conseqüentemente, a aluvião devastadora do “Rubicão conceitual”² que o diferencia dessa mistura sógnica e, mais especificamente, do amálgama semântico ainda encontrado, na em virtude da bagunça metafórica típica do seu meio ambiente, do mundo que está à sua volta [*Umwelt*].

Partindo disso, procuramos desenvolver uma história do conceito de norma jurídica, a partir de estudos realizados no âmbito da semântica histórica, como investigação situada ao centro da Filologia Comparativa e por que não às margens da Etimologia – embora, aqui, menos importante –, na tentativa de reconstruir, sob o ponto de vista histórico-semântico, o surgimento de conceitos políticos modernos, dando importância ao uso da palavra para investigar a diversidade de controvérsias históricas a ele alusivas (FRITZ, 1998, p. 94).

2 “Rubicão” é o nome de um riacho existente no norte da Península Itálica [*Rubicone*], que servia de limitação territorial imposta para salvaguardar o normal funcionamento das instituições políticas da república de então. Tal limitação, curiosamente, não foi obedecida pelo imperador romano Julio César quando de sua perseguição a Pompeu [49 a. C.], ocasião em que deu início aos conflitos da respectiva guerra civil. Aqui, aplica-se-lhe no sentido de ser uma costura linguística que destaca o alcance do conceito de norma jurídica, limitando o grau de metaforicidade a ele conferido, face aos demais territórios semânticos alusivos aos intermináveis signos criados na rotina forense para, visando evitar a confusão semântica ocasionada pelo transpasse do referido “Rubicão conceitual”, resguardar a história das metáforas linguísticas, livrando-as desse amálgama semântico e, para tanto, não lhas empregando de forma absoluta, tal como vem ocorrendo com relação ao conceito ora historiado.

É o que procuraremos fazer no primeiro capítulo: analisar, inicialmente, alguns significados próprios da palavra *norma* para, perpassando os domínios da história dos conceitos, introduzi-los ao debate jurídico e trazer os nossos resultados à problemática lógico-linguística e linguístico-metafísica, típicas do conceito estudado, estabelecendo as condições semânticas de que não podemos prescindir para compartilhar as conclusões às quais se convida a comunidade jurídica que, em maior ou menor medida, se interesse por um dos mais relevantes conceitos do Direito: o de norma jurídica.

De início, como sustenta o professor alemão Reinhart Koselleck, “naturalmente não é toda palavra existente em nosso léxico que pode se transformar num conceito e que portanto pode ter uma história”. Com efeito, a palavra precisa ser provida de sentido. Contudo, “nem todos os sentidos atribuídos às palavras eu consideraria relevantes do ponto de vista da escrita de uma história dos conceitos”, aduz (KOSELLECK, 1992, p.1).

Ademais, advirta-se que:

[...] o sentido de uma palavra pode ser determinado pelo seu uso. Um conceito, ao contrário, para poder ser um conceito, deve manter-se polissêmico. Embora o conceito também esteja associado à palavra, ele é mais do que uma palavra: uma palavra se torna um conceito se a totalidade das circunstâncias político-sociais e empíricas, nas quais e para as quais essa palavra é usada, se agrega a ela (KOSELLECK, 2006, p. 109).

Com efeito, a palavra *norma* revela-se (pluri) significativa sobretudo aos nossos estudos nos domínios da Teoria do Direito, porquanto, num afã esclarecedor, procura-se elucidar os distintos significados alusivos aos conceitos construídos historicamente sob a plataforma de um único significante, cuja utilização é da mais alta polissemia no uso forense, em virtude de que “a interpretação variou de acordo com a posição histórica do intérprete” (STRENGER, 2001, p. 12458).

Não sendo a história reduzida a um fenômeno linguístico, mas a linguística a um fenômeno histórico, a edificação de uma história do(s) conceito(s) de *norma jurídica* não dispensa a análise contextual, na medida em que o exame, única e exclusivamente, textual é insuficiente para a dimensão teorizante adotada.

Deveras, a palavra pode ser a mesma com o passar dos séculos, mas o significado pode alterar-se substancialmente. Então, veremos no segundo capítulo que, se por um lado, na antiguidade clássica, *norma* designava o conteúdo ideal de organicidade, os valores harmoniosos do padrão comportamental da comunidade de então; por outro, com a modernidade seguida do fenômeno de diferenciação das ordens normativas, passou a fazer alusão a algumas das fontes do direito oficial (estatal e supraestatal) – leis, resoluções, decisões, decretos, tratados – e, hoje, pode ser, senão mais algumas, as duas coisas. Isso nada mais é do que a variação temporal, histórica do conceito.

Desta maneira, os estudos voltados às mudanças de sentido, em semântica histórica (ULLMANN, 1986, p. 53)³, apoiam-se, essencialmente, sobre a descrição da polissemia. É que “esse fenômeno significa que nas línguas naturais a identidade de uma palavra em relação às outras admite ao mesmo tempo uma heterogeneidade interna, uma pluralidade, de tal modo que a mesma palavra pode receber diferentes acepções conforme o contexto” (RICOEUR, 2000, p. 180).

No nosso contexto, norma jurídica toma o sentido de pressuposto lógico – ideal da posituação de fontes, mas que só se realiza através da própria fonte. Como veremos, não sendo apenas uma ideia abstrata imanente, carece do verbo concreto que lhe imprima significantes. Então, a norma jurídica apenas se efetiva através da fonte, mas ela própria não é a fonte; e, não só não é o significante, como também não é apenas o significado, mas sobretudo a intenção pragmática que se lhe atribua.

3 Com isso, o fenômeno da polissemia será semanticamente abordado, a partir de e pela razão de que: [...] la lingüística sincrónica, llamada también “descriptiva” o “estática”, trabaja sobre estados de lengua. Estudia los sistemas de valores tal como existen en la consciencia de los hablantes en un momento dado. Y como estos hablantes ignoran casi todo lo referente a la historia de la lengua que emplean, el lingüista sincrónico deberá hacer abstracción también de todo precedente histórico. La reconstrucción de las evoluciones históricas pertenece a la lingüística diacrónica, llamada también ‘histórica,’ ‘dinámica’ o ‘evolutiva’.

A seguir, o estudo sincrônico (que revela a língua tal como ela foi ou é, num determinado momento) irá, logicamente, preceder o diacrônico (que investiga a evolução da língua através do tempo), “uma vez que não se pode estudar a evolução da língua sem primeiro saber como era nos estádios durante os quais se deu essa evolução” (Palmer, [s.d], p. 26) e, portanto, “a redefinição científica de significados lexicais anteriores é um dos mandamentos básicos dos estudos diacrônicos” (KOSELLECK, 2006, p. 104).

1 A complexidade das relações semânticas: Uma modernidade de signos entretecidos

É para os domínios da semasiologia, tal como desenvolvida desde 1825 pelo classista alemão C. Chr. Reisig, que nós iremos volver nossas preocupações linguísticas alusivas ao significado do nome *norma jurídica*, numa abordagem conforme com as sinalizações balizadoras da filosofia analítica moderna⁴. Semasiologia deve ser entendida como uma antiga disciplina de caráter histórico, que procura estabelecer os princípios que presidem o desenvolvimento do significado, mais tarde concebida por Bréal, em 1883, como *science des significations* (ULLMANN, 1987, p. 17).

Os lógicos modernos que se ocupam da semântica distinguem, frequentemente, “entre **significado** e **referência** e estabelecem como partes complementares da teoria da semântica: a teoria da referência (ou extensão ou denotação) e a teoria do significado (ou intenção, ou sentido)” (Lyons, 1963, p.90), nem sempre certos de se a referência alude à pragmática (Jackson, 1998, p. 323) ou à semântica (TOUCHIE, 1998, p. 199).⁵

4 A tradição da filosofia analítica, tal como concebida no contexto do final do século XIX e início do século XX, volve sua atenção ao debate principal alusivo à análise dos conceitos linguísticos, como método de esclarecimento filosófico: o estruturalismo, a hermenêutica, a semiótica, a análise do discurso, respectivamente defendidos também por Saussure, Gadamer, Peirce e Foucault marcaram a nova era linguístico-filosófica.

5 Lido no original: “I proceed from a conceptual distinction between sense and reference and view the latter as belonging to pragmatics rather than semantics. Touchie sees this as outmoded and adopts a referential account of the “meaning” (sense) of a legal proposition”.

Partindo disso, nos explicam que o triângulo da significação compor-se-ia de um elemento em cada vértice: o signo, o conceito e o significado, de forma que o *signo significa* (qualquer coisa) através de *conceitos* (LYONS, 1993, p. 96). Esse “triângulo básico”, tal como desenvolvido por Ogden e Richards em *Meaning of meaning* (1923), revela uma relação tripartida entre os termos: nome, sentido e coisa, cada um dos quais significando como segue: “‘nome’, aqui, significa o som, a palavra fonética; o ‘sentido’ é a informação veiculada pelo nome; a ‘coisa’ é o fenômeno não linguístico ao qual a palavra se refere”⁶ (ULLMANN, 1966, p. 18).

Um dos problemas lingüístico-semânticos que demanda mais necessidade de esclarecimento é, com efeito, o da variação de significado como reflexo da complexa relação entre os termos observacionais e teóricos – visão holística do sentido – (SANKEY, 2000, p. 122). Quer dizer, o significado é suscetível de variação constante pelo constrangedor “abismo” existente entre o evento que se verifica empiricamente e o que se descreve simbolicamente, a partir das ideias de razão criadas neste *interim* gnosiológico, oriundas da pulsão ideal⁷ [*Gedanklich*] promovida pelo evento inicial observado ou pelo fato inicialmente contado.

Outro grande problema posto nos domínios da semântica, ainda dentro da teoria do conhecimento, é aquele alusivo à reduzida preocupação com o significado das palavras e com os conceitos que delas podem advir, numa sociedade pré-moderna – sobretudo na Idade Mé-

6 Confira-se: “‘name’ means here the sound, the phonetic Word; the ‘sense’ is the information conveyed by the name; the ‘thing’ is the non-linguistic phenomenon to which the word refers”.

7 Com o emprego do enunciado “pulsão ideal” não se quer aludir, como certamente pode lhe ter parecido, a qualquer coisa melhor, a uma semântica que devesse prevalecer em detrimento de outra, quer dizer, não utilizamos o termo “ideal”, como que, na sua forma mais frequente, substantivado nas expressões postas neste ou em outro (con) texto, mas sim, no sentido de um impulso imaginário, intelectual, mental. A língua alemã, tanto mais precisa porque tanto mais flexível, não hesitou em positivar significados distintos em significantes igualmente distintos, evitando assim, com mais efetividade, os problemas oriundos de uma polissemia que ultrapassa os limites do admissível [muito mais de um significado alusivo a um único significante]. Embora o termo alemão *Ideal* também possa ser utilizado como significante que tenta expressar algo de imaginário, é mais utilizado em um sentido axiológico, de um valor como que pragmaticamente substantivado pela língua, em virtude do que o significado por nós trazido é mais bem traduzido por *gedanklich* – como adjetivo mais específico oriundo do verbo *Denken* (que significa “pensar”) e, portanto, mais aproximado do substantivo ideia [*Idee*], aqui utilizado para representar um dos elementos que compõem os “abismos gnosiológico e axiológico” J. M. Adeodato, aquele objeto de nossas considerações –. Então, nem tanto numa perspectiva linguística, mas mais psicanalítica, usa-se o termo “ideal”, não em um sentido de idealização [*Idealisierung*], quer dizer, de um processo psíquico que leva algo à perfeição. Isso significa dizer, em suma, que não queremos, aqui, num sentido narcísista, tentar uma hipervaloração do objeto e das qualidades pensados pelo Eu (*Ich*), um engrandecimento e exaltação da libido que impulsiona a vida psíquica do *ego personale*.

dia – e, posteriormente, em virtude do fenômeno da diferenciação que fragmentara o meio ambiente social na modernidade, a problemática inversa da crescente preocupação com o sentido que cada enunciado quer expressar, num determinado contexto complexo; o que demanda, hoje em dia, a criação de termos designativos de conteúdos próprios, diferentemente, portanto, do passado em que a vagueza e a diversidade de sentidos pertinentes a uma só palavra – polissemia – marcavam, mais fortemente, a linguagem primitiva.

Com efeito, mais especificamente no âmbito da semiótica do direito, dou razão a Adeodato sempre que se nos ensina que:

[...] em uma sociedade mais simples, com um direito menos complexo, como o que os primeiros positivistas exegetas tentavam descrever, há um acordo muito maior sobre a conotação e a denotação do texto diante do caso concreto; as opiniões variam muito menos sobre o significado de expressões como ‘atentado ao pudor’ ou ‘mulher honesta’. Agora, na sociedade contemporânea, a variabilidade é bem maior, seja em relação aos utentes (sujeitos do discurso), seja em relação aos contextos dos fatos jurídicos (ADEODATO, 2009, p. 143)⁸.

Neste sentido, mostrando o campo infinito das palavras e a riqueza dos discursos significativos de toda espécie e como é flexível e volúvel a língua dos homens, o canto XX, vv. 248-249 de *A iliada* já sinalizava: “Ágil é a língua dos mortais, e nela há muitas palavras de toda a sorte, e amplo é o campo do discurso, de ambos os lados” (HOMERO, 1989, p. 350).

Com efeito, assim como havia, e há, vários sentidos referentes a um enunciado, o inverso também se opera: ainda hoje podemos, empiricamente, constatar mais de uma palavra para servir de significante a um mesmo significado, à mesma ideia (ULLMANN, 1987, p.11)⁹

8 A ideia à qual esta nota se refere só confirma a tese da presente pesquisa, observe: porque muito mais diferenciadas as relações sígnicas na sociedade contemporânea, tanto mais o fenômeno da polissemia engendra o que nós chamamos de *miscelânea semântica*.

9 A partir desse fenômeno lingüístico, cria-se a teoria da *ressignificação* que consiste em admitir muitas existências sucessivas de um só significado em vários significantes, em cada uma das quais significando algo diverso daquilo que, aprioristicamente, significara no passado histórico de então. A lógica última que fundamenta a te-

E nisso está a miscelânea sgnica presente na complexidade relacional de significados e significantes entretecidos, na medida em que “para um sentido pode haver vários nomes, como é o caso da sinonímia, e, para um nome, vários sentidos, caso da homonímia [...] e, sobretudo, [...] o da polissemia” (RICOEUR, 2000, p.176).

No signo, aqui estudado, a dupla complexificação se opera. O termo *norma jurídica* tanto pode ser qualquer um dos nomes que se ligam ao sentido de *elemento* produzido pelo Direito positivo [estatal e os demais (in) oficiais], dogmaticamente organizado no sistema, quanto pode ser um dos *sentidos* que se quer transmitir pelas fontes do Direito, como por exemplo, mediante a palavra *decisão jurídica*. Quem sabe dito de outro modo, *norma jurídica* pode ser significante para aludir a qualquer ato normativo editado pelas funções estatais e extraestatais (leis, decretos, resoluções, convenções internacionais), isto é, todo e qualquer elemento posto no sistema jurídico, que lhe sirva de promessa atual publicizada para controle generalizado de expectativas futuras de comportamentos sociais (orientações jurisprudenciais, súmulas vinculantes); como também *norma jurídica* pode ser, assim como sentença, acórdão, norma individual, um dos significados do nome *decisão jurídica*; ou mesmo a ideia que uma decisão jurídica expressa. Em síntese, *norma jurídica* pode ser ora um dos significantes de um significado; ora um dos significados possíveis de algum significante – e isso fê-la apta a ser considerada um conceito –; ou ainda, observe o artigo definido: o significado de alguns significantes, como queria Platão.

oria da resignificação, no âmbito jurídico, é essa mesma: se se admite norma significando lei admitir-se-á, necessariamente, que esse efeito (lei com significado de norma, de valor de justiça) tem uma causa, não? Se não passamos a conhecer a causa na existência moderna do significante “norma”, é porque esta causa encontra-se em momento anterior ao de sua existência no período compreendido entre a segunda metade do século XX e início do século XXI (quer dizer, a lei era mais bem traduzida como sendo o sentido de justiça, no alvorecer da modernidade, quando a norma jurídica (sentido de justiça) estava contida na lei, mesclada e confusa com ela). E sempre assim o será, na medida em que, ao efeito sempre precede a causa. Iguamente, admitir que o significante *norma* significa o sentido/valor de justiça criado pelo decididor no caso concreto e essa causa (sentido/valor de justiça) não é oriunda, única e exclusivamente, da existência atual do significante respectivo (norma) é porque a encontramos noutra existência precedente, ainda mais remota: a de quando “norma” significava a ideia de harmonia organizacional da natureza tomada como exemplo para determinar o padrão de justeza a que a comunidade (*pólis*) deveria se submeter para estabelecer um convívio social mais harmonioso entre os homens. Isso indica que um único significado (valor de justiça) pode ter várias existências com significantes distintos ou quase iguais (norma natural, lei, norma jurídica).

Eis a ideia do que vem a ser complexidade das relações semânticas, fenômeno igualmente crescente na modernidade, a partir de quando os conteúdos gerais, objeto de consenso social, fragmentaram-se, de forma que o significado aceito pela vontade geral da sociedade pré-moderna – que defendia haver tantos significados possíveis quantos fossem os significantes a eles alusivos – sofre um processo de diferenciação – é quando, ao invés, sobressai a noção de que existem tantos significados possíveis, independentemente dos significantes, mas de quantos sejam os processos livres de interpretação –, considerando que os indivíduos passam a conviver mais coerentemente com a ideia de *fraternidade*, a partir da qual efetiva-se a *igualdade*, mãe do seu fruto inexorável: a *liberdade* (KARDEC, 2005, p. 260-2). Constata-se, entretanto, que, nem sempre, há uma ordem nas ideias livres de criação dos diversos significados (semântica), exatamente pelo fato de que os significantes por si mesmos (sintática) são incapazes de expressar (pragmática), fidedignamente, o conteúdo que se propuseram a tentar comunicar. E nisso está, conclua-se, o que nós chamamos de *miscelânea das relações sígnicas*.

Mas, o que se sabe a respeito do signo *norma* antes da modernidade?

2 Semântica histórica: Um périplo na busca de elementos diacrônicos

A história da metáfora à *norma jurídica* sedimenta-se no substantivo latino *Norma*, oriundo do vocábulo grego *προτόπων*, que significava originariamente *gnorimos* (esquadria, esquadro), como ainda hoje sucede com a sua correspondente latina que quer significar algo perpendicular, regular, modelo, padrão, adequado, ajustado, certo, reto, numa palavra: direito.

É fácil constatar que a palavra *norma* abrange um campo muito heterogêneo de sentido, que existem muitas coisas diferentes que são ou podem ser chamados por esse nome (VON WRIGHT, 1963, [s.p.]).

É com esta frase que o filósofo finlandês George Henrik von Wright, logo nas primeiras páginas do seu *Norm and Action*, reconhece e inicia a análise da polissemia que marca o nome *norma*. É que, “o termo ‘norma’ é usado amplamente na teoria legal, sociologia, linguística, filosofia moral e lógica, mas não há acordo acerca de seu sentido. De fato, se usa, frequentemente, sem se quer defini-la”. (ROSS, 2000, p. 101).

Assim como Platão, “estamos habituados a admitir uma certa ideia (sempre uma só) em relação a cada grupo de coisas particulares, a que pomos o mesmo nome” (Platão, 2001, p. 450). Assim, a doutrina ontológica dominante aduz que, para cada gênero de entidades linguísticas sensíveis existentes no reino dos fatos – norma jurídica como regras e princípios positivados –, existe, no reino das ideias, uma entidade linguística ideal correspondente à norma jurídica como o sentido de justiça trazido pela ideia do falante-ouvinte (MARÍN, 2002, p. 52).

Então, se as letras *n o r m a* formam o enunciado-inscrição *norma*, usualmente conhecida como sendo o gênero do qual advêm as regras e princípios, e se para todo e qualquer enunciado-inscrição existe um enunciado-tipo a ele correspondente, logo, o enunciado-inscrição *norma*, que é uma entidade física, corresponde ao enunciado-tipo *norma*, que é uma entidade ideal.

Sobre ele, Platão, escreve também Kelsen, levando a sério a ótima ideia de que “o ser verdadeiro é o ser da idéia, do valor moral hipostatizado numa essencialidade transcendente, o ser metafísico, o ser metafísico do dever-ser, ou a idéia como norma” (1986, p. 79).

Neste sentido, nos domínios de uma teoria da função sígnica, faz-se uma curiosa distinção entre significação e sentido, aduzindo-se que aquela, a *Bedeutung*, é a definição de uma entidade histórica abstrata e imperceptível pelos sentidos, que a *convenção cultural* reconhece como um conteúdo denotado, enquanto este, o *Sinn*, é o “modo particular de considerar um dado conteúdo, conforme outras convenções culturais, de modo que, ao primeiro conteúdo denotado, acrescentam-se outros conteúdos conotados”, implicando que a significação [*Bedeutung*] revela

“a classe de todos os objetos possíveis a que o signo se refere, como um objeto-*type* e não como um objeto-*token*”, não como uma entidade concreta e única (ECO, 2007, p. 51).

Assim “o significado de um termo (isto é, o objeto que o termo ‘denota’) é uma UNIDADE CULTURAL” (Eco, 2007, p. 56), da mesma forma que “os valores correspondem a unidades culturais, mas são definíveis e controláveis como puras diferenças: não se definem pelo conteúdo (e, portanto, pela possibilidade de análise intencional), mas pelo modo com que se opõem a outros elementos do sistema, e pela posição que aí ocupam” (ECO, 1997, p. 34; 1999a, p. 26).

Em sentido contrário, com a pretensão de desmi(s)tificar que o objeto da interpretação do Direito seja a norma enquanto *objetivação cultural*, superando os dualismos próprios da metafísica e buscando ir além do metafísico realismo platônico-aristotélico e (muito) mais além do transcendental idealismo cartesiano e kantiano, sustenta-se que “interpretar não é colocar capas de sentido aos ‘casos’; tampouco interpretar significa investigar o sentido da norma como objetificação cultural, ‘desontologizada’ ”, de forma que “o problema da interpretação jurídica, enquanto problema normativo, é um problema da concreta realização normativa do Direito” (STRECK, 2008, p. 1105).

Ademais, note-se que a evolução da palavra *norma jurídica*, até chegar a corresponder a um elemento dogmático do Direito Positivo Estatal, teve a sua acepção fundada tanto numa perspectiva gnoseológica, quanto na axiologia, considerando que a questão do significado ou *diretivas* no sentido de Kazimierz Opalek “encontra-se na Ética (em conexão com a Filosofia, Lógica e Semiótica) e na Teoria do Direito”¹⁰ (1986, p. 11). Quer dizer, *direito* gnosiologicamente pensado significa, dentre outros conceitos, o conjunto de normas jurídicas positivas, das quais regras e princípios jurídicos são suas espécies, confere? Por seu turno, *direito*, na sua acepção axiológica, significa o certo, o justo, o bom, numa ideia: a positivação da medida moral cristã, pela razão de que não há outra melhor.

10 Com efeito, “die Frage der Bedeutung, die wir als direktiven bezeichnen, findet sich in der Ethik (in Verbindung mit Philosophie, Logik und Semiotik), und in der Rechtstheorie”.

Então, o termo *norma jurídica* pode ser sinônimo de Direito Positivo dogmaticamente organizado pelo Estado, mas também pode ser entendida como *sentido de justiça, valor, medida do direito*, como queria São Tomás de Aquino. Nesse sentido, assim como distinguimos os termos *regra de direito* e *norma*, estes sofrem alterações em outros âmbitos jurídicos. Apenas a título de exemplificação – qualquer um de nós pode comprovar numa simples pesquisa léxica, em glossários e dicionários de vocábulos –: no latim temos *praeceptum juris/norma*; em alemão *Rechtssatz* ou *Gesetz/Norm*; em inglês temos: *rule of law/norm*; em francês temos *règle de droit* ou *loi/norme*; em italiano *regola di diritto* ou *legge/norma*; em espanhol *regra de derecho* ou *ley/norma*.

No rastro do pensamento de Von Wright, temos dito que um dos significados de *norma* é lei. Com efeito, “as leis são um subconjunto das normas: são normas que são promulgadas por uma instituição pública” (Opp, 2004, p. 10715). A palavra *lei*, no entanto, é utilizada em pelo menos três sentidos tipicamente diferentes. Em primeiro lugar, estamos a falar das leis do Estado. Em segundo lugar, falamos das leis da natureza. Em terceiro lugar, falamos de leis da Lógica e da Matemática (VON WRIGHT, 1963, [s.p.]).

É evidente que as leis da natureza e as leis do Estado são dessemelhantes. As leis da natureza são descritivas; as do Estado, prescritivas. No entanto, a identidade de nome não é pura coincidência. Observem: a ideia que os gregos tinham acerca do mundo enquanto uma forma organizada e harmoniosamente disposta – *Cosmos* – parece ter sido historicamente associada com a noção de cidade-estado – *polis* –, na medida em que idealizavam-na como uma forma também harmoniosa, justa, para impor coercibilidade à organização dos padrões de conduta na comunidade humana, criando uma expectativa de harmonização, tal como o era a natureza. Nesse contexto, “na filosofia de Platão, poderíamos dizer, esta ideia do mundo como um Cosmos é projetado em condições humanas e fez um padrão ou norma da boa vida” (VON WRIGHT, 1963 [s.p.]).

As normas descritivas da natureza tiveram grande influência, portanto, na edificação das normas prescritivas do Estado. A ligação cada vez mais íntima entre Filosofia e política concebeu a existência dos filósofos-legisladores da *pólis*. A abordagem filosófica para com as leis de organização geográfica serviu de paradigma para o exercício da democracia política em Atenas e para o movimento legiferante de organização da soberania respectiva.

A experiência histórica do conceito de *norma* sinalizou, portanto, que inexistia uma expressão substantivada e abstrata para designar a prescrição impositiva estatal que devesse incidir sobre a comunidade humana. A análise empírica da natureza ensejou a observação da harmonia com que o Cosmos se nos revelava. Foi, inicialmente, essa organicidade natural que provocou o homem para estabelecer parâmetros de bem viver em sociedade, na condição de membro constituinte do campo universal, do éter cósmico que éramos (e nunca deixaremos de sê-lo).

Sobretudo com a modernidade, passa a existir um referencial histórico para a proveniência, não mais de uma noção apenas acerca de *norma*, mas de tipos diversos de normas: a norma técnica, lógica, matemática, econômica, política, a norma jurídica, linguística, religiosa, moral, sociológica, filosófica.

Para von Wright, por exemplo, existem seis tipos de normas: três principais (definitórias ou determinativas; diretivas ou técnicas; e prescrições) e três secundárias (ideais; costumes; e morais). Sendo as normas prescritivas aquelas que ocupam maior espaço na seara jurídica (1963, [s.p.]).

A propósito, muitas são as conceituações alusivas à norma jurídica no Direito. Se para alguns autores, as normas jurídicas são ordens que expressam um desejo da autoridade normativa relativamente à maneira que alguém deve se comportar, para outros, embora prescritivas de sanções – e, portanto, estabelecem uma ordem –, essa ordem é uma ordem *despsicologizada*, quer dizer, independente da vontade da autoridade normativa, como queria Kelsen.

Admitimos, evidentemente, as conceituações segundo as quais normas são regras (atos normativos) e princípios (preceitos legais); estruturas de dever ser com pretensão de universalidade; também enquanto “uma tomada de posição perante os fatos em função tensional de valores” (REALE, 1994, p. 96); e ainda como expectativas normativas generalizadas, sinalizando uma promessa atual para controle de expectativas futuras de comportamentos.

Com essas considerações, há como delimitar o uso do termo *norma jurídica* em função dos respectivos campos semânticos de aplicabilidade? Ademais, a norma jurídica verdadeira, portanto, seria aquela chamada pela maioria dos juristas “válida” ou, é capaz, seria qualquer coisa iminente, uma qualidade ontológica, quem sabe, de um objeto real ideal, em si mesmo subsistente? (CAPELLA, 1968, p. 72-73).

3 A norma jurídica como conquista do decisor: Uma criação metódico-estruturante

Se por um lado, sob o ponto de vista da interpretação jurídica, a linguística consiste em examinar a intenção objetiva do conteúdo da lei, por outro, sob o ponto de vista da linguística jurídica, a interpretação consiste na análise semântica do discurso prescritivo, buscando, mediante uma metódica normativo-estruturante do direito, atribuir um significado aos enunciados linguísticos que expressam o discurso neles contido (CANOTILHO, 2003, p. 1209). Quer dizer, “o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa” (CAPPELLETTI, 1999, p. 22). Na perspectiva linguístico-jurídica sustentamos que o decisor adota uma abordagem interpretativa própria no processo de concretização: a interpretação semiósica compreendida como sendo “o resultado do processo pelo qual o destinatário, diante da manifestação linear do texto, preenche-a de significado” (ECO, 1999b, p. 12).

De se acrescentar, curiosamente, que, numa releitura psicanalítica, o psiquiatra alemão Herbert Silberer falaria na interpretação anagógica [*anagogische Deutung*], que consiste no modo interpretativo de orientação dos símbolos para ideais elevados o qual, elevando, do sentido literal para um sentido espiritual, explicitaria a sua significação moral universal (SILBERER, 1914, p. 168).

Em Freud, a interpretação ganha um sentido diferente. Com o enfoque analítico de investigação, a interpretação consiste na “evidenciação de um sentido latente de um material” (LAPLANCHE; PONTALIS, 1977, p.319), tal como se nos exemplifica, demonstrando que “‘interpretar um sonho’ quer dizer indicar seu ‘sentido’, ou seja, substituí-lo por algo que possa incluir-se na concatenação de nossos atos psíquicos como um fator de importância e valor equivalentes aos demais que a integram” (FREUD, [s.d.], p. 154).

Então, embora haja a presença do discurso – que é o conteúdo manifesto – e do sentido – que é o conteúdo latente –, o que se entende por interpretação, enquanto uma orientação do espírito para as subjetivações, tal como ocorre em Silberer, não deve corresponder ao termo alemão *Deutung* tal como aplicado por Freud, na medida em que, se interpretação alude à relação de certa arbitrariedade entre sentido e acontecimento/palavra, *Deutung* liga-se à explicação e esclarecimento, em um sentido mais técnico-analítico, como acima transcrito do seu *Interpretação dos sonhos* [*Die Traumdeutung*], no qual explica que a *Deutung* de um sonho consiste em indicar a sua *Bedeutung*, a sua significação (LAPLANCHE; PONTALIS, 1977, p. 320).

De qualquer maneira, observo uma diferença entre o que é ideia e o que é ato. Quem sabe dito de outro modo, há, com efeito, muito claramente, uma distinção elementar do que é norma e do que vem a ser ato normativo. Neste sentido, veja-se:

[...] a norma jurídica é o juízo implicacional produzido pelo intérprete em função da experiência no trato com esses suportes comunicacionais. Daí, não há que se confundir norma, como complexo de



significações enunciativas, unificadas em forma lógica determinada (juízo implicacional) e a expressão literal desses enunciados, ou mesmo os conteúdos de sentido que tais enunciados apresentem, quando isoladamente considerados. O plano dos significantes (plano de expressão) é o veículo que manifesta, graficamente (no direito escrito), a mensagem expedida pelo autor (CARVALHO, 2004, p. 112; 1999, p. 60-61).

Além do mais:

Sobre o sentido dos enunciados, é preciso dizer que ele é construído, produzido, elaborado, a contar das marcas gráficas percebidas pelo agente do conhecimento. Desde que se mostre como manchas de tinta sobre o papel, no caso do direito escrito, insisto, assumindo a natureza de um ente físico, materialmente tangível, não se poderia imaginar, em sua consciência, que essa base empírica contivesse, dentro dela, como uma jóia, o conteúdo significativo, algo abstrato, de estrutura eminentemente ideal. Muito menos, que o teor de significação estivesse envolvendo o material empírico, ou sobre ele flutuando como nuvens que recobrem os elevados rochedos. Não, o sentido é constituído ao longo de um processo, iniciado, na hipótese, pela percepção visual das letras, dos vocábulos e das partículas que unem os vocábulos, organizando formações mais amplas. *É o ser humano que, em contacto com as manifestações expressas do direito positivo, vai produzindo as respectivas significações* (CARVALHO, 2004, p. 121).

E ainda, “a norma jurídica existe, mas a sua essência não é real, é objeto ideal. As essências são coisas ideais. Coisas reais são cada uma das normas jurídicas; porém a ‘essência da norma jurídica’ já não é real; é um *objeto ideal*” (Diniz, 2003, p. 50). No mesmo sentido, defendendo que o direito é expressado pela fonte do direito, embora não se confunda com ela, Armin Kaufmann sustenta que a norma não é a lei, mas uma regra de direito não escrita (1976, p. 25).

Cumprido advertir, ademais, que o enunciado (prescrição aplicada e texto) “quer aludir tanto à forma expressional, matéria empírica grava-

da nos documentos dos fatos comunicacionais, como ao sentido a ele atribuído” (Carvalho, 2004, p. 116). É, pois, o suporte físico de significações. Igualmente, a norma jurídica (sentido trazido pela ideia) quer aludir tanto à imagem espiritual (ideia) quanto ao sentido nela atribuído. Assim, é o suporte espiritual de significações. Dessa forma, enquanto as significações (prescrições aplicandas) contidas no enunciado são atribuídas pelo legislador, a partir do ato pragmático de promulgação do documento textual, as significações (sentidos de justiça) contidas na ideia são atribuídas pelo decididor, a partir da metódica normativo-estruturante através do que, criada a norma jurídica (semântica do discurso judicante), enseja-se o ato pragmático de decidir o caso, com o advento da norma de decisão¹¹.

Assim, buscando-se, preventivamente, advertir os utentes da linguagem forense para o cuidado semântico-pragmático a que o presente trabalho se lhes propõe o convite, relativamente ao perigoso uso inflacionário do conceito de norma jurídica como metáfora absoluta em nossa seara, edificam-se as presente ideias comunicandas, na medida em que “[...] o interesse especial pelo emprego de conceitos político-sociais e a análise de suas significações ganham, portanto, uma importância de caráter social e histórico [...]. A luta pelos conceitos “adequados” ganha relevância social e política” (KOSELLECK, 2006, p. 101).

Tudo isso em virtude de que:

[...] a norma jurídica é compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como premissa maior formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia [...].

11 O fenômeno jurídico-normativo é composto por três elementos. Embora distintos, todos complementam-se reciprocamente na concepção desse evento jurídico não pautado por uma hierarquização formalista de elementos puros, mas sim, numa espécie de circularidade presente na relação de reflexividade típica da teoria estruturante do direito, dita material no sentido de impura mesmo, cuja metodologia está sentada no processo de concreção jurídica (F. Müller). E esses são: (a) o ato jurídico de positivação; (b) o enunciado legal (texto e teor); e (c) a norma jurídica. A correspondência entre o fenômeno normativo com a dimensão lingüística adotada na presente pesquisa é a seguinte: o ato jurídico positivo, praticado pela autoridade normativa, corresponde à *pragmática* (legislar/sentenciar/decidir); o signo, que é o enunciado legal, diria respeito à *sintática* (lei/decisões judiciais e/ou administrativas); e a norma jurídica seria alusiva à *semântica* (sentido cultural atribuído, concretamente, pela ideia imaginada, a partir da leitura individual do enunciado positivado). Note-se, contudo, o caráter circular do processo de concreção jurídica: a norma (semântica) só se realiza na fonte (pragmática).



A opinião de que a norma e o texto da norma são uma só coisa ainda está amplamente difundida, devendo ainda ser considerada predominante também na metódica do direito constitucional (MÜLLER, 2000, p. 42).

Vejamos, por exemplo, o desenvolvimento da ideia seguinte:

A diferença existente entre a norma jurídica e a decisão é fundamental []. A norma jurídica é algo acabado, precedentemente imobilizado, estático. A decisão, porém, é uma dinâmica, uma operação experiencial, ela é, pois, Vida, devir, movimento. A norma é essencialmente racional, a decisão surge irracional e, em qualquer caso, contém elementos irracionais¹² (ISAY, 1970, p. 25).

Sabemos que, em verdade, “o que é decisivo é que a norma seja considerada não como fator parcial intercambiável, a serviço da solução adequada de problemas, mas como meta da elaboração metódica dos aspectos materiais ‘problemáticos’” (MÜLLER, 2008, p. 200).

Aceitamos, igualmente, que a teoria estruturante do Direito desenvolveu uma nova concepção, segundo a qual a atividade concretizante “não significa mais tornar mais concreta uma norma jurídica genérica, que já estaria contida no código legal, mas significa, a partir de uma ótica e uma reflexão realistas, construção da norma jurídica no caso decisório individual” (Müller, 2007, p. 148). Com isso, nos parece evidente que “*a Supreme Tribunal has the last Word in saying what the law is [...]*”, não remanescendo dúvidas a respeito de que “*the law (or the constitution) is what the courts say it is*” (HART, 1979, p. 138).

Em razão desta nova forma de conceber o direito, muita vez há que se nos é advertido:

12 Veja-se a ideia legítima: “Der Unterschied des Wesens zwischen Rechtsnorm und Entscheidung ist ein grundlegender [...]. Die Rechtsnorm ist etwas Fertiges, Vergangenes Unbewegliches, Statisches. Die Entscheidung dagegen ist ein dynamischer, ein Erlebnisvorgang, sie ist also Leben, Werden, Bewegung. Die Norm ist ihrem Wesen nach rational, die Entscheidung entsteht irrational und enthält jedenfalls irrationale Elemente”.

[...] uma regra e a formulação da regra são duas entidades diferentes. A norma jurídica é mais do que apenas um texto. Ao decidir sobre o sentido e o conteúdo de uma norma jurídica, a prática jurídica deve ser levada em conta. Já foi salientado por Wittgenstein que as palavras e frases adquirem significados específicos no contexto da sua aplicação (o jogo de linguagem). O processo de constituição de uma norma jurídica, como, por exemplo, a determinação do sentido da formulação e dos textos de norma em si, revela que tudo não passa de partes de uma única aplicação prática¹³ (NARITS, 2005, p. 7).

Neste sentido, alguns semióticos asseveram que “na proposição não está ainda contido o seu sentido, mas a possibilidade de o exprimir. Na proposição está a forma, mas não o conteúdo do seu sentido” (Wittgenstein, 2008, p.40), concluindo-se, conseqüentemente, que a ideia não está ligada por relação alguma interior ao que lhe serve de significante (SAUSSURE, 1968, p.100).

Em sentido contrário, desenvolve-se o *paradoxo da regressão infinita do pressuposto*. Observe-se:

Quando designo alguma coisa, suponho sempre que o sentido é compreendido e já está presente. Como diz Bérgeon, não vamos dos sons às imagens e das imagens ao sentido: instalamo-nos logo ‘de saída’ em pleno sentido. O sentido é como a esfera em que estou instalado para operar as designações possíveis e mesmo para pensar suas condições. O sentido está sempre pressuposto desde que o eu começa a falar; eu não poderia começar sem esta pressuposição (DELEUZE, 2007, p. 31).

De qualquer maneira,

[...] para nós, a lei é pura palavra; é uma série de fatos gráficos destituídos de sentido dado “ex ante”. O sentido, quem damos somos nós, a

13 Narits: “It must be noted that a rule and the formulation of the rule are two different entities. A legal norm is more than barely a text. In deciding about the meaning and content of a legal norm, legal practice must be taken into account. It was stressed already by Wittgenstein that words and sentences acquire specific meanings in the context of their application (the language game). The process of constituting a legal norm, e.g. the determination of the meaning of the formulation and the norm-texts themselves, are all parts of the single application practice”.



construir a norma que possa ocupar o espaço possível dentro do que se apresenta como texto; ou melhor, damos um dentre os sentidos possíveis ao que se apresenta como texto. Em que pese o esforço para se identificar o texto-norma, há sempre ali a possibilidade de criação da norma dentro das condições que o texto oferece (COUTINHO, 2006, p. 78).

Com efeito,

[...] a linguagem é manifestamente apenas um caminho para a comunicação, um caminho do trânsito, um instrumento de troca, um instrumento da representação; ela é sempre apenas um meio para outra coisa, sempre apenas o que é posterior, aquilo que é de segundo plano, invólucro e casca das coisas, mas não a sua essência mesma. Assim parece (HEIDEGGER, 2008, p. 55).

Deveras, “o processo pelo qual se introduz um termo no discurso, ou pelo qual se especifica mais exatamente um termo já em uso, pode chamar-se especificação do significado [...]. Com efeito, a especificação do significado é processual; é hipotética e provisional, e sofre modificações ao longo da investigação” (Kaplan, [s.d], p. 76). E essa imagem nos remete a um seguimento específico da ciência das significações, que é o âmbito da *semântica pragmática* a qual, aproximando a criação do significado à vida prática, revela as relações de conhecimento e de vontade entre os interlocutores que, as mais das vezes, determinam o conteúdo e a forma das mensagens (POTTIER, 1992, p. 20)¹⁴.

Ademais, cumpre enfatizar que o teor literal da prescrição aplicanda é a forma da lei, mas não é a lei (MÜLLER, 2000, p.101). Quer dizer, o teor literal é o texto de norma; sendo, a prescrição aplicanda, a lei. Com isso, não remanescem dúvidas de que “as ‘letras’ e o ‘espírito’ da disposição legal já são distinguidos em toda parte em que o solo do positivismo ingênuo ou do normologismo é abandonado” (MÜLLER,

¹⁴ Considerando como interlocutores o decididor e o legislador, aplicamos o original “La sémantique pragmatique tient compte des relations de Savoir et de Vouloir entre les interlocuteurs, lesquelles déterminent grandement le contenu et la forme des messages”.

2008, p. 194). O surgimento desta nova área sustenta, por isso mesmo, que “o legislador deve expressar suas noções principais em uma norma (texto), mas não pode determinar o sentido dessa norma para uma situação específica” (NARITS, 2005, p.20).

Então, apenas o teor literal do texto correlaciona-se diretamente com o *programa da norma* ou, em outras palavras, diz pertinência imediatamente à *lei*, à *ordem jurídica*. Já o *âmbito da norma*, por seu turno, é o recorte jurídico da realidade social pinçado pelo *programa da norma* para servir-lhe de âmbito de regulamentação. Esses elementos componentes da norma jurídica revelam-na enquanto elemento que não é “um “juízo hipotético” isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado” (MÜLLER, 2000, p.58).

Desse modo, “como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode esgotar-se somente na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos” (Müller, 2000, p. 42). Assim, “a interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento” (Müller, 2000, p. 61), que ocorre na ocasião em que se conjugam dois momentos, repita-se e retenha-se: o âmbito da norma e o programa da norma.

Assim,

Se a concreção do fato não encontra norma genérica em que se aloje, nem por isso o órgão jurisdicional deixa de julgar, isto é, de emitir o dever-ser para a situação individual, ou julgar arbitrariamente, sem norma fundante da decisão. O órgão judicante ou julga com base em regra geral, criando norma individual dentro do quadro da regra geral, ou julga – se tem o dever jurídico de julgar – sem regra prévia. Mas cria, ele próprio, essa norma geral que fundamenta sua sentença. Se o direito regra a sua própria produção de normas, através de outras

normas – normas procedimentais e de fundo – o órgão judicante participa nessa produção normativa [...] Quer dizer: o juiz, criando a norma geral e a norma individual para o caso, sem norma geral de conteúdo especificado para o caso ‘*sub judice*’, é o próprio ordenamento autocompondo-se, auto-integrando-se, ou autocomplementando-se (VILANOVA, 1997, p. 234).

Ademais, o âmbito da dinâmica jurídica revela-nos que se dos fatos provêm normas, das normas provêm fatos e, na dialética da circularidade, “o direito vai-se autopondo em fatos e atos. Leva, com ele, a *autogênese*, absorvendo matéria social externa, em suas *fontes formais*: o que vem de fora passa pelo seu processo de criação, o seu *Erzeugungprozess*, inserido *no interior* do sistema” (VILANOVA, 1989, p. 87).

Ora, considerando a referida *dialética da circularidade*, como podemos indicar o sentido de uma palavra, senão em outras palavras, na mesma ou em uma linguagem diferente? (Saeed, 2003, p. 6). Daí surge a relação reflexiva entre os elementos do processo de criação, todos por de tal forma hierarquicamente entrelaçados, na medida em que levada a sério a influência de um elemento sobre outro (influência recíproca) na construção do direito, como forma de compreender a relação material típica de uma concreção judiciousa. Quer dizer, o respeito ao outro elemento, a partir de uma teoria material – não formalmente hierarquizante –, enseja a compreensão da contingência presente na relação de circularidade entre os elementos do processo de concreção do direito.

Isso nos remete ao apoio benfeitor promovido pela lógica simbólica à ciência da linguagem quando sinalizou a distinção entre linguagem-objeto e metalinguagem (Jakobson, 1969, p. 46), sustentando que a descrição do sistema é produto de uma metalinguagem da qual o sistema será uma linguagem-objeto (EPSTEIN, 1973, p. 11). Então, observando a relação entre a linguagem-objeto com a metalinguagem que o descreve, há uma clara sensação de que vamos querer dizer a linguagem contida na sua metalinguagem (GEORGE, 1964, p. 30). Consideran-

do, pois, que a metalinguagem cuida de produzir enunciados alusivos à linguagem-objeto, esta é, portanto, produto daquela.

Um exemplo prático disso revela-se quando o decididor descreve o sistema jurídico, no processo de concretização do direito. Neste caso, o ordenamento jurídico seria a linguagem objeto do pronunciamento judicial, sendo este, portanto, a metalinguagem que o descreveu. Ocorre que, parar por aí seria insistir naquele modelo de hierarquias formalistas tão desprezado. É que, e se a linguagem-objeto, por acaso, também produzir enunciados pertinentes à metalinguagem que a cria? Neste caso, o que era linguagem-objeto passa a ser metalinguagem; enquanto esta passa a ocupar a posição daquela.

Em verdade, se há alguma hierarquia, esta hierarquia é entrelaçada. Observe-se: o discurso do decididor é, com efeito, metalinguagem do ordenamento jurídico, que é sua linguagem-objeto. Contudo, quando a Constituição da República prevê a maneira como o juiz deve proceder com a sua função, este deixa de produzir a metalinguagem e passa a ser a linguagem-objeto do discurso constitucional. Eis o paradoxo das hierarquias entrelaçadas (HOFSTADTER, 1979, p. 686) que, aplicado ao direito, sinaliza que “a sentença constitucional, subordinada normativamente à Constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional” (NEVES, 2009, p. 295). Portanto, é como se ora o juiz estivesse dentro da Constituição, ora, a Constituição, dentro dele.

Vejamos, além disso, o exemplo da lei e do fato juridicamente relevante – o que, aliás, poderia ser feito com qualquer relação binária entre os componentes sistêmicos de concreção, na medida em que todos por de tal forma revelam-se igualmente importantes na operação mental de interpretação do ato normativo para a reconstrução do próprio fato e imputação semântica, a partir da criação da norma jurídica que só se realiza quando expressada pela norma de decisão. Com a modernidade, o Direito se tornou mais complexo, porque a sociedade se tornou mais complexa. Daí decorre a necessidade de

um novo modelo: o positivismo. Mas, sustentar que a lei positivada é hierarquicamente superior ao fato juridicamente relevante é insistir em erro. Evidentemente, hoje, a lei é a referência mais importante, **porque o direito positivo nacional é dogmático**. Mas, se houver um crescimento de hierarquização formal da lei em detrimento do fato, sem considerar a contingência da positivação da lei, a partir do próprio fato, a lei como mecanismo reflexivo perde o seu sentido, consolidado nas próprias razões culturais dos eventos sociais que fizeram-na positivada.

Então, o fato juridicamente relevante para a positivação é importante, mas depende da própria lei. Igualmente, a lei para a criação do Direito é importante, mas depende do próprio fato. E ainda, a norma jurídica é imprescindível à resolução da lide, mas depende da expressão simbólica que lhe serve de significante, na medida em que apenas se perfecciona quando comunicada pela norma de decisão, mostrando a mesma importância material entre os elementos do processo de concreção do Direito.

Deveras, o mais importante é finalmente percebermos as diferenças entre esses componentes de concretização jurídica, conferindo-lhes uma aplicação técnica e teórica úteis, no sentido de evitar o uso inflacionário dos objetos sistêmicos, de uma maneira formalmente hierarquizante e semanticamente aleatória, extremamente, perniciosas ao diálogo material, principal redentor da identidade do Direito.

Conclusões

Observo que não mais se tem arranjo gnosiológico para continuar a proceder com as considerações alusivas ao signo *norma jurídica*, em virtude do que preferimos levar a sério a expressão axiomática enunciada por Wittgenstein no último aforismo de seu *Tractatus* que sentencia: “Acerca daquilo que se não pode falar, tem que se ficar em silêncio” (WITTGENSTEIN, 2008, p. 142).

A conclusão dos nossos estudos jurídico-linguísticos, portanto, sinaliza que o grau de generalização e teorização do conceito de norma jurídica transcende a dimensão terráquea e passa a ser (re) conhecida como um elemento metafísico, que combina componentes do ser inteligente, numa dimensão espiritual de circularidade na relação, sobretudo, entre *Sinn* e *Bedeutung* [sentido (imagem cultural local) e significação (ideia cultural universal)].

Então, considerando o que Bréal chama de ampliação do sentido, assim como o nome *pecúnia* é oriundo da noção de fortuna em gado (*pecus*) e, no decorrer da História, passou a designar toda a espécie de riqueza, na medida em que o povo continua a empregar a palavra *pecúnia*, sem que referida fortuna seja necessariamente um rebanho (2008, p.87-88); a norma é oriunda da noção de normalidade que marca o modelo de disposição das propriedades da natureza que influenciara o padrão harmonioso de conduta da sociedade e, com o advento das cidades-estado, e da criação das regras do bem viver – a partir de uma pretensão consensual curiosamente mais evoluída à atual – e, conseqüentemente, na modernidade, com a criação da estrutura institucional pública virtual, o Estado, o termo *norma* passou a ser utilizado, sobretudo – nunca sempre –, para designar um significado novo: o de qualquer ato normativo editado pelo direito positivo dogmaticamente organizado.

Concluimos, portanto, no estado atual das coisas, que *norma* significa e sempre significou o sentido de equilíbrio e justiça trazido pela ideia intrassubjetiva do ser inteligente que, desde a antiguidade vem em constante progresso da consciência moral (não apenas a partir da modernidade, mas também a partir dela) e, partindo disso, se esse sentido era trazido pela ideia do Rei absolutista, num modelo hierárquico, piramidal orientado por uma cosmovisão religiosa no topo, passando *a posteriori* a sê-lo exclusivamente pela função legislativa, quando da positivação unilateral dos conteúdos morais locais lá nos idos iniciais do século XIX e, hoje em dia, também o é por um fecundo judiciário mais e mais jurígeno, isso já é uma outra história.



A history of the *concept of juridical norm*: preparation for the semantic construction of judicial discourse

Abstract

Initially, is sustained that the phenomenon of the complexity of semantics relationships, typical of modernity, it engenders a kind of miscellanea of linguistic signs, from the idea that the term juridical norm can sometimes be a significant allusive to a meaning; other times one of possible meanings of any significant; or even, the meaning of some significant. Furthermore, is invited to a historical tour of the concept of juridical norm, from the notion of diachronic semantic, trying to reconstruct its conceptual outline, which has been losing more and more, due to inflation in the use of this sign, especially in the forensics environmental, as

absolute metaphor. Finally, it is adduced that the juridical norm is an achievement, an acquisition of law creator. Based on the structuring theory of law, it is argued that the meaning of the formulation is determined in the interpretation practice and must be determined by the creator of law, because only that law-maker has legitimation to decide a specific situation. So, is advised the legislator for the fact that he must express its principal notions in a text, but he cannot determine the meaning of that text for a specific situation.

Key words: History. Semantics. Juridical norm. Normative concretion.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRÉAL, Michel. **Ensaio de semântica**. 2. ed. São Paulo: RG, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Interpretação, aplicação e concretização do direito constitucional. In: _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLA, Juan-Ramon. **El derecho como lenguaje**: um análisis lógico. Barcelona: Ariel, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. Sobre a norma jurídica tributária, geral e abstrata. In: _____. **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Vigência, aplicação e interpretação da legislação tributária. In: _____. **Curso de direito tributário**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 80-129.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O estrangeiro do juiz ou o juiz é o estrangeiro? In: HARTMANN, Helen (Coord.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de “O estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do Sentido**. Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Perspectiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUBOUCHET, Paul. **Sémiotique juridique**: introduction à une science du droit. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

ECO, Umberto. **A estrutura ausente**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

_____. **As formas do conteúdo**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999a.

_____. Intentio Lectoris: apontamentos sobre a semiótica da recepção. In: **Os limites da interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 1999b.



_____. **Tratado geral de semiótica**. 4. ed. Trad. Antônio de Pádua Danesi; Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2007.

EPSTEIN, Isaac. **Cibernética e Comunicação**. São Paulo: Cultrix, 1973.

FREUD, Sigmund. Interpretação dos sonhos. In: _____. **Obras completas de Sigmund Freud**. Trad. Odilon Gallotti. Rio de Janeiro: Delta, [s.d.]. Tomo 1, v. 3.

FRITZ, Gerd. Diachronische strukturelle Semantik. In: _____. **Historische Semantik**. Stuttgart e Weimar: Metzler, 1998.

GEORGE, F. H. **Semantics**. Londres: The English Universities Press, 1964.

HART, Herbert L. A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Law Series, 1979.

HEIDEGGER, Martin. **Lógica: a pergunta pela essência da linguagem**. Trad. Maria Adelaide Pacheco; Helga Hooek Quadrado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HOFSTADTER, Douglas R. Strange Loops, Or Tangled Hierarchies. In: _____. **Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid**. Hassocks: The Harvester Press, 1979.

HOMERO. **A iliada**. Trad. Fernando C. de Araújo Gomes. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1989.

ISAY, Hermann. **Rechtsnorm und Entscheidung**. Berlim: Franz Vahlen, 1970.

JACKSON, Bernard S. Logic and semiotics: ontology or linguistic structure? **International Journal for the Semiotics of Law**, Deborah Charles Publications, v. 11, n. 33., p. 323-327, 1998.

JAKOBSON, Roman. **Lingüística e Comunicação**. Trad. Izidoro Blikstein; José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1969.

KAPLAN, Abraham. Definición y especificación del significado. In: BUNGE, Mario (Org.). **Antología Semántica**. Buenos Aires: Nueva Visión, s.d.

KARDEC, Allan. **Obras póstumas**. Trad. Guillon Ribeiro. 38. ed. Rio de Janeiro: FEB, 2005.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KOSELLECK, Reinhart. **Uma história dos conceitos**: problemas teóricos e práticos. Estudos Históricos: teoria e história, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146, 1992. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/101.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. MAAS, Wilma Patrícia Maas; Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J.-B. **Vocabulário da psicanálise**. 3. ed. Trad. Pedro Santos Tamen. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

LYONS, John. **Semântica Estrutural**. Trad. António. Lisboa Pescada: Presença, 1963.

_____. **Semantics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. v.1.



MARÍN, Rafael Hernández. **Introducción a la teoría de la norma jurídica**. 2 ed. Madri: Marcial Pons, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

NARITS, Raul. About the meaning of the legal aspect of practical semantics in Estonian legal order. **International Journal for the Semiotics of Law**, Springer, v. 18, n. 1. p. 323-327, 2005.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OPALEK, Kazimierz. **Theorie der Direktiven und der Normen**. Viena e Nova Iorque: Springer, 1986.

OPP, K.-D. Norms. **International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences**, p. 10714-10720, 2004.

PALMER, F. R. **A semântica**. Trad. Ana Maria Machado Chaves. São Paulo: Martins Fontes, [s.d.].

PLATÃO. **A república**. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

POTTIER, Bernard. **Sémantique générale**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RICOEUR, Paul. **A metáfora viva**. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2000.

ROSS, Alf. **Lógica de las normas**. Trad. José S.P. Granada Hierro: Comares, 2000.

SAEED, John I. **Semantics**. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2003.

SANKEY, Howard. The language of science: meaning variance and theory comparison. **Language Sciences**, n. 22, p. 117-136, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de linguistique générale**. Paris: Payot, 1968.

SILBERER, Herbert. **Probleme der Mystik und ihrer Symbolik**. Viena e Leipzig: Hugo Heller, 1914.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e aplicatio jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANNOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v 1: Filosofia, teoria e metodologia.

STRENGER, C. Psychotherapy and Hermeneutics. **International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences**, 2001.

TOUCHIE, John C. W. Exit Fantasyland: On the Ontological Status of “Pure” Logic and “Pure” Semantics. **International Journal for the**



Semiotics of Law. Deborah Charles Publications, v. 11, n. 33, p. 193-203, 1998.

ULLMANN, Stephen. **Language and style.** Oxford: Basil Blackwell, 1966.

_____. **Introducción a la semántica francesa.** Trad. Eugenio de Bustos Tovar. Madri: Instituto de filologia, 1986.

_____. **Semântica:** uma introdução à ciência do significado. Trad. J. A. Osório Mateus. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico.** Trad. M. S. Lourenço Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

WRIGHT, George Henrik von. **Norm and action:** a logical Enquiry. International Library of Philosophy and Scientific Method. Layer, 1963. Disponível em: <http://www.giffordlectures.org/Browse.asp?PubID=TPNORM&Cover=TRUE>>. Acesso em: 20.07.2009.

Referência deste artigo

NEVES, Eduardo Porto Carreiro. Uma história do conceito de Norma Jurídica: preparatório para a construção semântica do discurso judicante. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 145-178, jan./jun. 2010.

* Artigo recebido em: 18 mar. 2010. Aprovado em: 7 mai. 2010.

Das diversas funções atribuídas ao Direito Penal à função de proteção de bens jurídicos como condição legitimante

Érica Babini Lapa do Amaral Machado.

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco, Professora da Faculdade Damas, Advogada Autárquica do IASC-Recife.

Resumo

Trata-se de trabalho dedicado à investigação das diversas funções atribuídas pelas doutrinas ao Direito penal, as quais respondem à indagação para que punir. A importância da questão decorre do fato de que a missão do Direito penal, o que visa se atingir com a cominação e infligência de uma pena, é o que legitima o jus puniendi. Pretende-se compreender, dentre as funções apresentadas, qual a mais se conforma aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, sendo, dessa forma, capaz, racionalmente, de justificar a intervenção punitiva estatal, afastando-se da absolutização

de poder. Nesse sentido, levando-se em consideração que a Dignidade da Pessoa Humana é a viga mestra de todo ordenamento jurídico, o qual é avesso às formas arbitrárias de poder, pretende-se concluir que dentre as teorias – missão do Direito penal de atribuir um valor, de estabilizar a confiança normativa ou de proteger bens jurídicos – a que mais se coaduna com aquele baluarte é a proteção aos bens jurídicos penais.

Palavras-chaves: Funções. Direito Penal. Estado Democrático de Direito. Legitimidade.

1 O conteúdo finalístico do Direito Penal nas moldagens do Estado Democrático de Direito, uma breve introdução

1.1 A metodologia de investigação

São sempre de grande vulto as problemáticas que envolvem o Direito penal, tendo em vista que

Falar de Direito penal é falar, de um modo ou de outro, de violência. Violentos são geralmente os casos a que se ocupa o Direito penal (roubo, assassinato, terrorismo, rebelião). Violenta é também a forma pela qual o Direito penal soluciona estes casos (cárcere, internamentos psiquiátricos, suspensões e inabilitações de direitos). O mundo está repleto de violência e não é, portanto, exagerado afirmar que esta violência constitui um ingrediente básico de todas as instituições que regem este mundo, também o Direito penal. O Direito penal, tanto nos casos em que sanciona como nas formas de sancioná-los é, pois, violência, mas nem toda violência é Direito penal¹.

Esse quadro confirma que não é por outra razão que o Direito penal carrega consigo um caráter dúbio, pois tutela bens de uns, ferindo bens de outros, é como uma “espada de dois gumes, tutelando bens jurídicos mediante lesão dos mesmos”². Aliás,

em termos de considerações jusfilosóficas, pode-se afirmar que o ponto forte do direito penal coincide com seu ponto fraco, o que pode ser expresso na metáfora grega do *fármakon*, reativada por filósofos do direito italiano para indicar os problemas de legitimação do Direito penal, de como qualquer outro remédio forte, o direito penal pode facilmente se tornar um veneno, destruir o organismo que pretende curar, como indica o duplo significado do termo grego *fármakon* (meio de cura e de envenenamento)³.

1 MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 29.

2 LISZT, Franz Von. **A idéia de fim no Direito Penal**. São Paulo: Rideel, 2005, p. 56.

3 SABADELL, Ana Lúcia, DIMOULIS, Dimitri, MINHOTO, Laurindo Dias. **Direito social, regulação econômica e crise de Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 49.

É em razão dessas deletérias consequências do agir criminal que se questiona as funções⁴ que exerce o Direito penal e qual o papel que pode desempenhar na redução da criminalidade⁵, até porque a resposta da inquirição por que punir, justifica, racionalmente, a intervenção punitiva⁶.

Neste texto, procura-se discorrer sobre algumas das construções teóricas acerca das funções atribuídas ao Direito penal, e qual delas mais se coaduna com a configuração do Estado Democrático de Direito. Esclareça-se, desde logo que a missão (função) do Direito penal refere-se àquilo declarado pela ordem jurídica, sob o ponto de vista dogmático, o que não importa necessariamente o seu cumprimento na ordem prática, o que, aliás, a criminologia já se encarregou de denunciar através das funções não declaradas, como a manutenção do sistema social escalonado. Mas essas são outras incursões não contempladas neste trabalho⁷.

Antes, porém de adentrar especificamente nesta seara, é importante partir do pressuposto de que o Direito não é uma coisa em si mesma, isto é, não existe ontologicamente como se fosse independente da representação humana, ao revés constitui uma criação do homem, é fruto de sua elaboração. Afinal, “o direito é o que dizemos o que ele é, porque o direito, como de resto tudo o que diz respeito ao homem, não está no fato ou na norma em si, mas na cabeça das pessoas [...]”⁸.

A preliminar é importante porque sinaliza que a metodologia de investigação do Direito demanda uma imersão para além da dogmática,

4 “Existe hoje um renovado interesse pela problemática relativa à função do direito penal e um largo acordo em que a sua correta determinação constitui um dos mais relevantes comandos de um programa político-criminal de domínio e controle da criminalidade”. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal e Estado-de-Direito material. Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 39-53, jan – jun, 1982.

5 DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal e Estado-de-Direito material. Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 39-53, jan – jun, 1982.

6 Para se entender o problema da justificação ou não do direito penal, é necessário uma divisão categórica em três questões: o direito de punir – a pena, as escolhas que antecedem à definição dos pressupostos da pena os delitos; e, por fim, a justificação das formas e procedimentos – o processo penal, em que cada uma dessas questões se refere a quatro outras perguntas mais específicas “se, como, quando e por que punir, proibir e julgar” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 167.

7 Para maiores investigações, sugere-se BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. Instituto Carioca de Criminologia, 1999 e ANDRADE, Vera Regina P. de. *A Ilusão da Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

8 FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, fasc. 63, p. 188-230, Nov-Dez, 2006.

aqui no caso das ciências criminais, envolvendo também as perspectivas políticocriminal e criminológica. Mas não somente, é importante também uma pecha de filosofia política (apesar do espanto que isso possa causar), porque esta “pode dar, sobremaneira, uma contribuição realmente válida às referidas disciplinas ou por acaso ela não prestaria a um desserviço ao direito penal ao problematizar o que já está posto como inevitável?”⁹.

Enfim, a metodologia se justifica pela tentativa de evitar qualquer espécie de esquizofrenia jurídica, fazendo com que o estudioso não sofra nem com a alienação técnica, fazendo-se apenas político; nem com a alienação política, fazendo-se apenas técnico¹⁰, objetivando uma postura crítica.

1.2 A Legitimação do Direito penal condicionada à função que se propõe: os limites do Estado Democrático de Direito

O conteúdo finalístico do Direito remonta a Rudolf Von Ihering, segundo o qual o Direito por ser uma ciência sistemática, e não lógica, seria destinado a um fim no trilho de um meio de questões, devendo ponderar sua força, a fim de que a balança permaneça em constante equilíbrio¹¹ e a espada, simbolizada pela Deusa, possa ser manejada sem despautério.

No caso do Direito penal, a abordagem finalística é significativa, tendo em vista as consequências de seu manejo, já mencionadas. Esse enfoque foi captado por Franz von Liszt, preocupado em alertar que o fim da lei penal não seria diferente do que toda e qualquer lei: assegurar as condições de vida em sociedade, e para alcançar este fim utiliza-se de um meio particular: a pena.

9 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Júlio Cesar Faria, 2005.

10 IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

11 LISZT, Franz Von. **A idéia de fim no Direito Penal**. São Paulo: Rideel, 2005, p. 2005, p. 19.

A concepção de Liszt é reconhecida na *Idéia do Fim no Direito Penal*, em que demonstra um processo evolutivo da pena que deixa de ser uma motivação impulsiva, fruto da “tendência de autoafirmação do indivíduo de conservação individual (e com isso, talvez, em última análise, da espécie)”¹² para cumprir um fim maior que é de prevenção, fazendo coincidir as vontades individual e coletiva, evitando ser a pena um sacrifício desarrazoado.

Isto é, ao elencar a prevenção como a função precípua do Direito penal, Liszt enfatizou o homem e não o Direito em si, evitando que as ações intimidativas e repressivas não atingissem a essência do ser, a liberdade, desarrazoadamente, contribuindo com as modulagens do Direito penal liberal, as quais procuram “velar pela esfera de liberdade e segurança jurídica do cidadão, em particular, frente ao poder do Estado”¹³.

Imbricada à função do Direito penal, está a questão da legitimidade, a qual depende, por sua vez, da relação que estabelece entre si, Estado e indivíduo, uma vez que o grupo social sopesa considerações como a seguinte: “com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados ao Estado provê de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?”¹⁴.

Precipitando a problemática, ressalte-se que a legitimidade é um conceito de dupla vertente – formal e material, sendo a legitimidade formal aperfeiçoada por meio da observância do processo obedecido na elaboração da legislativa, de modo que o Direito penal sob o ponto de vista objetivo é um conjunto de normas que prevê comportamentos humanos merecedores de sanção jurídica – ou seja, emanção do poder punitivo do Estado. Nesse sentido, o saldo de legitimação formal já é dado pelo princípio *nullum crimen sine lege*, consagrado na Constituição Federal no rol dos direitos fundamentais arrolados no art. 5º, XXIX.

12 ZIPF, Heinz. **Introducción a la Política Criminal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, p.25.

13 ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2 ed. Lisboa: Veja, 1993, p. 15.

14 O direito subjetivo exprime algo de concreto, de individual, de particular a um determinado sujeito. Não existe nenhum direito subjetivo quando falta uma norma que opere neste sentido, não se pode, portanto falar de um direito subjetivo de punir que caiba ao Estado enquanto tal, *antes* da promulgação de uma norma penal. É tecnicamente impróprio falar de um direito de punir que caiba ao Estado nas vestes de um legislador. BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 193.

Por outro lado, a legitimidade material guarda relação com o direito subjetivo de punir, as condições e a eficiência dessa intervenção, de modo que se o *ius puniendi* pode ser denominado como tal¹⁵, é relevante que só seja acionado quando aceito pela sociedade, que só o admite para proteger um interesse ou bem particular.

Isto é, a investigação das funções a que se incumbe o Direito penal tem estreita relação com a legitimidade material da intervenção estatal e que é por sua vez, diretamente condicionada pela orientação política que cada Estado. Para fins desse estudo, serão pontuados os liames do Estado Democrático de Direito, até porque antes da formulação desse modelo, o Direito penal foi destinatário de diversas funções que procuravam justificar o exercício do *jus puniendi* frente as mais graves infrações ao ordenamento jurídico¹⁶.

Enfim, nos meandros do Estado Democrático de Direito, os fins do Direito penal devem volver-se à liberdade, a fim de que a sociedade que se submete à ordem normativa possa aderir livremente aos comandos, aceitando as pretensões punitivas, reforçando a força cogente, por corroborar que sua própria esfera de liberdade depende da punição em si. Introduzindo a problemática: o Direito penal do Estado Democrático de Direito apenas será legítimo se consagrar a liberdade.

O Estado Democrático de Direito é resultado da superação do Estado absoluto, outrora fundado no direito teocrático, arbitrário que subjugava o homem para a realização do próprio poder. Já o modelo seguinte primou que o Estado não é um fim em si mesmo, mas somente um meio à tutela da pessoa humana, razão pela qual todas as peculiaridades do ser humano devem ser exaltadas, principalmente, a liberdade.

15 NAVARRETE, Polaino Miguel. Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal. In José e Luis Díez Ripollés (Coord.). La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 109.

16 CEREZO MIR, José. Curso de Derecho penal español. Parte Geral. I. Introducción. Madrid: Tecnos, 1996, p. 15.



2 As diversas funções do Direito penal e sua relação com a liberdade

2.1 A proteção de valores sociais como função do Direito penal

Existem diversas réplicas à questão da função do Direito penal, como o faz Hans Welzel, que atribuiu à função do Direito penal a proteção dos valores elementares da consciência de caráter ético-social, a fim de garantir as normas elementares que compõem o mínimo ético-social.

Para Welzel, como alemão disposto a afastar as mazelas nazistas do ordenamento jurídico, a missão da ordem penal consiste em “assegurar a real vigência (observância) dos valores da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a Sociedade”¹⁷.

Trata-se de uma perspectiva que tem que o fim da norma penal é proteger e motivar. Isto é, influenciar as pessoas, introjetando em suas mentes elementos pedagógicos que as levem a respeitar os bens jurídicos e a motivando a conformação dos comportamentos. Enfim o Direito penal exerce importante papel no influxo da motivação humana, dado que as normas jurídicas são internalizadas e formam a própria consciência do indivíduo.

Sob esta mesma perspectiva, Cerezo Mir, discípulo de Welzel, esclarece que [...] As concepções ético-sociais desempenham papel primordial, pois o Direito penal define como delito as infrações mais graves às normas da ética social¹⁸.

Além da função da proteção dos valores sociais, atualmente a Dogmática se depara com o sistema funcional normativista, uma construção, tecnicamente assaz que tem pontuado as funções do Direito penal,

17 NAVARRETE, Polaino Miguel. *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal*. In: **La Ciencia del Derecho Penal Ante el Nuevo Siglo**. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 111.

18 JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003, p. 1.

e mais, ressoado em muitas posturas normativas, o que segue adiante. É, aliás, o que ressalta Navarrete:

A construção do mais recente sistema da dogmática penal de corte funcional normativista tem tratado de legitimar o Direito penal, não em razão da necessidade social de se reconhecer valores, mas sim, unilateralmente, na própria vigência da norma incriminadora, a qual prevê a sua autoproteção normativa. A apreciação desse sistema de uma maneira seguramente clara – e por demais brilhante – pode ser observada na atual configuração dogmática do relevante sistema funcional normativo de Jakobs.¹⁹

2.2 A função do Direito penal no sistema funcional-normativo

A visão funcionalista, como uma perspectiva sistêmica de observação do Direito, divide-se, em termos gerais, entre a teoria de Claus Roxin e Günther Jakobs.

Segundo Jakobs o Direito penal deve voltar-se à proteção da vigência da norma incriminadora, exercer papel central no processo de socialização, garantindo as expectativas de comportamento, sendo a pena um mecanismo de reintegração a partir da negação do deficiente e reafirmação do Direito, confirmando a identidade social²⁰.

O funcionalismo parte da premissa de que os indivíduos e as instituições cumprem papéis, os quais são distribuídos de forma harmônica no sentido da manutenção da sociedade através de seus subsistemas, e quando, há uma rotura de um comportamento, o agente é considerado desviante e a pena surge como elemento reintegrador e estabilizador.

Os fins perseguidos pelo Direito penal se coadunam com os fins sociais impressos pela ordem constitucional, e que são, por sua vez, fruto

19 JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da Intervenção**. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003, p.1.

20 MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I. Primeira Parte. Teorias Generales. Buenos Aires: Ediar, 1948, p. 101

de um consenso social, o qual estabelece os fins do Estado e concede a este o monopólio da força para atingir aquelas metas através do exercício de controle social.

Assim o Direito penal, funciona como subsistema que deve confirmar o reconhecimento normativo e preservar a confiança na norma. É ilustrativa a afirmativa de que “todo delito, seja de comissão ou de omissão, frustra uma expectativa juridicamente garantida”²¹.

A análise sistêmica permite um novo marco teórico da legitimação do castigo. A pena não é examinada sob o enfoque valorativo (seus fins ideais), senão funcional, dinâmico como qualquer outra instituição social (funções reais que a pensa desempenha para o bom funcionamento do sistema).

A função, portanto é reintegrar exemplificativamente a vigência efetiva dos valores violados pelo delinquente, impedindo que se enfraqueçam. Reforça a convicção coletiva em relação à transcendência desses valores, fomenta e dissemina os mecanismos de integração e de solidariedade social frente ao infrator e devolve ao cidadão “honesto” a confiança no sistema.

Aqui a teoria tende a confundir o fático com o normativo, e tem importantes repercussões de índole politicocriminal, pois nega outras categorias – como a culpabilidade e o bem jurídicopenal, mas essas são outras considerações dogmáticas para outros enxertos.

Para essa vertente, a demanda penal é a manutenção do sistema social, especificamente da identidade social. Aqui o sistema de controle social tem a missão de garantir a ordem social por meio da socialização do indivíduo, estabelecendo as expectativas de comportamento ou a imposição de penas para encarregar tal desiderato. É por isto que a sanção é meio de reintegração do ordenamento jurídico a partir da negação de algo deficiente e a reafirmação do direito²².

21 A noção de autopoiese tem origem na biologia, trabalhado por Humberto Maturana, biólogo Chileno, um sistema segundo a qual o organismo humano é capaz de se auto-reproduzir, como as células que são auto-referentes, como um juízo de auto-suficiência. Nesta perspectiva, Luhman foi resgatar o conceito biológico para transportá-lo para o âmbito dos sistemas sociais e com isso conceber que os sistemas sociais, formados por subsistemas têm capacidade de se auto-manterem, assim, também o é o Direito.

22 JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003, p. 1.

Partem da perspectiva sociológica de Luhman, o qual concebe a sociedade como um sistema auto-referente e autopoietico que se integra de expressões de sentido, de comunicações, um sistema global do qual pertencem vários outros sistemas autopoieticos²³, capazes de manterem-se por si mesmos.

Neste sentido, os fins do Direito penal seria proteger a vigência da norma, precisamente a própria ordem jurídica, o próprio funcionamento do subsistema, um fundamento exclusivamente normativojuridico: “o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”, pois “a prestação que realiza o direito Penal consiste por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O direito Penal, confirma, portanto, a identidade social”²⁴.

Jakobs defende que

A contribuição que o Direito penal concede à manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas. A garantia consiste no fato de que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social em uma forma dada e exigida legalmente não se dêem por perdidas nos casos em que resultem violadas. Por isto – contradizendo a linguagem usual – se deve definir como o bem a proteger a firmeza das expectativas normativas essenciais frente às decepções que existem no mesmo âmbito da vigência das normas colocadas em prática²⁵.

Nessa perspectiva, Amelung y Calliess²⁶ pretenderam encontrar um conceito pré-jurídico de danosidade social que possa orientar o legislador, concluindo que socialmente danoso seria tudo aquilo que manifestasse disfun-

23 JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003, p. 4.

24 *Apud*. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases de Derecho Penal**. Coleção Maestros del Derecho Penal. 2 ed. Buenos Aires: IBdef, 2007, p. 118.

25 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 92.

26 TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Función Simbólica y objeto de protección del Derecho penal, Pena y Estado**. Función simbólica de la pena, Barcelona, n. 1, p. 9-22, set-dic, 1991.

cionalidade e o é todo aquele fato que “dificulta ou impede que o sistema social resolva os problemas de sua sobrevivência e manutenção”²⁷.

Diferentemente é o funcionalismo de Roxin, partidário da proteção de bens jurídicos, cujo conteúdo pré-jurídico residiria na Constituição, cabendo ao Direito penal a função de atuar sobre a consciência jurídica da população, tentando fortalecer os valores que protege penalmente, pois “Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal”²⁸.

Isto é, reconhece a necessidade de proteção de bens jurídicos, mas ainda sim visa reforçar valores, independentemente de correspondência com os sentimentos coletivos²⁹, o que resulta concluir que o verdadeiro objetivo da norma penal não é proteger o bem jurídico mas o valor de um grupo reforçando a segurança cognitiva dos co-associados

Para evitar tal premissa, Mir Puig, associando-se ao raciocínio desenvolvido por Calliess, expõe que o bem jurídico deve ser a porta de entrada da participação do cidadão nos processos de interação e comunicação social, sendo respeitada a esfera individual de decisibilidade, o que exemplifica como “o poder de viver isolado sem necessidade de temer os demais o impeçam isto. Esta sim é uma verdadeira possibilidade de participação social”³⁰.

O fato é que as diversas funções apontadas têm suas peculiaridades e direta ou indiretamente, violam a condição de colocar a pessoa humana como eixo dos sistemas social e jurídico. Nesse sentido, resta a investigação por funções mais democráticas por parte do Direito penal, porque

27 ANDRADE, Manuel da Costa. A Dignidade Penal e a carência de tutela penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 2, fasc. 2, abr.-jun. 1992, Coimbra: editorial notícias, p. 173-205.

28 NAVARRETE, Polaino Miguel. Naturaleza del Deber Jurídico y Función Ético-social en el Derecho Penal. In: RIPOLLÉS, José Luiz Díez. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 110.

29 UBIETO, Emilio Octavio de Toledo Y. Función y limite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, fasc. I, p. 5-27, enero-abril, MCMXC.

30 SABADELL, Ana Lúcia, DIMOULIS, Dimitri, MINHOTO, Laurindo Dias. **Direito social, regulação econômica e crise de Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 47.

Como representante de uma sociedade secularizada e organizada na liberdade, o Estado moderno não pode pretender exercer o poder punitivo para prosseguir uma idéia de moralidade absoluta, mas antes tarefas práticas de defesa da sociedade e do direito; não realizar a justiça por ela própria, mas servir o bem comum de forma justa. Toda a pena tem imanente um momento de finalidade. E é neste momento de finalidade que reside a razão por que há-de, à partida, recusar-se toda a tentativa de definir o crime a priori e de o determinar à margem da idéia de fim.

2.4 A proteção de bens jurídico penais como função do Direito penal

Tradicionalmente, por demandar segurança jurídica, é que se há considerado, ao longo da construção da moderna dogmática penal, a partir do primeiro terço do século XIX, que a função primordial do Direito penal é a proteção dos bens jurídicos penais, que significa a proteção dos valores mais essenciais à pessoa e à sociedade. Nesse caso, a função do Direito penal seria proteger os reais interesses do homem, vinculados à sua capacidade de viver individual e coletivamente, de modo que a intervenção sancionatória ofereceria segurança jurídica.

Assim, o foco de atenção do Direito penal passa a ser os bens jurídicos como elemento de tutela e função maior do ordenamento jurídico-penal, a ponto de que “A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal [...] A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido”.

Nesse sentido, à Teoria dos Bens jurídicos cumpre proteger os valores essenciais declarados pela coletividade, na medida em que resguarda as condições elementares mínimas para a convivência.

Bem é o interesse transformado pela norma jurídica em interesse jurídico, pois toda norma jurídica surge para amparar algo e/ou alguém em uma relação de interesse para que este seja preservado, por via de consequência, com a norma, esse interesse se transforma em interesse jurídico, tornando-se um bem.

A doutrina penal em geral estabelece uma relação entre a função penal e a própria missão estatal, posto que a lógica da teoria é assente em dois pressupostos: um porque os direitos fundamentais previstos normativamente em qualquer âmbito legislativo precisam ser tutelados pelo Estado contra a ameaça dos demais, e dois porque frequentemente ocorrem lesões a esses direitos, cabendo ao Estado declarar quem o detém legitimamente, punindo os que violam ilegalmente.

É nesse sentido que afirma Heinz Zipf:

A missão do Direito penal resulta, como é logicamente, como função parcial da missão geral do Estado. Se o Estado tem, em conjunto, a missão de garantir a convivência das pessoas em uma área restrita e com meios limitados, disto deriva, para o âmbito parcial da justiça criminal, que o Estado sanciona a infração de normas positivas com uma penal a fim de manter a ordem³¹.

Com isto, a teoria dos bens jurídicos tem como ideal tutelar os valores essenciais ao homem e à sociedade, um *telos* indicativo de que o conceito de crime não pode ser deduzido de ideias sem conteúdo determinado, deve pautar-se num fim, isto é na proteção de valores; e também racional, porque fundamenta a necessidade de intervenção penal³², justificando-a como *ultima ratio*.

São predicados oriundos de conquistas históricas e resultado da superação de fossos entre o “mínimo ético”, de cunho moral (ético-social) e o positivismo sociológico, pois

Hoje, como todo o poder estatal advém do povo, já não se pode ver a sua função na realização de fins divinos ou transcendentais de qualquer outro tipo. Como cada indivíduo participa no poder estatal com igualdade de direitos, essa função não pode igualmente consistir em corrigir moralmente, mediante a autoridade, pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas. A função limita-se, antes, a criar e garantir a um grupo reunido, interior

31 ZIPF, Heinz. **Introducción a la Política Criminal**. Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1979, p.35.

32 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.62.

e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais³³.

É bem verdade que o conceito de bem jurídico, como todos os conceitos normativos, é uma criação artificial,

O produto de um consenso ou de um processo constitutivo em que necessariamente é reelaborado e, às vezes, manipulado e pervertido em seus elementos essenciais. De tal modo que pouco se ganha em dizer que o Direito penal protege bens jurídicos, se antes não nos pomos de acordo o que entendemos por tais³⁴.

Isto explica, por exemplo, por que as teorias que tentaram definir o conteúdo do bem jurídico durante a história, não conseguiram fornecer um conceito material do que seriam e como seriam selecionados esses bens, limitando-se a defini-los a partir da concepção de Estado de cada época. É como se o conceito funcionasse como uma espécie de funcionalidade explicativa da hegemonia política de cada momento.

Não é por outra razão que “estas teorias não fazem mais do que *explicar ou legitimar ideologicamente* a lei penal, mas estão muito distantes de dar uma concepção material de bem jurídico”³⁵.

Ressalta-se que a abordagem das diversas teorias que definiram historicamente o conceito demandaria mais digressões, dado que o conteúdo material do bem jurídico depende diretamente do conteúdo político do Estado em cada tempo, e que este processo de legitimação demanda a formação de consensos, pois “a legitimidade é decorrente do sentimento expresso por uma comunidade de que determinada conduta é justa, correta”³⁶, algo incabível neste trabalho³⁷.

33 ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 2 ed. Lisboa: Vegas, 1993, p. 27.

34 MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 78.

35 SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologi Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 127.

36 Declina da incursão, indicando ao leitor mais interessado um primeiro passo na obra portuguesa de Maria da Conceição Ferreira da Cunha em **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

37 ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997, p. 70-71.



O fato é que

O bem jurídico já foi identificado como bem vital, reconhecido socialmente como valioso, como valor jurídico ou interesse jurídico, como interesse juridicamente reconhecido em um determinado bem como tal em sua manifestação geral... como unidade funcional valioso ou como valores institucionais e estados jurídico-penalmente protegidos, que são imprescindíveis para a ordenada convivência humana e que devido a estas divergências, que frequentemente são pouco precisas quanto ao seu alcance, o relativo consenso sobre o conteúdo jurídico penal da proteção de bens jurídicos repousa sobre fundamentos inseguros. Por isso, o conceito material de delito e a teoria do bem jurídico seguem contando ainda hoje entre os problemas básicos menos clarificados com precisão do Direito penal³⁸.

Isto significa que não cabe ao Direito penal tutelar elementos morais, que são de ordem pessoal e podem não ser necessariamente iguais para toda a sociedade, como é o caso de questões de moral sexuais, apesar de afirmativas do tipo “proteção da vida comum em sociedade”, interesse “juridicamente relevante,” pouco ajudar a distinguir o que é bem jurídico do que não é³⁹.

Tal postura consagra a natureza subsidiária do Direito penal, que impõe o dever de “punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se”⁴⁰.

Outrossim, o condicionamento do Direito penal à proteção do bem jurídico, remete à outras limitações da dogmática jurídica, como o papel sistemático, fundamentando a infração, já que o delito é uma lesão ou

38 ao Estado falece por inteiro legitimidade para impor, oficial e coativamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo, tudo deve ser deixado à livre decisão individual. Daqui a minha segunda tese: num estado-de-direito material deve caber ao direito penal uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem, e cuja violação constitui ‘o crime’. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal e Estado-de-Direito material*. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 39-53, jan. - jun., 1982.

39 ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2 ed. Lisboa: Veja, 1993, p. 29.

40 ROSAL, Cobo del Rosal; ANTÓN, T. S. Vives. **Derecho Penal**. Parte General. 5 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, 321.

perigo e critério de classificação das diferentes espécies de infrações⁴¹, indicando as regras de proporcionalidade, tanto sob o ponto de vista legislativo, na elaboração do tipo penal, como sob o ponto de vista jurisdicional de aplicação da pena; e mapeamento a exegética, como baliza para análise da violação (ou não) do bem jurídico e necessidade de intervenção penal.

Por todas essas razões, tem a doutrina defendido que o bem jurídico é o elemento central do tipo penal, de modo que não somente constitui o ponto de partida e a ideia reitora da formação do tipo, como também a base e a estrutura da interpretação, de modo que não se pode valorar a aplicação da norma penal que não se pautar no bem jurídico protegido⁴², isto é, não se pode admitir a intervenção penal que não seja para proteger um valor, consensualmente, avaliado como digno de tutela penal.

Isto é, a realização dos princípios da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, entre outros, todos como derivação da legalidade, permeiam a funcionalização ao bem jurídico.

A legalidade como Princípio dos princípios³⁴³, determina que somente haverá a cominação de uma pena se uma conduta ofender um

41 FERNANDÉZ, Gonzalo. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: IBDeF, 2004, p. 151.

42 BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

43 "Trata-se de roubo qualificado pelo emprego de arma branca (art. 157, § 2º, I, do CP) e o impetrante pleiteia a concessão da ordem para que seja cancelada a agravante. Inicialmente, destacou o Min. Relator que a orientação da Sexta Turma em reiterados julgados é no sentido de que, para a aplicação da causa de aumento pelo uso de arma, é imprescindível a apreensão dela, a fim de que sua potencialidade lesiva seja apurada e atestada por um *expert*. Exemplificou que, nos casos em que não há apreensão, mas a vítima e demais testemunhas afirmam de forma coerente que houve disparo com a arma de fogo, não é necessária a apreensão e a perícia do objeto para constatar que a arma possui potencialidade lesiva e não era de brinquedo, uma vez que sua eficácia mostra-se evidente. Contudo, nos demais casos, sua apreensão é necessária. Isso decorre da mesma raiz hermenêutica que inspirou a revogação da Súm. n. 174-STJ. A referida súmula, que autorizava a exasperação da pena quando do emprego de arma de brinquedo no roubo, tinha como embasamento a teoria de caráter subjetivo. Autorizava-se o aumento da pena em razão da maior intimidação que a imagem da arma de fogo causava na vítima. Então, em sintonia com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, imanente ao Direito Penal do fato, próprio do Estado democrático de direito, a tônica exegética passou a recair sobre a afetação do bem jurídico. Assim, reconheceu-se que o emprego de arma de brinquedo não representava maior risco para a integridade física da vítima; tão só gerava temor nela, ou seja, revelava apenas fato ensejador da elementar "grave ameaça". Do mesmo modo, não se pode exacerbar a pena de forma desconectada da tutela do bem jurídico, ao se enfrentar a questão da arma branca. Afinal, sem a apreensão, como seria possível aferir sua potencialidade? Sem a perícia, como saber se a faca utilizada não estava danificada? **Logo, sob o enfoque do conceito fulcral de interpretação e aplicação do Direito Penal (o bem jurídico), não se pode majorar a pena pelo emprego de arma de fogo sem a apreensão e a perícia para determinar se o instrumento utilizado pelo paciente, de fato, era uma arma de fogo, circunstância apta a ensejar o maior rigor punitivo.** Portanto, no caso, cabe o cancelamento da agravante referente ao uso de arma branca. Diante disso, a Turma concedeu a ordem. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 139.611. Rel. Min. Celso Limongi, julgado em 18/2/2010.

valor erigido, judicialmente, à categoria de bem, isto é, constituirá *nulla poena*, se não for direcionada a proteção de um valor erigido judicialmente à categoria de bem.

Da mesma forma, a conduta será atípica se não chegar a cotejar esse bem, posto que a sua ofensividade foi incapaz de ofender ou colocar em perigo o valor tutelado. É o que o fez o Superior Tribunal de Justiça ao modificar seu entendimento, quando cancelou a súmula 174, definindo, a partir de então que a mera arma de brinquedo seria suficiente para tipificar o delito de roubo, e não mais qualificá-lo, adotando a teoria objetiva⁴⁴, já que não houve qualquer colocação em perigo da integridade física, protegida pela qualificadora.

É ainda mais exemplar o reconhecimento da atipicidade da conduta quando a arma de fogo, portada ilegalmente, está desmuniada. Afinal, o bem jurídico incolumidade pública, tutelado pelo Estatuto do Desarmamento, sequer foi colocado em perigo: “A Turma, (...), concedeu a ordem a fim de extinguir a ação penal, ao considerar que a arma sem eficácia não é arma, assim não comete crime de porte ilegal de arma de fogo aquele que consigo traz arma desmuniada”⁴⁵.

O bem jurídico também se entrelaça com a mínima intervenção do Direito penal, considerando que é uma forma drástica de controle social, deve ser manejado apenas quando o extremamente necessário para proteção do valor, devendo funcionar como “uma resposta à questão dos requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos na lei penal”⁴⁶.

Como ressalta Roxin, “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral (...) o direito penal não está legitimado nem é adequado à educação moral dos cidadãos”⁴⁷.

44 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 116.742-MG. Min. Rel. Nilson Naves DJe 16/2/2009.

45 BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). In: **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdef, 2004, p. 623.

46 ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Servilha: ed. Universidade de Sevilla, 1981, 25 e 28.

47 HC 154.002

Nesse sentido, o princípio orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. É essa constituição do Direito penal da *ultima ratio*.

Enfim, a função de garantia guarda relação com a necessidade de intervenção jurídicopenal, de modo que o poder punitivo somente poderá aplicar a pena a uma determinada conduta se esta realiza a ofensa ou a colocação em perigo do bem socialmente relevante. Com isto, “o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal”⁴⁸.

Não é por outra razão que são reiterados os posicionamentos dos Tribunais Superiores reconhecendo o princípio da insignificância com fundamento na desnecessidade da intervenção penal em questões de pouca monta:

5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou irrelevante o prejuízo pela tentativa de furto de um estepe de carro e aplicou o princípio da insignificância para um caso de Minas Gerais. Os ministros extinguíram a ação penal que já havia condenado um indivíduo a oito meses de reclusão⁴⁹.

Vistas todas essas considerações acerca das funções atribuídas ao Direito penal, resta analisar, cada uma delas, fazendo o contrapondo com as premissas do Estado Democrático de Direito, no sentido de acolher o saldo de legitimação da dogmática penal.

48 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 75.

49 ANDRADE, Manuel da Costa. A Dignidade Penal e a carência de tutela penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 2, fasc. 2, p. 173-205, abr.-jun., 1992.



3 Ensaçando conclusões (inconclusas)

Os moldes do Estado Democrático de Direito são fundamentados na Dignidade da Pessoa Humana, cuja essência deve ser preservada sempre que não tenha dado causa à própria restrição da sua liberdade, de modo que

Só deve tomar de cada pessoa o mínimo dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento e entaves da comunidade. A ela conduz, por outro lado, a *regra do Estado de direito democrático*, segundo a qual o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais dos outros. A ela conduz, ainda por outro lado, o caráter *pluralista e secularizado* (laico) do Estado de Direito contemporâneo, que o vincula a que só utilize os seus meios punitivos próprios para tutela de bens de relevante importância da pessoa e da comunidade e nunca para a instauração ou reforço de ordenações axiológicas transcendentais de caráter religioso, moral, político, econômico, social ou cultural⁵⁰.

É sob esta premissa que duas características, aparentemente diversas, são elencadas por Manuel da Costa Andrade como essenciais para compreender a legitimação e a função do Direito penal:

Como representante de uma sociedade secularizada e organizada na liberdade, o Estado moderno não pode pretender exercer o poder punitivo para prosseguir uma idéia de moralidade absoluta, mas antes tarefas práticas de defesa da sociedade e do direito; não realizar a justiça por ela própria, mas servir o bem comum de forma justa. Toda a pena tem imanescente um momento de finalidade. E é neste momento de finalidade que reside a razão por que há-de, à partida, recusar-se toda a tentativa de definir o crime a priori e de o determinar à margem da idéia de fim⁵¹.

50 SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito penal é a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005

51 PUIG, Santiago Mir. **Estado, Pena y Delito**. Colección: Maestros del Derecho Penal. n. 21. Buenos Aires: IBde F, 2006, p. 85.

Na verdade, desde a transição do conceito formal para o conceito material de Estado de Direito, a liberdade e a segurança individual do cidadão são os pontos de referência do modelo, não somente por uma abstenção do Estado, apartando-se da esfera individual, como pela garantia positiva de garantir, por encargo próprio, uma existência digna a todo e qualquer ser humano.

Neste contexto importa compreender que a legitimidade do Direito penal está condicionada à realização à consagração desses elementos, e caso não favoreça a liberdade, recai no déficit da deslegitimação, recaindo no descrédito.

Isto se dá porque o Direito penal depende de uma aceitação coletiva, e ao “*precisar o objeto do Direito punitivo, [...] coloca-se o alicerce que permite justificar racionalmente o poder de punir e, em consequência dessa justificação, o Direito Penal tem condições de se legitimar*”⁵² e com isso ser aceito coletivamente. É que

a teoria da legitimação do direito penal, ou vista da perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do direito, está fundada nas condições fundamentais suprapositivas de qualquer poder estatal legítimo e constitui, portanto, a premissa tácita de qualquer Estado de Direito Democrático-liberal, pouco importando se um tal Estado consagrou na constituição de modo expresso ou não⁵³.

Partindo de um Estado Democrático de Direito, o Direito penal deve “funcionar como um mal menor que somente é admissível na medida em que resulte de todo *necessário*.”⁵⁴, sendo essa necessidade condicionada a punir “quando ‘lhe interesse’ (o poder punitivo), ou lhe pareça útil para proteger interesses de grupos de poder”⁵⁵, e sim, quando (apesar de contraditório), seja para assegurar a liberdade.

52 MATHIESEN, Thomas. La política del abolicionismo. In: SCHEERER, HULSMAN; STEINERT, CHRISTIE; DE FOLTER, MATHIESEN. **Abolicionismo penal**. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 124.

53 *Apud*. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases de Derecho Penal**. Coleção Maestros del Derecho Penal. 2 ed. Buenos Aires: IBdef, 2007, p. 121.

54 ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2 ed. Lisboa: Veja, 1993, p. 28.

55 MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo en Derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 64, p. 197 – 221, jan.-fev., 2007.



Vistas estas considerações, passa-se a contrapor cada uma das funções relatadas.

A função do Direito penal condicionado à proteção de valores sociais contraria os interesses de liberdade.

Sob o ponto de vista crítico, trata-se de uma função, quiçá ingênua para um sistema que utiliza mecanismos drásticos para sua intervenção, primordialmente a violência, devendo aquele papel ficar a cargo de outras ordens de controle social, no caso, informais, como a escola, a família, a universidade etc.

A conscientização do mínimo ético por meio do Direito penal ultraja a pessoa humana, porque a coloca em segundo objetivo da intervenção estatal que é condicionada à tentativa de conscientização dos valores sociais, o mínimo ético. Isto é, a proteção do valor às custas do homem. É exatamente a ofensa objetiva ao mandamento kantiano de que o homem é o fim de todas as coisas.

Da mesma o faz o funcionalismo sistêmico, e pior, porque no sistema valorativo de Welzel, a pessoa humana apenas desce ao segundo plano, da primeira ordem, conservação dos valores da sociedade que esse mesmo homem está inserido, ao passo que o funcionalismo, o homem é retirado do cenário, sendo mero expectador da ordem social, que se realiza para manter o poder e as coisas como estão.

O homem no sistema de Jakobs não é uma pessoa, dotada de valores e potencial elemento conflitivo na sociedade. É apenas um mecanismo da engrenagem social, que deve cumprir seu papel e primar pela obediência à norma, cabendo ao Direito penal manter sua vigência, exemplificando pela punição, reforçando a expectativa de que sempre o valor daquela norma será respeitado.

É a imputação dessa função normativista que justifica a dinâmica de produção legislativa cada vez maior, pondo em risco o princípio da ofensividade e mais ainda da intervenção mínima, implicando no caráter expansionista da prisão, baseado no direito do autor (e não do fato) que funciona como um animal, cujo apetite aumenta ao comer e

solidificando a ideia de que, na sociedade moderna, a prisão é a melhor solução⁵⁶.

É que a ânsia punitiva vem procurando cada vez mais priorizar a fidelidade à norma, colocando o funcionalismo em evidência, implicando negação do homem, e a população, ansiosa por segurança pública, reclama punições cada vez mais drásticas, como se fosse um remédio milagroso, alargando o movimento de Lei e Ordem.

Todavia, no momento de profundas transformações, em que várias contradições se avolumam é necessário reafirmar posturas de garantia ao indivíduo do que mera defesa de funções e ampliação do sistema penal como solução dos problemas, afinal é sabido e consabido que as funções de prevenção especial e geral da pena são meras ilusões sem eficácia prática, devendo o estudioso assumir resistências frente a estas novas perspectivas.

Neste ensejo na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, que a pessoa humana é a vertente maior da ordem jurídica, esse movimento de expansão e de tolerância zero não pode ser admitida, de modo que a função de proteção da normatividade é impermeável na seara materialmente democrática.

Portanto, colocar a pena como resposta ameaçadora para garantir o comando normativo, é aviltar as premissas do Estado Democrático de Direito, instrumentalizando o homem em sua esfera de liberdade, condicionando-a à preservação do sistema social, estabilizando conflitos, e permeando a Dignidade da Pessoa Humana de condicionamentos normativos.

Não é necessário reafirmar a postura antidemocrática dos fins funcionalistas.

É verdade que boa parte do raciocínio é importante no sentido de imputar ao Direito uma função diversa da moral, legitimando a inter-

56 ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia. Dec. -Lei 28/84, de 20 de janeiro. **Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários**. Vol I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra ditora, 1998, p. 389.



venção coercitiva para o benefício dos indivíduos, jamais para pretensões religiosas nem morais.

Entretanto, como o sistema social é o espaço de referência do que é ou não danoso, dá-se a subalternização da pessoa humana que é simplesmente funcionalizada através da atuação e realização dos seus papéis e estabilização do sistema. É pura tecnologia social sem conteúdo. Neste sentido, Calliess adverte que

Constitui um perigo fixar-se somente na proteção da estrutura social, em seu conjunto, olvidando a mediação do objeto e sujeito concretamente protegidos⁵⁷ uma compreensão do bem jurídico que perderia de vista aquela concreta – natural mediação da estrutura, corre perigo da diluição espiritual, do mesmo modo que vice versa se perde de vista a estrutura em sua intersubjetividade, podem seguir-se mal entendidos naturalísticos. Se se absolutiza o respeito à estrutura, a consequência pode ser uma ideologização das decisões de valor e de interesse adotadas na estrutura, já que por falta de referência aos objetos e sujeitos protegidos, pode perder-se de vista a função social da regulação jurídico-penal⁵⁷.

Por tudo isto se torna ilimitado os custos para a estabilização do sistema. Necessário assim recorrer a um instrumento alheio à sociedade para limitação do perigo de funcionalização da pessoa humana, afinal, a lição da Segunda Guerra Mundial em que se realizou “o horror que comporta olvidar que o indivíduo seja o *prius* em todo o ordenamento jurídico”, não pode passar desapercibido.

Esse instrumento é a Teoria dos Bens Jurídicopenais, pois ela sendo o fundamento e o limite da intervenção penal, seu manejo apenas se justifica para a proteção de valores socialmente compartilhados. Desse ponto de vista “o bem jurídico exerce dupla proteção: *através* do direito penal e *ante* o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente as situações que pretende combater”[□]. Em construção, percebe-se que

57 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control Social y Sistema Penal**. Barcelona: PPU, 1987, p. 185.

Se o direito penal há de estar a serviço dos seres humanos, haverá de proteger interesses reais destes, quer sejam diretamente vinculados a sua individualidade – como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o patrimônio, etc – quer sejam medidos por instituições que dependam de interesses individuais – como a administração da justiça ou outras instituições estatais. Os bens jurídicopenais hão de serem vistos como concreções destes interesses reais dos indivíduos, diretos ou indiretos que merecem por sua importância fundamental a máxima proteção que supõe o direito penal.

Aqui, o homem volta ao centro das atenções, pois é ao mesmo tempo a voz ativa do processo de seleção dos valores, expressos na representação legislativa e objeto de proteção da ordem penal, que somente intervém quando ele for ofendido naquela diretriz que ele mesmo pontuou como essencial. Isto é, parte-se da participação democrática, pois “os bens jurídicos considerados materialmente derivam de relações sociais concretas que surgem como síntese normativa dos processos de interação que têm lugar numa sociedade democrática os quais por serem dinâmicos são postos à prova de permanente revisão” .

Não é sem razão afirmar que “a tutela de bens jurídicos que define simultaneamente a função do direito penal e marca os limites de legitimidade de sua intervenção”.

Portanto, verificada a compatibilidade com os elementos de liberdade e consagração do homem, passa-se a concluir os bens jurídicopenais é, dentre as várias funções mencionadas, a mais liberal das funções a que se deve intentar o Direito penal, posto que “o bem jurídico cumpre uma função de garantia para os sujeitos, ao passo que legitima a intervenção estatal e por isso mesmo aponta o problema da *Genesis* e da legitimação da norma penal”.

É esse cadinho de função que permite aferir até que ponto é legítima a intervenção punitiva, dado que se o ordenamento penal intervier na vida privada que não nestas condições, a sua legitimidade, extraída da necessidade social, será dissolvida na arbitrariedade.

Isto é, ao se fundamentar, a dogmática penal, no bem jurídico, a intervenção punitiva justifica-se racionalmente, mas somente será aceita, coletivamente, a punição, se, somente se, houver a efetiva proteção do bem jurídico. Caso contrário, caso esses mesmo valores sejam violados pelo próprio sistema, a Teoria dos Bens Jurídicos equipara-se às demais funções aqui mencionadas, mais uma vez subalternizando a pessoa humana, com a diferença, apenas do discurso retórico de neutralização da crítica.

A relação apresentada caracteriza bem o que acabamos de relacionar:

As capacidades de ação e legitimação do Estado estão em proporção direta: a capacidade de agir, demonstrada pelo sucesso obtido, tem efeito legitimador. Um sistema político é aceito não apenas pela concessão de direitos e garantias ou pela participação, mas também por uma política bem sucedida. Em outras palavras: são importantes tanto os processos de formação de vontades e de tomadas de decisão (*input*) quanto os resultados (*output*⁵⁸).

Entretanto, a investigação acerca da efetiva proteção desses bens jurídicos no plano do *ser* cabe à criminologia, razão pela qual é sempre salutar a empreitada conjunta das ciências criminais, como já justificado, mas derogável nesse ensejo, razão pela qual, aqui, as conclusões acerca da legitimidade são ainda inconclusas.

Todavia, deixando de lado a questão para alhures, conclui-se que na ordem do *dever ser*, a condição legitimante do Direito penal do Estado Democrático de Direito está assentada na proteção de bens jurídicos e toda a intervenção punitiva que neles não se pautar, rasteja-se na ilegitimidade, posto que, neste modelo de Estado, o paladino da liberdade da pessoa humana é o vetor principal de toda ordem normativa.

58 PFETSCH Frank Richard, Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 41, n. 2, jul-dez, 1998.

From many function given to criminal law to the function of protection legal interest as a condition of legitimation

Abstract

The paper is dedicated to research which of the various tasks assigned by the criminal law doctrines, respond to the inquiry to punish. The issue is important while the mission of criminal law, what aims to achieve with the sanction and infliction of a penalty, is what legitimizes the *jus puniendi*. The Objective is to understand, among the presented tasks, which one is more compatible to the performance of the Democratic State of Law and is thus able to justify, rationally, the punitive state intervention, being away from the

absolute power. In this sense, taking into consideration that the Human Dignity is the standard of legal system, averse to forms of arbitrary power, is intended to conclude that among the theories – the mission of the criminal law to assign a value, to stabilize the trust in rules or to protect legal interests – the one that is consistent with that bulwark is protecting the legal interests.

Key words: Functions. Criminal Law. Democratic State of Law. Legitimacy.

Referencias

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia. Dec. –Lei 28/84, de 20 de janeiro. **Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários**. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, v. I. 1998.

_____. A Dignidade Penal e a carência de tutela penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, a. 2, fasc. 2, p. 173-205, abr/jun., 1992.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. Concepto del derecho penal e de La criminología, historia y legislación penal comparada. 2 ed. Buenos Aires: editorial losada, Tomo I. 1956.



BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). *In: Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: IBdef, 2004.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 19, p. 65-79, jul./set. 2005.

_____. **Introdução ao Direito Penal**. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hérmán. **Lecciones de derecho penal**. Volumen I. Madrid: Trotta, 1997.

_____. **Control Social y Sistema Penal**. Barcelona: PPU, 1987.

CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. **Bien Jurídico y Derechos Fundamentales**. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho penal español**, Parte Geral I. Introducción. Madrid: Tecnos, 1996.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Direito Penal e Estado-de-Direito material. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 39-53, jan./jun., 1982.

FERNANDÉZ, Gonzalo. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: IBdeF, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Ciências criminais e filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 14, fasc. 63, p. 188-230, nov./dez. 2006.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. São Paulo: Manole, 2003. (Coleção Estudos de Direito Penal).

_____. **Teoria e prática da Intervenção**. São Paulo: Manole, 2003. (Coleção Estudos de Direito Penal).

LISZT, Franz Von. **A idéia de fim no Direito Penal**. São Paulo: Rideel, 2005.

MALARÉE, Hernan Hormazábal. Política penal en el Estado democrático, **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 3, fasc. II, p. 333-346, mayo/ago. 1984.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**, Primeira Parte. Teorias Generales. Buenos Aires: Ediar, 1948. Tomo I.

MATHIESEN, Thomas. La política del abolicionismo. *In*: SCHEERER, HULSMAN; STEINERT, CHRISTIE; DE FOLTER, MATHIESEN.



Abolicionismo penal. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases de Derecho Penal.** Coleção Maestros del Derecho Penal. 2 ed. Buenos Aires: IBdef, 2007.

_____. Limites del normativismo en Derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, p. 197 – 221, jan./fev., 2007.

_____. **Estado, Pena y Delito.** Buenos Aires: IBde F, 2006. Colección: Maestros del Derecho Penal. n. 21.

NAVARRETE, Polaino Miguel. Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal. In José eLuis Díez Ripollés (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo:** libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

PFETSCH Frank Richard, Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 41, n. 2, jul./dez., 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo. O Conceito de Direito – Uma introdução crítica. In: SILVA, Ivan Luiz da; CARDOZO, Teodomiro Noronha; HIRECHE, Gamil Föppel (Org.). **Ciências Criminais do Século XXI.** Estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife (11.08.1827 – 11.08.2007). Recife: Editora Universitária, 2009.

ROSAL, Cobo del Rosal; ANTÓN, T. S. Vives. **Derecho Penal.** Parte General. 5 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2 Ed. Lisboa: Veja, 1993.

_____. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Servilha: Ed. Universidade de Sevilha, 1981.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. DIMOULIS, Dimitri, MINHOTO, Laurindo Dias. **Direito social, regulação econômica e crise de Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito penal é a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función Simbólica y objeto de protección del Derecho penal, **Pena y Estado**. Función simbólica de la pena, Barcelona, n. 1, p. 9-22, set./dic, 1991.

UBIETO, Emilio Octavio de Toledo Y. Función y limite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, fasc. I, p. 5-27, enero/abril, MCMXC.



WELZEL, Hans. **Derecho penal Alemán.** Parte General. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **En torno de la cuestión penal.** Buenos Aires: Júlio Cesar Faria, 2005.

ZIPF, Heinz. **Introducción a la Política Criminal.** Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.

Referência deste artigo

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Das diversas funções atribuídas ao Direito Penal à função de proteção de bens jurídicos como condição legitimante. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 179-210, jan./jun. 2010.

* *Artigo recebido em: 15 jun. 2010. Aprovado em: 25 jul. 2010.*

Política criminal brasileira quanto às drogas. Alguns dados do consumo e da economia

Flávio Augusto Fontes de Lima

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE;

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

Juiz da Vara de Execuções de Penas Alternativas – VEPA

Resumo

Este singelo texto procura apresentar algumas das mais confiáveis pesquisas referentes à nebulosa seara do consumo e comércio das substâncias psicoativas, que denominaremos por drogas, inclusive no Brasil. Visa-se a demonstrar que o uso e o mercado crescem de modo desenfreado. Até

que ponto se deve tratar esse assunto como de política criminal, uma vez que parecem inócuos os combates efetuados, apesar do proibicionismo ser mundial.

Palavras-chaves: Drogas. Política Criminal. Consumo e Economia.

A utilização de substâncias psicoativas é paralela à existência humana. Todavia, a sua disseminação por todas as camadas sociais é um novel fenômeno muito distante de sua utilização pretérita limitada a uma pequena escala de utilização anterior ao surgimento das revoluções industriais e à configuração hodierna do mundo globalizado, sem fronteiras, cujo “deus” é a apropriação e ampliação do capital, muitas vezes, sem limite fazendo cada vez mais ténue a separação entre o legal e o ilegal, o oficial e o clandestino.

Apenas nos EUA em 2005, 22.200.000 pessoas, a partir de 12 anos de idade, isto é, 9,1% da população foi classificada como dependente ou

abusadora de álcool e/ou drogas ilícitas, conforme o critério adotado pelo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders; American Psychiatric Association), Sendo 3.300.000 abusadores e dependentes em álcool e outras drogas ilícitas; 3.600.000 em drogas ilícitas e 15.400.000 apenas em álcool.

Entre 2002 e 2005 praticamente não houve variação na quantidade populacional, sendo 22.000.000 em 2002; 21.600.000 em 2003 e 22.200.000 em 2004. A droga ilícita mais utilizada pelas pessoas em 2005 foi a maconha (4.100.000), seguida pela cocaína (1.500.000) (SAMHSA, 2007).

Valendo-se de dados de uma Comissão Parlamentar de Inquérito do Congresso Nacional brasileiro, Arbex Jr. (1997, p. 6) afirma que em 1991, o Brasil já possuía em torno de 100.000 traficantes de drogas.

No Brasil, pesquisa nacional sobre padrões de consumo de álcool da UNIFESP realizada entre novembro de 2005 e abril de 2006, indicou que 28% dos adultos apresentam um padrão de consumo excessivo e que 16% dos jovens entre 14 e 17 anos estão ingerindo mais de cinco doses por dia, o que é alarmante (ADOLESCENTES..., 2007, p. A11).

O II Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil, realizado pelo CEBRID entre os anos de 2001 e 2005 levantou e estudou o consumo de drogas psicotrópicas, envolvendo as 108 maiores cidades brasileiras com população com mais de 200 mil habitantes entre 12 e 65 anos de idade. Foram 7.939 entrevistas validadas, o que corresponde a um total de 47.135.928 pessoas.

22,8% da população pesquisada já fez uso de drogas, exceto álcool e tabaco, pelo menos alguma vez na vida; pesquisa idêntica no Chile atingiu 23,4% e nos EUA, 45,8%.

Em relação aos percentuais de uso alguma vez na vida das drogas mais comuns e o grau de dependência de algumas dessas drogas, tem-se o seguinte resultado:

**Quadro 1** – Drogas mais comuns e grau de dependência.

ESPÉCIE DE DROGA	% DE USO NA VIDA	% DE DEPENDENTES
ÁLCOOL	74,6	12,3
TABACO	44,0	10,1
MACONHA	8,8	1,2
SOLVENTES	6,1	0,2
BENZODIAZEPÍNICOS	5,6	0,5
OREXÍGENOS	4,1	–
ESTIMULANTES	3,2	0,1
COCAÍNA	2,9	–
XAROPES (Codeína)	1,9	–
ANALG. OPIÁCEOS	1,3	–
ALUCINÓGENOS	1,1	–
ANABOLIZANTES	0,9	–
BARBITÚRICOS	0,7	–
CRACK	0,7	–
ANTICOLINÉRGICOS	0,5	–
MERLA	0,2	–
HEROÍNA	0,1	–

FONTE: CEBRID (Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas) da UNIFESP (Universidade Federal de São Paulo). II Levantamento domiciliar sobre drogas psicotrópicas no Brasil. Disponível em: <<http://www.unodc.org/pdf/brazil/>>. Acesso em: 08 abr. 2007.

Como visto, o álcool ocupa o primeiro lugar na escala de consumo e de grau de dependência de substância psicoativa.

O uso na vida de tabaco foi de 44%; já nos EUA atingiu 67,5% e no Chile, 72%. São assustadores as estatísticas referentes ao consumo e grau de fatalidade do tabaco. É a pandemia responsável por mais mortes na história da humanidade (DWYER, 1997, p. 1367-1369). Um terço da população adulta mundial é fumante e se estima que a cada ano o tabaco é responsável direto pela morte de 4 milhões de pessoas, o que corresponde a quase 11 mil óbitos diários (SARRIA-SANTAMERA; CORTES-BLANCO; ELDER, 2001, v. 75, n. 2) ¹.

¹ Estudo desenvolvido sobre tabagismo pela Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro e pela UNIFESP realizado em 2006, o mais abrangente realizado até então no país revelou que há 26 milhões de fumantes, a partir de 14 anos de idade, sendo 1 milhão entre 14 e 17 anos (COLARES, 2007, C3).

O uso na vida de maconha foi de 8,8%; na Polônia atingiu 7,7%; na Grécia, 8,9%; no Reino Unido, 30,8% e nos EUA, 40,2%.

O uso na vida de solventes foi de 6,1%; na Colômbia, 1,4%; na Espanha, cerca de 4% e nos EUA, 9,5%.

O uso na vida de benzodiazepínicos foi de 5,6%, sendo o dos EUA, 8,3%.

O uso na vida de cocaína foi de 2,9%; na Alemanha, de 3,2%; no Chile, de 5,3% e nos EUA, 14,2%.

11% das pessoas já receberam algum tratamento, por causa do uso de drogas e/ou álcool.

2% das pessoas relataram já terem tido complicações no trânsito decorrente do efeito de álcool ou de alguma outra droga.

6,3% das pessoas afirmaram terem discutido quando estavam sob efeito de alguma substância psicotrópica, sendo 10,8% dos homens.

Em documento editado em 1999, o UNDCP (United Nations International Drug Control Programme (UNDCP), agência da Organização das Nações Unidas (ONU) que desenvolve todas as ações relacionadas às drogas, afirma que o tráfico ilegal de substâncias psicoativas movimentada cerca de U\$ 450 bilhões por ano, além de responsabilizar as drogas pela existência de outros delitos:

O uso indevido de drogas está por trás de milhares de casos de homicídio, assaltos e outros crimes que ocorrem diariamente tanto em países desenvolvidos como em nações em desenvolvimento, além de contribuir para o aumento dos acidentes fatais de trânsito [...] despesas com o aparelho jurídico-policial com o tratamento e à recuperação de usuários [...] representa aos governos um montante estimado em US\$ 120 bilhões por ano (NAÇÕES UNIDAS, 1999).

Segundo o Relatório Mundial de Drogas de 2007, estima-se que 5,6% da população mundial entre 15 e 64 anos de idade, pelo menos uma vez, consumiu droga ilícita entre 2005 e 2006, o que representa 233 milhões



e 500 mil indivíduos, conforme demonstra o quadro a seguir (WORLD DRUG REPORT, 2007).

Quadro 2 – Relatório Mundial de Drogas de 2007

	CANABIS	ANFETA-MINAS	ECSTASY	COCAÍNA	OPIÁCEOS	HEROÍNA
MILHÕES DE PESSOAS	158,8	24,9	8,8	14,3	15,6	11,1
PERCENTUAL DA POPULAÇÃO MUNDIAL DE 15 A 64 ANOS	3,8%	0,6%	0,2%	0,3	0,4	0,3%

Fonte: WORLD DRUG REPORT, 2007.

Um mecanismo que transforma a repressão criminal das drogas em fator criminógeno é o surgimento de redes de tráfico que têm um lucro enorme devido à clandestinidade de sua atividade. Com efeito, o preço das drogas não tem qualquer relação com os fatores de produção das substâncias em si, mas preponderantemente pelos resultados da repressão sobre a produção e distribuição.

Estima-se, naturalmente com imprecisão dada à clandestinidade do negócio, que as atividades econômicas relacionadas ao tráfico de drogas sejam a segunda atividade comercial do planeta (MACRAE, 1997, p. 108).

O tráfico ilícito de drogas associa-se facilmente a outras atividades ilegais como o tráfico de armas, lavagem de dinheiro e mistura-se a negócios oficiais e a ocupantes dos mais diversos cargos públicos² (VELHO, 1994, p. 26-29), o que faz refletir sobre a real eficácia da

2 Gilberto Velho defende a descriminalização do uso das “drogas leves” e a repressão ao “grande” tráfico, que a seu ver constitui uma ameaça ao desenvolvimento e consolidação da democracia.

política repressiva às drogas e a entender a lógica dos que advogam a completa descriminalização, não só da produção como do uso e seu comércio, face à constatação fática da total impossibilidade de se enfrentar essa criminalidade tão potente que contamina setores públicos do mundo todo.

Será que esse combate ao tráfico não se trata de uma enorme perda de recursos, tempo, energia, vidas, tudo isso como interesse das próprias organizações nacionais e transnacionais que comandam o lucrativo negócio do tráfico ilegal? São indagações sem respostas convincentes até o momento.

Estudo divulgado em 1986 sobre o mercado de bens ilegais, realizado pelos economistas Peter Reuter e Mark Kleiman (1986, v. 7, p. 289-340), aponta o quanto são escassas descrições econômicas da indústria de produção, distribuição e consumo de drogas, dos mecanismos de ajuste das curvas de oferta e demanda; enfim dos processos de operação.

Sem contar na articulação do mercado de drogas com atividades agroindustriais nos países de terceiro mundo produtores, processadores e exportadores e atividades importadoras e distribuidoras notadamente nos EUA e Europa.

O mencionado estudo aponta como caminhos a seguir: a descriminalização do uso e comércio das drogas, para sujeitá-las aos mecanismos reguladores de mercado existentes, para desregular o mercado ilegal das drogas, que cresce em lucro e violência com as intervenções repressivas estatais; diminuição com gastos públicos com políticas consideradas inúteis e financiamento de programas de atenção social, com o dinheiro arrecadado fruto de uma elevada carga tributária.

No país mais proibicionista, que são os EUA, há um número reduzido, mas crescente de autoridades governamentais, acadêmicos e especialistas que, de modo regular, debatem e propõem um giro completo na vigente política sobre drogas. Entendem que deve se reconsiderar a criminalização severa dos traficantes e dos usuários e que as



legalizações das drogas de abuso reduziriam a criminalidade ao eliminar o motivo do lucro.

Nesse sentido Kaplan, Sadock e Grebb (1997, p. 369) transcrevem palavras da então chefe da saúde pública norte-americana Joycelyn Elders, que em entrevista ao *The New York Times* em 07 dez. 1993 afirmou:

Penso realmente que reduziríamos acentuadamente nossa taxa de crimes, se as drogas fossem legalizadas [...] Mas não conheço todas as possíveis implicações disto. Acho sinceramente que precisamos realizar alguns estudos. Em alguns países que legalizaram as drogas, certamente se demonstrou que ocorreu uma redução na taxa de criminalidade, e sem a ocorrência de um aumento dos índices de uso de drogas.

Em relatório elaborado em 1996 pela NYCLA³ (2007) – New York County Lawyers’ Association, entidade que formou uma força-tarefa multidisciplinar para tratar de política de drogas, dentre outros pontos, critica-se o encarceramento pelo uso de drogas, entendendo-se que inviabiliza a reabilitação; encontram uma relação entre as leis de controle de drogas e um aumento dos riscos à saúde decorrente da falta de controle de qualidade das substâncias ilícitas e uma das conclusões a que chegaram foi que:

Não há dúvidas de que algumas formas de uso de drogas podem resultar em comportamento indesejável, inaceitável e anti-social. Entretanto, parece que as principais causas de crimes violentos, que muitas vezes são categorizadas sob o título de ‘relacionados a drogas’, são causadas por diversos fatores não-relacionados com os reais efeitos farmacológicos de substâncias controladas sobre o comportamento humano. Em vez disso, pode-se dizer que grande parte dos crimes violentos é ‘relacionado à proibição de drogas’, na medida em que resultam dos custos elevados, dos altos lucros e dos grandes riscos envolvidos no mundo do comércio de drogas da forma como é praticado nas cidades, nos Estados e países do mundo todo.

3 NYCLA (Associação de Advogados da Cidade de Nova York).

Devido às convenções da ONU sobre drogas, inclusive a vigente de Viena de 1988 ratificada por quase todas as nações do mundo, concluímos que nenhum país signatário tem livre arbítrio de liberar o consumo de drogas consideradas ilícitas ou descriminalizar a produção e comércio, sob pena das mais diversas sanções.

A política de proibição de determinadas condutas relacionadas a drogas consideradas ilícitas é seguida por todas as nações. O que varia é o grau da intensidade da repressão, punição e criminalização. A atual política de drogas brasileira pode ser classificada como de proibicionismo moderado.

Criminal policy regarding brazilian drugs. Some data of the consumption and economy.

Abstract

This simple text tries to make some of the most reliable research concerning nebula harvest consumption and trade of psychoactive substances, which denominate by drugs, including Brazil. Visa-demonstrate that the use and the market increasing so reinless. To what

extent should treat this issue As criminal policy, since seem harmless fighting performed, despite the prohibitionism be worldwide.

Key words: Drugs. Criminal Policy. Consumption and Economy.

Referências

ADOLESCENTES estão bebendo demais. **Diário de Pernambuco**, Recife, 23 ago. 2007, p. A11.

ARBEX JÚNIOR, José. **Narcotráfico**: um jogo de poder nas Américas. 7. ed. São Paulo : Moderna, 1997.

COLARES, Juliana. Tabagismo: vício de fumar é responsável por 200 mil mortes por ano em todo o mundo. **Diário de Pernambuco**, Recife, 12 ago. 2007, C3.

DWYER JH. Exposure to environmental tobacco smoke and coronary risk. **Circulation**, v. 96, n. 5, p. 1367-1369, 1997.

MACRAE, Edward. **O controle social do uso de substâncias psicoativas em conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo : IBCCRIM; PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997.

NEW YORK COUNTY LAWYERS ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.druglibrary.org/schaffer/Library/studies/nycla/nycla.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2007.

REUTER, Peter; KLEIMAN, Mark. Risks and prices: an economic analysis of drug enforcement. In: TONRY, M.; MORRIS, M. **Crime and justice**. Chicago : The University of Chicago, 1986. v. 7.

SARRIA-SANTAMERA, Antonio; CORTES-BLANCO, Manuel; ELDER, John. Analysis of the 1999-2000 fortuna brand cigarette advertising campaign. **Rev. Esp. Salud Pública**, Madrid, v. 75, n. 2, 2001. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272001000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 abr. 2007.

SUBSTANCE ABUSE AND MENTAL HEALTH SERVICES ADMINISTRATION (SAMHSA). **National Survey on Drug Use & Health: national results, 2005**. Disponível em: <<http://www.oas.samhsa.gov/nsduh/2k5nsduh/2k5Results.htm#TOC>>. Acesso em: 02 abr. 2007.

VELHO, Gilberto. A dimensão cultural e política dos mundos das drogas. In: ZALUAR, Alba (Org.). **Drogas e cidadania: repressão ou redução de riscos**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

WORLD DRUG REPORT, 2007. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/research/wdr07/WDR_2007_executive_summary_s.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2007.

Referência deste artigo

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. Política criminal brasileira quanto às drogas. Alguns dados do consumo e da economia. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 31, p. 211-220, jan./jun. 2010.

* Artigo recebido em: 25 mai. 2010. Aprovado em: 18 jul. 2010.

Das leis reforçadas no Brasil – uma lembrança da doutrina europeia. Aspectos tributários

Hélio Sílvio Ourém Campos

Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e pela Faculdade de Direito de Lisboa. Juiz Federal. Professor Titular da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, Ex-Procurador Judicial do Município do Recife, Ex-Procurador do Estado de Pernambuco, Ex-Procurador Federal. www.ourem.cjb.net

Resumo

Trata-se de um estudo sobre o princípio da legalidade, especialmente no âmbito constitucional tributário, veiculando a necessidade da construção gradual de uma mentalidade de cidadania, que exige do Estado Democrático de Direito

não um respeito isolado à segurança jurídica, mas também o registro da indignação quanto à impunidade.

Palavras-chaves: Legalidade. Impunidade. Efetividade.

Entendo que seja preciso distinguir entre a ilusão sobre como os homens deveriam ser, e a constatação de como o homem realmente é, elaborando-se soluções políticas que detenham um potencial concreto de funcionamento. Provavelmente, a virtude não seja monopólio do povo, enquanto a corrupção econômica e moral das camadas de elite (populismo). Há uma espécie de mixagem entre qualidades e defeitos em todas as esferas, e daí a importância de facilitar o fluxo social e a alternância no governo das comunidades organizadas.

Até aqui, enfatizou-se a necessidade de o intérprete não desprezar a norma, principalmente a constitucional, alçando vôos em direção a outras alternativas.

Bem ao contrário, pois quanto mais ele conhecer o ordenamento jurídico que aplica, melhor. Afinal, mesmo que, aparentemente, ele só esteja fazendo incidir uma única norma; no seu ato de aplicação, deve haver o compromisso com todo o ordenamento.

Veja-se as diversas concepções do que seja (ou deva ser) a lei, segundo Jorge de Miranda (1997:125 e 126):

As mais significativas concepções sobre o Estado e o Direito projectam-se necessariamente em diversos entendimentos do que seja (ou deva ser) a lei. Recordem-se, assim, nos últimos séculos: – lei, ordenação da razão (S. TOMÁS DE AQUINO, e, de certo modo, ainda SUAREZ); – a lei, vontade do soberano (HOBBS), – a lei, garantia da liberdade civil e da propriedade (LOCKE); – a lei ligada à divisão do poder e ao equilíbrio das instituições (MONTESQUIEU); – a lei, expressão da vontade geral (ROSSEAU); – a lei, vontade racional (KANT); – a lei, instrumento para a utilidade e a felicidade geral (BENTHAM); – a lei, manifestação imediata do poder soberano (AUSTIN); – a lei, instrumento do domínio de classe (MARX, ENGELS); – a lei, escalão de normas imediatamente a seguir à Constituição (KELSEN); – o conceito político de lei (SCHMITT). Mas a problemática da lei insere-se na problemática geral do poder. Com o conteúdo da lei contendem a organização da sociedade e do poder de a governar.” JORGE MIRANDA, acrescenta: “Não é por acaso que LOCKE considera o poder legislativo o poder primordial por ser ele que determina as diferentes formas de governo. Nem é por acaso que, recusando embora a separação de poderes, ROSSEAU admite a distinção entre função legislativa e função executiva, sustentando que aquela é a única soberana. Ou que, pelo contrário, MONTESQUIEU a pretende limitar.

É tal como uma esfera em contato com uma mesa plana. O ponto de contato entre a esfera e a mesa pode ser um só, mas a mesa suporta todo o peso da esfera.



Note-se, então, uma importante advertência. Concluir deste modo não se trata apenas de um valor, mas da fixação de uma providência objetiva.

A segurança, um valor, é instrumentalizada por uma expressão objetiva, que é a legalidade.

Assim, o seu cumprimento passa a poder ser provado dentro de limites mais estritos, dando margem a um menor número de dúvidas.

Daí, ser fundamental que a Constituição não seja vista como uma espécie de “*Constituição patrícia*” (os patrícios eram os aristocratas proprietários de terras na antiga Roma – formavam a camada social dominante), que traria, em seu próprio interior, margens a contra-argumentos que inviabilizam as conquistas das camadas sociais menos favorecidas.

A segurança e a legalidade, que é uma sua expressão objetiva, são, elas próprias, instrumentos da justiça.

Em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da Constituição do Brasil), deve a lei estar a serviço da redução das *desigualdades sociais e econômicas*, não devendo esta previsão constitucional confundir-se com uma forma oca, onde cabe tudo; especialmente, os privilégios dos grupos ou elites politicamente influentes.

Sem a tentativa de se tornar iguais os cidadãos, termina por haver uma relação entre inferiores e superiores, onde os primeiros, simplesmente, sujeitam-se.

A interpretação da lei não deve ser sinônimo de indiferença. A imparcialidade também não. É um comando constitucional a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da Constituição do Brasil). No Brasil, este é um objetivo fundamental da República (art. 3º, “caput”).

Enfim, a lei deve estar a serviço da segurança, da liberdade, da igualdade. Tudo isto se operando mediante a lei.

A Lei Constitucional fixa limites que o legislador não pode ultrapassar. Em outras palavras, legislar também é aplicar a Constituição.

Na Constituição do Brasil, o princípio da legalidade encontra-se presente de maneira explícita, e também implícita. E, às vezes, o silêncio fala tão ou mais alto, considerando as circunstâncias que o envolvem, pois quem cala não consente nem dissente, pois isto dependerá das circunstâncias. Um exemplo disto é a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. É o seu art. 40: “Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.

De maneira expressa, é forçoso citar alguns artigos. São eles:

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;

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

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...).

São outras tantas as oportunidades em que se faz referência expressa à legalidade, apontando estas apenas como exemplificativas.

De fato, discute-se sobre a adequabilidade da repetição. Alguns podem ver esta técnica repetitiva como algo inútil.

No entanto, é preciso observar o contexto do Brasil, e de sua sociedade, que ainda se mantém ansiosa por preservar direitos que, melancolicamente, não acredita que sejam concretizados.

Demonstração do que digo são as medidas provisórias, onde, mesmo alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram o excesso, mas o Poder Judiciário pouco fez, na prática, para contê-lo. É o caso, por exemplo, da instituição e da majoração de tributos por esta via, onde não são incomuns as discordâncias individuais de alguns Ministros do mais Alto Tribunal, que, no entanto, dizem ceder ao entendimento do Plenário, como consta no *site* do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), onde surgiu a seguinte Manchete:

Data: 09.11.99. Hora: 14 h. CELSO DE MELLO fala do uso excessivo de medidas provisórias pelo Governo. (...) a utilização indiscriminada e as sucessivas reedições de medidas provisórias ‘não podem transformar-se em instrumento de imposição normativa da vontade unipessoal do Presidente da República, exacerbando-se, desse modo, o componente autoritário de que se acham inquestionavelmente impregnados esses atos executivos com força de lei. (...) de 05 de outubro de 88 até o dia 31 passado, o Governo Federal editou e reeditou 4.026 medidas provisórias, média de 366 medidas provisórias por mês. Desse total, o Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO foi responsável por 3.223 medidas provisórias, de acordo com o levantamento divulgado pelo Senado. Para o Ministro CELSO DE MELLO, os dados evidenciam que os Presidentes JOSÉ SARNEY, FERNANDO COLLOR, ITAMAR FRANCO e FERNANDO HENRIQUE legislaram quase duas vezes mais do que o próprio Congresso Nacional. No seu Despacho, o Ministro defendeu a necessidade do Governo definir as matérias que não podem constituir objeto de disciplinação jurídica por medidas provisórias de maneira que o Presidente diminua a sua intervenção no trabalho do Legislativo. Ele acha que essa intervenção ‘suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que devem estar ordinariamente sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional’. (...) Apesar de considerar que a criação e a majoração de tributos são matérias de competência exclusiva do Congresso, o Ministro CELSO DE MELLO não conheceu do recurso extraordinário apresentado pela Transportadora Urano Ltda. contra a União Federal. No seu Despacho, o Ministro observou que a orientação

jurisprudencial firmada pelo Plenário do próprio Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a possibilidade jurídico-constitucional do Presidente da República instituir ou majorar tributos mediante a edição de medida provisória.

Além do mais, em um passado recente, fatos pretéritos foram atingidos, por exemplo, com a utilização dos chamados empréstimos compulsórios.

Sobre isto, destacou Paulo de Barros Carvalho a respeito da forma grosseira como o princípio constitucional da irretroatividade das leis vinha sendo descumprido, pelo Poder Público impositivo, na seara dos empréstimos compulsórios.

Eis o Autor (CARVALHO, 1991:99/100)

Com efeito, o enunciado normativo que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conhecido como princípio da irretroatividade das leis, não vinha sendo, é bom que se reconheça, impedimento suficientemente forte para obstar certas iniciativas de entidades tributantes, em especial a União, no sentido de atingir fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios. Tranqüilos, na confiança de que tais eventos se encontravam sob o pálio daquele magno princípio, foram surpreendidos por grosseiras exações, que assumiram o nome de empréstimos compulsório.

Das Medidas Provisórias (SZKLAROWSKY, 1991:11):

A jurisprudência vem lapidando esse instituto, inculcando-lhe o formato preciso. (...) Sem dúvida é de se aperfeiçoar o o (constitucional), contudo, parece-nos que a raiz do mal não está nas leis em si, mas na sua efetiva execução e na consciência de sua obediência.

Com relação às medidas provisórias, a Constituição brasileira, de outubro de 1988, assim dispôs sobre elas em seu texto originário:



Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

A Constituição da República italiana, em seu art. 77, dispõe:

Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias, com força de lei, deve apresentá-las no mesmo dia para a conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são especialmente convocadas a se reunirem no prazo de cinco dias, Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.

Diante destas medidas, acirra-se uma forte polêmica, no Brasil, em torno da segurança jurídica, e da sua forma de manifestar-se pela expressão da legalidade; especialmente em matéria tributária.

Como se pode verificar, nos termos do art. 62, a medida provisória tem, entre as suas características básicas, a *urgência*.

Ora, um dos limites constitucionais fixados para o Estado tributar o cidadão é o da anterioridade (espera pelo ano subsequente – regra geral).

Diz a Constituição sobre a anterioridade, em seu art. 150, inc. III, al. “b”:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...) III – cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Ocorre que o exercício financeiro, nos termos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (Diário Oficial da União de 23 de março de 1964, estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal), é o ano civil, como diz o seu art. 34: “O exercício financeiro coincidirá com o ano civil. (...)”

Logo, surge a questão da impossibilidade de se compatibilizar a urgência, que é uma característica constitucional da medida provisória, com a exigência, também constitucional, de se esperar o próximo ano para instituir ou aumentar o tributo (anterioridade).

Assim, é voz corrente, na doutrina nacional (Cf. DERZI, 1995:166), a conclusão de que a regra é a de que os tributos não devam ser urgentes; e, portanto, não possam ser viabilizados por medidas provisórias.

Porém, há exceções constitucionais à falta de urgência do tributo.

Mas é preciso reconhecer que, quando a Constituição do Brasil afirma que a lei de diretrizes orçamentárias deve orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações na legislação tributária (art. 165, § 2º), deixa claro que, em matéria tributária, há a necessidade de um planejamento tanto do Estado, quanto também das empresas privadas, que não podem (assim como o cidadão comum) ser surpreendidas com abruptas inovações legislativas.

Entre as exceções a que me refiro, uma delas está no próprio art. 150, e diz respeito a quatro impostos. Uma outra encontra-se no art. 149, e diz respeito aos empréstimos compulsórios. E, finalmente, há a figura dos impostos de guerra, ou extraordinários no art. 154, inc. II (*observação: todos os dispositivos citados são da Constituição do Brasil*).

Veja-se o que eles dizem:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”). Parágrafo Único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. (...)

Art. 150. (...)§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I (calamidade), 153, I, II, IV e V. (são os impostos da União Federal sobre a importação de produtos estrangeiros; sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; sobre produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários); e 154, II (imposto de guerra); e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I;

Art. 154, II (são os impostos de guerra) Art. 154. A União poderá instituir: (...) II – na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessando as causas de sua criação). (grifei)

Procurando dizer tudo isto de maneira direta. A anterioridade tributária sofre exceções constitucionais, entre elas estão os impostos de guerra, os impostos regulatórios externos (importação e exportação), o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre operações financeiras.

Ocorre que, nos casos dos impostos de guerra, não há impedimento para a medida provisória, dado a significativa relevância e urgência da situação. Não se trata de zona de fronteira.

Quanto aos demais, parece-me desnecessária a utilização da medida provisória, pois basta ver o art. 153, § 1º, da Constituição do Brasil, que

faculta ao Poder Executivo a alteração das alíquotas (e não mais base de cálculo, como previa o Código Tributário Nacional no art. 97 "Somente a lei pode estabelecer: (...) IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 (já havia sido revogado pelo Decreto lei nº 406, de 31.12.68 e tratava da circulação de mercadorias) e 65."

Estes artigos referem-se ao imposto sobre a importação, sobre a exportação, sobre a transmissão de bens imóveis, sobre operações de crédito, câmbio e seguros e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários", que poderá se utilizar dos decretos (art. 84, inc. IV), desde que dentro dos limites (mínimo e máximo) fixados pela lei geral.

Restariam, também, os empréstimos compulsórios, disciplinados no art. 148, da Constituição do Brasil.

Note-se que, aqui, a exigência de lei é expressa. E a lei exigida é a complementar, que tem quórum qualificado de maioria absoluta, e, sobre o tema "hierarquia da lei complementar", destaco as palavras de Paulo de Barros Carvalho, onde, socorrendo-se do magistério de Souto Maior Borges, esclarece que estas leis não são necessariamente superiores às leis ordinárias. É a Constituição que indica se a matéria lhe é ou não reservada. Se o for, em face de mandamento constitucional nesta direção, não caberá à lei ordinária invadir-lhe o espaço que lhe é próprio (Cf. BARROS, 1991:135-136).

Com isto, desde a redação originária, havia aqueles que defendiam que, por ter a medida provisória força de lei (art. 62), estaria vedado a ela o campo reservado às leis complementares, pois as medidas provisórias poderiam, apenas, atuar na seara das leis ordinárias. Atualmente, a vedação de edição de medidas provisórias sobre matéria de lei complementar é expressa no art. 62, § 1º, inc. III (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001). Observe-se, entretanto, o mesmo art. 62, § 1º, inc. I, al. "d", quando ressalva das vedações o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas im-

previsíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Além disto, quando a Constituição do Brasil registrou em seu art. 68 que não deveria ser objeto de delegação ao Executivo as matérias inerentes à lei complementar, estaria, também aí, fixando mais um impedimento para as medidas provisórias.

A base disto estava na argumentação de que, quando a Constituição do Brasil quis falar em lei complementar, ela o fez expressamente.

Logo, como no art. 62, que trata das medidas provisórias, ela assim não procedeu, a conclusão seria pela impossibilidade de sua utilização em matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.

Ocorre que, se assim o fosse em relação à medida provisória, também o deveria ser em relação às demais situações constitucionais, onde o termo *lei* vem desacompanhado da expressão “complementar”.

Mas não é isto o que ocorre, pois o próprio art. 5º, inc. II, que consigna o princípio da liberdade, vem grafado da seguinte maneira: “Art. 5º. (...) II – *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*”.

Ora, quer me parecer evidente que, na expressão *lei* ali utilizada, cabia entender lei ordinária, e também lei complementar. Seria um tanto absurdo imaginar o contrário, pois estaria permitindo a Constituição o descumprimento das leis complementares, exatamente aquelas que têm um quórum qualificado, tal como foi visto.

Enfim, com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

Por tudo isto, em minha visão, era possível, em face da redação originária do Diploma Constitucional, a utilização da medida provisória em matéria tributária em alguns casos excepcionais, a saber: a) impostos de guerra; b) empréstimo compulsório para o qual a Constituição do Brasil não veiculou a obediência ao princípio da anterioridade, ou seja, em casos de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência. Lembrando, aqui, de que o art.

148, da Constituição de outubro de 1988, exige lei complementar para a instituição de empréstimo compulsório.

Portanto, foi constituída uma situação bem peculiar pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, porquanto da vedação da edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III). Assim, não caberia mais a utilização de medida provisória em se tratando de empréstimo compulsório, embora destacada a relevância e a urgência? Creio que ainda caiba por força da ressalva feita pelo art. 62, § 1º, inc. I, al, “d”, que faz remessa ao art. 167, § 3º, dispositivo que regulamenta a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Sobre a exceção à anterioridade, e como argumento de reforço ao que digo, lembro de um antigo adágio que ensina que, ao se incluir um, exclui-se o outro, sobre os brocardos jurídicos, disse Carlos Maximiliano (1981:239-240):

Na alvorada do século XI, Burcardo, Bispo de Worms, organizou uma coleção de cânones, que adquiriram grande autoridade, e foram impressos em Colônia, em 1548, e, em Paris, em 1550. Granjeou fama aquele repositório, sob o título de *Decretum Burchardi*. Eram os cânones dispostos em títulos e reduzidos a regras e máximas; na prática lhes chamavam burcardos, a princípio; dali resultou a corrutela brocardos, que se estendeu, em todo o campo do Direito Civil, aos preceitos gerais e aos aforismos extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes. Os brocardos parecem fadados a passar, com certos condutores de homens, do exagerado prestígio à injusta impopularidade. A sua citação, diurna outrora, vai-se tornando cada vez menos frequente; rareiam, talvez, os entusiastas à medida que surgiam desdenhosos e opositores. Àquelas regras de Direito, muito breves e formuladas quase sempre em latim, os antigos chamavam de axiomas, vocábulo destinado, em Matemática, a designar as proposições evidentes por si mesmas, que dispensam esclarecimentos e demonstrações.(...) Outros mestres julgam eternos os brocardos, por serem a própria razão natural escrita; ao invés de homenagem ao progresso, acham insânia mudá-los ou repeli-los; pois esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos.

.Ora, se, em nossa Constituição, incluiu-se, expressamente, o princípio da anterioridade na hipótese normativa do inc. II, é porque não era preciso observá-la no inc. I, do art. 148.

E, ainda, é de destacar que as hipóteses do inc. I dizem respeito à guerra e calamidade, que são situações urgentes e relevantes.

Acaso fosse preciso observar o princípio da anterioridade nestas circunstâncias, quando o empréstimo fosse cobrado, já se haveria perdido a guerra, ou a calamidade já teria feito um enorme estrago.

Sei que este assunto é bastante polêmico, e a qualquer conclusão que se chegue, dificilmente, haverá a unanimidade.

Também por isto, e em face das várias implicações que deste tema poderão decorrer, consagrarei, em um outro espaço, um tratamento mais minudente.

Quanto à utilização da medida provisória, em matéria penal, parece imperioso concordar com Francisco de Assis Toledo, em seus Princípios Básicos de Direito Penal, quando afirma que não pode haver a instituição de crime ou pena (direito penal e processual penal), nem tampouco a agravação das mesmas, por esta via. Além do mais, é imperativo que se evite os abusos.

São estas as suas palavras em torno do caráter quase ilimitado de criação de novas figuras típicas, e o que isto representaria contra a liberdade em seus diferentes matizes, precipuamente contra a liberdade de locomoção

É o autor (TOLEDO, 1994:24-25):

A Constituição de 1988, no art. 62, substitui o decreto-lei pela medida provisória, sem tradição no direito brasileiro, e não estabeleceu, de modo expresso, os limites objetivos para a edição desta última, exigindo apenas ‘relevância e urgência, requisitos genéricos e pouco confiáveis. (Ora, a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal (inciso XXXIX) (...). Sendo assim, não se faz necessária muita acuidade para perceber

que a criação de figuras penais e até a simples agravamento de penas através de medida provisória poderiam prestar-se para coisas desta natureza: a) extirpação da liberdade de ir e vir, através da prisão em flagrante por crimes recém-criados, por medidas provisórias; b) extirpação da inviolabilidade da residência e do sigilo da correspondência, nas mesmas hipóteses, pondo por terra as garantias dos incisos XV, XI e XII, já que a possibilidade de criação de tipos penais novos é quase ilimitada.

E, continua o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, relatando a sua preocupação com o exagero e o abuso na utilização do instituto das medidas provisórias, realçando as atrocidades que, infelizmente, foram cometidas a título de cumprimento de alguns decretos-leis, uma versão antiga e agressiva das “leis do Executivo brasileiro”.

Nas suas exatas palavras (TOLEDO, 1994:24-25):

Aos brasileiros que, nos dias de hoje, assistem atônitos à edição em série dessas medidas provisórias, é bom lembrar que, por decreto-lei, já tivemos ‘leis’ de segurança nacional, o que poderá sugerir, a qualquer momento, uma tentativa de recaída nessa linha de orientação, desta feita obviamente por ‘medida provisória.

Aliada a estes argumentos, veio a Reforma Constitucional de setembro de 2001 que, no art. 62, § 1º, inc. I, al. “b”, veda a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil.

Da hierarquia entre Leis Ordinárias e Complementares. Análise e Jurisprudência

Como uma forma de fixação de segurança, no Brasil, certamente um tema mereceu, e ainda merece, destaque, conforme as implicações jurisprudenciais que relatarei após a explicação do assunto a que me refiro.

Trata-se de saber se a “lei complementar” detém hierarquia sobre a “lei ordinária”. Há aqueles que pensam que sim.

Basicamente, são dois os motivos que apresentam.



Primeiro, o quórum de aprovação da lei complementar é superior ao da lei ordinária.

Sobre a lei ordinária, dispõe o art. 47, do Texto Constitucional: “Título IV. DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES. Capítulo I – DO PODER LEGISLATIVO. Seção I – DO CONGRESSO NACIONAL: “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

Sobre a lei complementar, dispõe o art. 69, do Texto Constitucional: “Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta”.

Segundo, o dispositivo constitucional que se refere ao processo legislativo traz as leis complementares logo abaixo das Emendas Constitucionais, deixando as leis ordinárias para depois.

É o art. 59, da Constituição do Brasil, que trata das Disposições Gerais do processo legislativo, e tem a seguinte redação:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções. Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Pessoalmente, não me perfilho entre aqueles que defendem esta hierarquia, pelo menos com base nestes dois fundamentos. De fato, pragmaticamente, é enganoso pensar que o quórum qualificado seja uma nítida dificuldade de empenço. Por vezes, e sobre um mesmo assunto, pode ser mais difícil aprovar uma lei ordinária do que uma Emenda Constitucional. Exemplifico. Certas matérias estão na vala da competência privativa para a iniciativa de encaminhamento de projetos de lei. Logo, se a autoridade competente não a encaminha, não adianta possuir o quórum parlamentar necessário, simplesmente porque o projeto de lei não será encaminhado.

O motivo para esta tomada de posição é o de que considero que se a Constituição atribui um assunto para a seara da lei ordinária, e, mesmo assim, o legislador dispõe mediante lei complementar, a matéria não deixará, por isto, de estar reservada à lei ordinária.

Logo, atendendo à própria Constituição, esta lei havida, formalmente, como complementar, pode ser, perfeitamente, alterável por lei ordinária.

O cerne da questão, portanto, não é o de se a lei complementar mantém hierarquia sobre a ordinária; mas o de que os espaços fixados constitucionalmente devem ser observados pelo legislador inferior.

Do que até aqui foi dito, retiro duas conclusões: 01) se a Constituição atribui um assunto para a lei ordinária, e o mesmo é tratado por lei complementar, esta deverá ser havida como se lei ordinária fosse, podendo ser modificada pela via ordinária, sem restrição de quórum; 02) se a Constituição atribui um assunto para a lei complementar, e o mesmo é tratado por lei ordinária, esta deverá ser havida como inconstitucional.

Evidentemente que, do ponto de vista estritamente formal, a partir da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 (e de outras que a sucedam e que tenham a mesma natureza), que regulamenta o Parágrafo Único do art. 59, da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, havendo surgido a disciplina nacional para a confecção legislativa, as normas elencadas, no art. 59, inclusive as leis complementares e as ordinárias, devem se submeter aos predicamentos fixados.

Não se trata, portanto, de hierarquia quanto ao conteúdo, mas de uma necessidade de uniformização da técnica formal de legislar.

Embora não utilizando os mesmos argumentos, disponibilizo para o leitor Paulo de Barros Carvalho, que, assim se manifestou, com o apoio de José Souto Maior Borges, sobre o tema da hierarquia da lei complementar, ressaltando que não é a topologia normativa, nem tampouco o mero procedimento que transforma “acordos dilatatórios” práticos em estruturas normativas hierarquizadas.



Eis o filósofo-tributarista Paulo de Barros Carvalho (1991:134-136):

É excelente instrumento de legislação nacional, alcançando, conjunta ou isoladamente, a esfera jurídica das pessoas políticas de direito constitucional interno. Talvez por isso seja freqüente o magistério de que as leis complementares desfrutem de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do art. 59 (CF), vindo logo abaixo das emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o art. 69 (CF). Foi José Souto Maior Borges (Lei Complementar Tributária, Revista dos Tribunais, 1975, p. 54 e s.) quem pôs a descoberto as erronias dessa tese, baseada, rudimentarmente, na topologia do enunciado legal e no procedimento legislativo preconizado para a edição dessas normas. Com argumentos sólidos, demonstrou que as leis complementares não exibem fisionomia unitária que propicie, em breve juízo, uma definição de sua superioridade nos escalões do sistema. De seguida, propõe critério recolhido na Teoria Geral do Direito, para discernir as leis complementares em duas espécies: a) aquelas que fundamentam a validade de outros atos normativos; b) as que realizam sua missão constitucional independentemente da edição de outras normas.

E o mesmo autor arremata que é a própria Constituição que define a existência, caso a caso, da hierarquia entre as normas a ela subalternas (CARVALHO, 1991:134-136):

Trazendo essa diretriz para o setor que nos interessa, ganha outro aspecto a questão da hierarquia, tornando legítimo asseverar que, em alguns casos, a lei complementar subordina a lei ordinária, enquanto noutros descabem considerações de supremacia nos níveis do ordenamento, uma vez que tanto as complementares como as ordinárias extratam seu conteúdo diretamente do texto constitucional.

No entanto, diante da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, fez questão de frisar a vinculação de todas as normas do sistema à estrutura construtiva da norma prevista no Parágrafo Único, do art. 59, do Texto Constitucional (CARVALHO, 1991:140):

Quanto à hierarquia da lei complementar é que devemos registrar a novidade, pois, assim que forem editados os preceitos a que alude o parágrafo único do art. 59, a lei ordinária e as que lhe forem equiparadas ficarão a ela submetidas, sob o ângulo formal. No que tange ao conteúdo, permanece tudo como antes.

O dispositivo mencionado diz o seguinte: “Art. 59. (...) Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

Esta lei já existe. É a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Cabe, então, aproveitar esta oportunidade, e apresentar três das mais importantes questões levadas ao Poder Judiciário brasileiro sobre este assunto.

Duas delas suscitam a questão de uma lei ordinária válida, de acordo com a Constituição antecedente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com a nova Constituição, deixando de poder sofrer, por isto, alteração por lei ordinária.

São as questões cogitadas: a discussão sobre o Programa de Integração Social (PIS); a polêmica sobre a quebra do sigilo bancário e a natureza jurídica da lei do Código Tributário Nacional.

Apresentarei Arestos sobre cada um destes temas. O critério de seleção foi o da clareza de exposição do problema. (Observação: como se poderá constatar, ainda está muito em voga, no Judiciário nacional, o entendimento da existência de hierarquia entre a lei complementar e a ordinária).

Do Programa de Integração Social

Aqui, o Tribunal concluiu no sentido de que a Constituição anterior do Brasil não exigia lei complementar para tratar deste assunto. No en-

tanto, em face do entendimento dominante na época, optou-se por ela. Ocorre que a mesma foi alterada como se fosse lei ordinária, suscitando o problema da hierarquia e da pertinência constitucional deste procedimento.

É a Decisão (Arguição de inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 400200, 1989, Rio Grande do sul, Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 14.11.90, p. 27126. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, p. 54. Relator para o Acórdão Juiz Paim Falcão. Decisão por maioria) que, até hoje, no início de um novo século, ainda vem servindo de precedente para o deslinde das demandas judiciais remanescentes neste tema:

A edição de lei complementar só é inafastável quando a Constituição expressamente prevê. O Programa de Integração Social foi criado para atender mandamento constitucional, constante do art. 165, inc. V, da Constituição de 1967, redação da Emenda nº 01/69. Ora, tal dispositivo constitucional – art. 165 – exigia, para a implementação dos direitos nele mencionados, a existência de lei, não de lei complementar. A criação do PIS, via lei complementar, a de nº 07/70, deveu-se a entendimento, dominante à época, de sua edição, de que a contribuição para o aludido programa tinha natureza jurídica de tributo. Assim, para que não fosse desatendido o comando do art. 62, § 2º, da Constituição então vigente, editou-se a mesma. Porém, com a vigência da Emenda Constitucional nº 08/77, a contribuição para o PIS deixou de se revestir de tal natureza, como reiteradamente entendeu o Colendo Supremo Tribunal Federal. Nestas condições, a denominada Lei Complementar nº 07/70 perdeu esta hierarquia, devendo-se ter a mesma como lei ordinária. Ora, se passou a Ter a hierarquia de lei ordinária, é possível a sua alteração pela via do decreto-lei, técnica de expressão da ordem jurídica então vigente, de igual posição, como seguidamente entendeu a jurisprudência. Inocorrente, desta forma, lesão ao princípio da hierarquia das leis. A expressão ‘finanças pública’, empregada no inc. II, do art. 55, da Constituição revogada, não tem uma conotação restritiva, no sentido de que se refere, exclusivamente, aos recursos monetários administrados pelo Estado em seu próprio interesse. No Estado moderno, a expressão também abarca aquela soma de dinheiro que o Estado administra, por expressa disposição de lei, mas que só mediatamente é do seu interesse. O Programa

de Integração Social visa assegurar aos trabalhadores a participação no lucro das empresas, que será maior na medida em que for crescente o desenvolvimento econômico nacional. Ora, tal crescimento implementa-se através de planos nacionais de desenvolvimento que, aplicando os recursos obtidos com a contribuição para o PIS, provocará o crescimento deste. Refere-se ele, pois, a um aspecto de macro-economia, afetador do desenvolvimento nacional e, via de consequência, dizendo respeito às finanças públicas, cujo regramento era possível, na ordem constitucional então vigente, por meio de decreto-lei.

Do sigilo bancário

Aqui, além de haver uma discussão sobre o princípio do devido processo legal, concluiu-se que uma lei ordinária válida, de acordo com o sistema constitucional anterior, poderá, perfeitamente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com o novo ordenamento encimado pela nova Constituição; não podendo, daí, vir a sofrer alteração por lei ordinária.

É a Decisão (Remessa de Ofício nº 3105940, 1994, São Paulo. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma. DJ 31.10.95, p. 75041. Relatora Juíza LUCIA FIGUEIREDO. Unânime):

A Lei nº 4.595/64, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ter força de lei complementar, não podendo ser alterada pela Lei nº 8.021/90, ordinária, e, pois, de hierarquia inferior. No entanto, se assim não for, não basta o início do procedimento fiscal, fazendo-se necessário que se observe o princípio constitucional do devido processo legal. A simples menção da abertura do procedimento fiscal, sem a comprovação de que o contribuinte sequer teria sido cientificado de sua deflagração, importa em exonerar a instituição financeira do dever de fornecer as informações solicitadas pela autoridade fiscal, abrigando-se na proteção do sigilo bancário.

Ocorre que o tema do sigilo bancário, e as polêmicas em torno dele, receberam importante revigoramento com a política brasileira de com-



bate à sonegação de tributos; o que implicaria dizer, acaso haja sucesso nesta iniciativa, que a carga tributária daqueles que atualmente já pagam os seus tributos regularmente pode vir a baixar, pelo singelo motivo de que *se todos pagam*, é possível reduzir a carga tributária individual, sem prejuízo da carga tributária geral, não inviabilizando as necessárias despesas do Estado.

Foi a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, a revitalizadora das discussões; pois, no ponto de vista dos que por ela propugnam, na verdade não se estaria quebrando sigilo algum; mas apenas repassando dados das instituições financeiras para a Fazenda Pública; e, também ela, deveria guardar o respectivo sigilo.

Assim, haveria apenas uma transferência de sigilo. Dos bancos para a Fazenda. Uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal.

Do Código Tributário Nacional

O Código Tributário Nacional foi votado como lei ordinária, pois assim se permitia no ordenamento encabeçado pela Constituição de setembro de 1946. Ocorre que foi recepcionado como lei complementar pela Constituição de janeiro de 1967, não cabendo mais alterá-lo pela via ordinária, mas tão-somente pela complementar.

Esta questão suscitou grande interesse, pois o Código Tributário Nacional é de 25 de outubro de 1966, tendo advindo, logo a seguir, uma nova Constituição.

Se a conclusão não fosse afirmativa pela sua recepção, haveria a necessidade de um novo Código.

A Decisão que vai a seguir não é a que primeiro consagrou o entendimento da recepção, mas esclarece o ocorrido, ao analisar outra importante discussão, que foi a da validade da contribuição sobre os lucros das empresas

O Acórdão (Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 404947, 1991, Rio Grande do Sul. Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 16.09.02, p. 28.541), em suma, registra que, mesmo uma lei votada como se ordinária fosse (Código Tributário Nacional), mas recepcionada por um novo sistema constitucional que lhe atribui o jaez de complementar, não pode vir a ser regularmente modificada pela via da legislatura ordinária, simplesmente porque, se assim se fizesse, restaria descumprido o novo comando constitucional:

Reconhecido ser o Código Tributário Nacional lei ordinária, mas com força de lei complementar, configura-se hipótese de inconstitucionalidade, e não de ilegalidade, já que usurpada competência reservada pelo Texto Maior àquele diploma. Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 89825/Rio Grande do Sul e do Colendo Supremo Tribunal Federal na apreciação do Recurso Extraordinário nº 101084/Paraná. Questão preliminar que, por maioria, é rejeitada. Estabelecendo, o art. 35, da Lei nº 7.713/88, que os lucros das pessoas jurídicas, ainda não distribuídos, sofrerão tributação na fonte pelo imposto de renda, viola o disposto no art. 43, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), posto que cria nova hipótese de fato gerador, diversa das previstas em texto de maior hierarquia. Em assim estabelecendo, o texto – art. 35, da Lei nº 7.713/88 – violentou o princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente estabelecido no art. 59, da Lei Maior.

Ainda sobre a importância da lei, destaco o trecho do discurso proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, na solenidade de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, realizada, em Brasília/Distrito Federal, no dia 22 de maio de 1997.

Uma Constituição escrita – e assim tenho enfatizado em diversas decisões proferidas nesta Suprema Corte – não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. A Constituição reflete um documento político-jurídico da maior importância, sob cujo império protegem-se as liberdades e impede-se a opres-

são governamental. A Constituição é a lei fundamental do Estado. Nela repousam os fundamentos da ordem normativa instaurada pela comunidade estatal. A normatividade subordinante que dela emerge atua como pressuposto de validade e de eficácia de todas as decisões emanadas do Poder Público. O estatuto constitucional, na pluralidade dos fins a que se acha vocacionado, reflete o momento culminante da instauração de uma ordem normativa revestida do mais elevado grau de positividade jurídica.

Por tudo o que vem sendo estudado quanto à legalidade, é pertinente a preocupação demonstrada pelo Ministro Celso de Melo, que, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, fez registrar a sua indignação a respeito da impunidade dos crimes transnacionais (Um dos caminhos de combate à ação internacional criminosa é a permuta de informações, relativizando o sigilo. Seguindo esta linha de raciocínio, cito duas recentes leis brasileiras: a) Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2.001, art. 1: “*A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.*”; b) Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2.001, alterando o art. 199, do Código Tributário Nacional: “*A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos*), falando sobre a ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis. Raciocina o Ministro, dizendo que o descumprimento das leis reduz a autoridade do direito e leva ao descrédito as instituições.

Ora, se é assim, no plano internacional, com a mesma força e indignação, certamente, o será no plano interno.

São as palavras do Ministro (www.stf.gov.br, veiculado aos 05 de dezembro de 1998, com o título: *Íntegra do pronunciamento do Ministro CELSO DE MELLO aos participantes do X Congresso Intera-*

mericano do Ministério Público – Parte 4, indicando que o hábito do descumprimento normativo acarreta a indignação e a indiferença das populações, e leva à derrocada a autoridade do direito, ferindo a própria dignidade de cada um e de todos:

A existência da impunidade dos crimes transnacionais e a recusa de cooperação na repressão internacional a esses gravíssimos delitos constituem sinal visível de que o Estado não está sendo capaz de realizar plenamente uma das funções para as quais foi instituído. A ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis, por parte daqueles que atuam no âmbito de organizações criminosas transnacionais, traduz omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da solidariedade internacional na repressão incondicional aos delitos que ofendem a consciência universal e o sentimento de decência e dignidade dos povos. Por isso mesmo, a impunidade representa preocupante fator de estímulo à delinqüência, gerando, no espírito do cidadão honesto, o sentimento de justa indignação contra a indiferença ética do Estado, que se revela incapaz ou destituído de vontade política para punir aqueles que transgridem as leis penais.

As palavras são fortes, tal como recomenda a gravidade da situação que se constitui com o desrespeito às leis.

A opção pelo abandono da lei é extremamente perigosa. Imagine-se se outras categorias, como, por exemplo, a dos militares (Forças Armadas), viessem a se filiar ao “direito alternativo”, partindo para a conclusão de desconsiderar o direito legislado.

Tenho comigo que, ao contrário do que alguns possam imaginar, grande parte dos problemas jurídicos, que, atualmente, assolam o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, não são aqueles provenientes dos leigos, mas os decorrentes daqueles que têm conhecimento jurídico, e deveriam chegar, por si sós, a um consenso.

Esta é a minha insistência: a forma democrática de viabilizar a segurança é a lei, que precisa atender aos limites constitucionais.



Em verdade, há quem acredite que a maior entre as manifestações políticas do Estado é a função de elaborar a lei, pois, tanto a função executiva quanto a judiciária, não seriam mais do que de aplicação legal.

Neste quadrante, é de se concordar com Hans Kelsen (1958:326), que, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, sob o título “Independência dos Juízes”, aponta a similitude entre estas duas funções (executiva / judiciária), atribuindo a razões históricas a existência das diversas denominações.

Enfim, a lei é um instrumento assecuratório de liberdade, e assim foi reconhecida, por exemplo, no art. 6º, da Declaração de Direitos de 1789, que diz:

A liberdade consiste no poder de fazer tudo o que não ofende outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei.

Poder-se-ia pensar que esta afirmação – a lei como um instrumento assecuratório de liberdade – apenas teria incidência para o particular, onde o princípio da legalidade termina por ser resumido na frase “pode fazer tudo, desde que a lei não proíba”, e não em relação ao exercício das atividades próprias à Administração Pública, onde a frase seria “só é permitido fazer aquilo que a lei determina”.

Ocorre que, tanto na afirmação de que se pode fazer tudo, desde que a lei não proíba; quanto, também, na afirmação de que só é possível fazer aquilo que a lei determina, encontra-se o mesmo espírito, o mesmo fim.

O objetivo é um só, ou seja, o de evitar imposições sem base legal. Assim, o administrador público e o juiz não devem ser avistados como senhores que podem fazer tudo, porquanto sejam servidores da lei.

E não basta atender à legalidade, desvirtuando-a através de interpretações de conveniência e oportunidade. É preciso conformá-la à moralidade e à finalidade administrativas.

Ou, como diz Hely Lopes Meireles, em seu *Direito Administrativo* (1990:78-79):

Cumprir simplesmente a lei na frieza do seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.

Foi neste sentido que o art. 37, da atual Constituição da República Federativa do Brasil, que trata da Administração Pública, anexou ao princípio da legalidade, princípios como o da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Isto porque não basta a segurança pela aplicação da lei. É necessário que se busque a interpretação que melhor atenda aos interesses sociais.

São tentativas constantes de se fixar expressões objetivas para a realização dos valores.

Feitos todos estes comentários sobre o princípio da legalidade, especialmente verificado no contexto do Brasil, é necessário continuar demonstrando os critérios permeadores das providências objetivas que demarcam o princípio da segurança jurídica.

Antes disto, no entanto, peço que se observe o quanto é importante a estabilidade legislativa. Por vezes, passa-se anos construindo uma jurisprudência sobre uma matéria polêmica, e, quando a mesma começa a dar sinais de pacificação, vem o legislador e a altera, começando tudo de novo.

Também quanto à jurisprudência, embora não haja direito adquirido à manutenção da mesma – pois até a súmula pode ser revista –, na medida em que revela o direito na prática, proclamando uma interpretação como assente, é de ser alterada, se este for o caso, com cautela. (Entre

as 621 (seiscentos e vinte e uma) Súmulas do Supremo Tribunal Federal, aponto uma que foi cancelada e outra que vem sofrendo abrandamentos pelo Superior Tribunal de Justiça. A cancelada é a de nº 301. Era a Súmula nº 301: “Por crime de responsabilidade, o procedimento penal contra prefeito municipal fica condicionado ao seu afastamento do cargo por impeachment, ou à cessação do exercício por outro motivo.” Aquela que vem sendo abrandada pelo Superior Tribunal de Justiça é a de nº 621. É a Súmula nº 621: “Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.” Quanto a esta última, ver o Boletim de Jurisprudência nº 27/92, p. 73, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região).

The laws enforced in Brazil – a reminder of the European doctrine tax aspects.

Abstract

This is a study about the principle of legality, especially under constitutional tax, running the necessity for the gradual construction of a mentality of citizenship, which requires from the Democratic State of Law not a unique respect to

the legal certainty principle, but also the record of the indignation about the impunity.

Key words: Law. Impunity. Effectiveness. Brazil.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral.** Uma perspectiva luso-brasileira. 10. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo.** Belo Horizonte, FUMARC, 1982.

BOBBIO, Norberto. **L'Analogia nella logica del Diritto**. Turim, Istituto Giuridico, 1938.

_____. **Teoria della scienza giuridica**, Turín, 1950.

_____. **Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant**. Turín, 1957.

_____. **Teoria della Norma Giuridica**. Torino, Viretto, 1958.

BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DERZI, Misabel de Abreu de Machado. **Revista de Direito Tributário – 47**. Princípio da praticabilidade do Direito Tributário (Segurança Jurídica e Tributação), 1995.

DUARTE, Maria Luísa. **A Discricionariedade Administrativa e os Conceitos Jurídicos Indeterminados** – contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade. Lisboa, 1987.

FIGUEIREDO, Fran. **As medidas provisórias no sistema jurídico constitucional brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, abr./jun.1991.

GUIMARÃES, Vasco Antônio. A Estrutura da obrigação de imposto e os princípios constitucionais da legalidade, segurança jurídica e proteção da confiança. **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**, Centro de Estudos Fiscais. Ministério das Finanças, Lisboa, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria General del Derecho y del Estado**. Trad. EDUARDO GARCIA MAYNEZ. 2. ed. rev. México: Imprenta Universitaria, 1958.



MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Actividade Constitucional do Estado. Coimbra: LDA, 1997. Tomo V.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Referência deste artigo

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. Das leis reforçadas no Brasil – uma lembrança da doutrina européia. Aspectos tributários. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 221-250, jan./jun. 2010.

* *Artigo recebido em: 3 mar. 2010. Aprovado em: 23 jun. 2010.*

A uniformização do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis

Ingrid Virgínia Patriota

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP.

Resumo

O estudo tem por objeto a análise do instituto dos Juizados Especiais Cíveis, confrontando-se seus aspectos Estadual e Federal, sob a luz da legislação específica pertinente e sob o enfoque do princípio constitucional do acesso à justiça. Ao longo deste trabalho, serão estudados todos os aspectos que fazem parte desta tão recente e promissora modalidade do ordenamento jurídico brasileiro, pretendendo-se demonstrar a grande importância creditada à sua criação,

responder à problemática da existência ou não de Estatuto disciplinador dos referidos órgãos judiciais especiais e propor reavaliações no que tange à estrutura procedimental de ambos, possibilitando, inclusive, a edição de lei única que discipline todos os aspectos do aludido instituto.

Palavras-chaves: Acesso à Justiça. Reforma Processual. Estatuto dos Juizados Especiais Cíveis. Estrutura Procedimental.

Introdução

A edição da Lei n.º. 7.244/84, que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, apesar de acarretar confusões e discordâncias quanto ao por ela disciplinado, gerou nos Estados um impacto, uma “chacoalhada inovadora” no Judiciário.

Diante do sucesso obtido com os referidos Juizados, ficou registrado pelo Constituinte de 1988, quando da confecção da atual Carta Magna,

nos artigos 98, I e 24, X, gerando a obrigatoriedade da criação dos Juizados Especiais com competência para processar e julgar causas de pequena expressão econômica, bem como causas de complexidade diminuta.

Em observância ao estipulado pelo inciso I do art. 98, em 26 de setembro de 1995 foi sancionada a Lei nº. 9.099, que institui os Juizados Especiais Cíveis, em substituição expressa (art. 97, Lei nº. 9.099/95) aos Juizados de Pequenas Causas.

Com o objetivo principal de promover a extensiva facilitação do acesso do indivíduo comum à Justiça, em 12 de julho de 2001 foi sancionada a Lei nº 10.259, que trouxe ao cenário jurídico federal a figura dos Juizados Especiais.

Este trabalho pretende analisar estes dois aspectos do instituto dos Juizados Especiais Cíveis (Estadual e Federal), com ênfase em sua finalidade maior, qual seja, o acesso indistinto à Justiça, de maneira a demonstrar como neles, de fato, se encontra uma forma de alcançar a modificação que se pretende atingir no que diz respeito ao cenário jurídico brasileiro.

Ao longo do presente estudo, será analisada, criteriosamente, toda a base principiológica que serviu de fundamento para a criação e instalação deste promissor órgão judicial especial e que ainda permanece como sustentação de existência perante o ordenamento jurídico nacional.

Serão tratadas as questões referentes à sua concepção propriamente dita, bem como serão abordados questionamentos acerca da problemática do Estatuto dos Juizados, tese defendida por parte da doutrina. Em seguida, novamente se fará uma apreciação principiológica, desta vez centrada naqueles que constituem os critérios orientadores das atividades jurisdicionais exercidas pelos Juizados Especiais Cíveis.

E por fim, serão levantadas as características consideradas de maior relevância para o propósito do presente estudo, quais sejam, semelhanças e diferenças, quando do confronto legislativo dos diplomas que regem e conduzem os procedimentos e o funcionamento de um modo geral do referido instituto.

1 Aspectos principiológicos do acesso à Justiça

Quando se trata do instituto dos Juizados Especiais, faz-se indispensável a análise da base principiológica que, de fato, serviu de alicerce para sua criação e permanece operando em sua conservação. Nada mais apropriado que iniciar este estudo com um exame minucioso dos princípios ditos fundamentais à existência desta ainda tão recente modalidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Neste contexto, dentre as principais máximas que subsidiaram a introdução dos Juizados na estrutura jurídica nacional, é importante destacar o princípio constitucional do acesso à justiça, consagrado no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV da Carta Magna, bem como, em virtude da busca incessante ao provimento do bem comum, a reforma processual, que vem se fazendo presente através de diversas medidas ao longo da história do Direito no país.

1.1 Acesso à Justiça

Derivado do princípio constitucional da isonomia, que visa à atenuação das desigualdades, o direito ao pleno acesso jurisdicional inibe o Judiciário de recusar-se a analisar pretensão postulada em juízo. De fato, o aludido princípio compreende mais que apenas ter sua *“lesão ou ameaça de direito”* (artigo 5º, inc. XXXV, Constituição Federal de 1988) conhecida e apreciada perante o juízo competente, implica, pois, na real efetivação da cidadania vez que o indivíduo percebe e exerce seus direitos e deveres de maneira ativa, sem a imposição de óbices.

Um sistema destinado a servir às pessoas comuns, tanto autores, quanto réus, deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidade e rapidez, por julgadores ativos, pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos¹.

1 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988. p.93-94.

Notadamente, o primeiro aspecto a ser considerado, quando se pretende estabelecer algo como acessível, é o conhecimento que temos acerca de nossos direitos e de como exercê-los em plenitude². A grande maioria da população brasileira não tem noção da extensão de seus direitos e, portanto, vive à margem de sua própria sociedade, assumindo o ônus que o cotidiano porventura lhes apresente sem ter a oportunidade de lutar em seu proveito.

O direito à informação³ torna-se o primeiro óbice encontrado pelo indivíduo quando diante de conflito levado à apreciação dos juristas. Muitos não sabem sequer da existência de seus direitos e os que de alguma forma têm este conhecimento desconhecem formas de buscá-lo, bem como de onde devem procurar informações a este respeito.

Ultrapassada esta primeira barreira, a dificuldade em ingressar uma ação é que, inaceitavelmente, impede o cidadão de ir atrás de sua pretensão perante a Justiça. Esta dificuldade por vezes é um reflexo da ausência de recursos financeiros ou de um adequado acompanhamento.

O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; é ele, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica⁴.

Em razão do atual cenário econômico-financeiro, o brasileiro assalariado que se vê em situação de litígio necessitando de intervenção jurídica, via de regra, não tem condições de arcar com todas as despesas inerentes à busca da prestação jurisdicional, que englobam desde a contratação dos serviços prestados pelo advogado até o pagamento de honorários periciais e outras despesas processuais, se estas receitas forem necessárias à solução do conflito.

2 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.57-61.

3 WATANABE, Kazuo. Assistência Judiciária e o Juizado de Pequenas Causas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 161-167.

4 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. Op cit, p.13.

Cabe ao Judiciário desenvolver métodos e instrumentos jurídicos de modo a promover a inclusão deste e de todos aqueles que diante das adversidades encontradas desistem da busca de seu direito.

Outrossim, deixariam de exercer seu direito de ação por desconhecimento das implicações jurídicas das relações interpessoais, inclusive com o Estado, nas suas esferas patrimoniais, na ausência de maiores esclarecimentos advindos de uma consultoria jurídica⁵.

Outro aspecto relevante é o dilema que persiste no panorama jurídico, prioritariamente o Judiciário deve atentar-se para a celeridade no andamento das demandas ou preocupar-se com mais afinco com a problemática da segurança jurídica⁶.

De um lado a extensiva quantidade de recursos e oportunidades passíveis de utilização pelos litigantes, que por vezes servem para procrastinar a marcha gradual do feito em seu benefício. De outro, uma agilidade e informalidade que em excesso acabam por tornar prejudicada a análise de determinadas questões que exigem do julgador um olhar atento, tanto quanto minucioso.

Haja vista a estrutura precária do Judiciário brasileiro, onde o número de processos cresce a passos galopantes em detrimento da quantidade de magistrados atuantes, a solução parece se encontrar na concessão de maior velocidade e menor burocracia aos pleitos, sempre assegurando-se a tutela adequada da pretensão buscada, já que ao priorizar a segurança não se consegue, necessariamente, maior concretização da justiça.

A morosidade, usualmente vista nos procedimentos jurisdicionais, acarreta a descrença popular no que tange à satisfação de sua pretensão. Dessa forma, faz-se necessária a utilização dos instrumentos, de maneira efetiva dentre os juristas e serventuários, levando ao desenvolvimento processual regular, de forma a retomar a credibilidade das pessoas à resolução de seus conflitos pelo Judiciário. “O enfoque do acesso à

5 GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Porto Alegre: Safe, 2005. p.64.

6 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.79-82

justiça tem um número imenso de implicações. Poder-se-ia dizer que ele exige nada menos que o estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial⁷.

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*⁸.

Com o despertar do interesse em torno da problemática do acesso jurisdicional efetivo surgiram três “ondas”⁹ que almejavam viabilizar uma solução para o caso. Primeiramente, o Estado passou a investir no fornecimento da assistência judiciária aos menos favorecidos, o que deu origem a atual defensoria pública. O segundo movimento direcionou-se à representação dos interesses coletivos, principalmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor.

E, por fim, a terceira onda manteve seu foco destinado a ampliação da concepção de acesso à justiça atraindo sua atenção à totalidade de órgãos, mecanismos, indivíduos e métodos utilizados na prevenção e no processamento de conflitos perante as sociedades modernas.

O acesso à justiça, como um direito fundamental, impõe uma ação harmonizada, combinada a outros recursos estruturais existentes nas comunidades, numa atuação incisiva junto aos cidadãos, procurando solucionar impasses que normalmente não chegariam jamais ao Judiciário, quer pela ausência de poderes estabelecidos, quer pelos altos custos de um processo, em razão de inúmeras despesas, quer pela demora na tramitação dos feitos, uma característica que se mantém, gerando uma realidade constrangedora e desestimulante dentro do cenário jurídico.

7 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 75.

8 WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.128.

9 CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. Op cit, p. 31-73.

É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. (...) Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual¹⁰.

É neste cenário que, veremos adiante, ingressará a criação dos Juizados Especiais, objetivando serem supridas as mazelas que impedem o acesso pleno e indistinto da justiça.

1.2 Reformas do Processo Civil e efetividade

O direito processual civil apresentava-se coberto de falhas e óbices, das mais diversas naturezas, dos procedimentais aos estruturais, com institutos beirando à individualidade, de forma a afetar unicamente as partes envolvidas. A sociedade clamava por uma revisão dos rumos processualistas, destarte, o legislador cuidou de renovar o ordenamento jurídico, ampliando os mecanismos de acesso, como a assistência judiciária e procurou, por meio das várias reformas, estimular a prestação jurisdicional, de modo a torná-la mais célere e flexível, abrandando-se a burocracia e viabilizando a efetividade no que diz respeito à obtenção de resoluções práticas aos jurisdicionados.

As modificações aconteceram, portanto, para que se propiciasse a democratização do acesso à justiça, por meio dos Juizados Especiais e para que se obtivesse um agrupamento, perante a sociedade, do direito de ação, por intermédio das ações especiais de tutela dos interesses difusos. Levando-se sempre em conta o desejo social de ter por alicerce uma estrutura jurisdicional hábil a satisfazer os anseios de uma sociedade que vê na pacificação promovida institucionalmente instrumento de quase completa incredulidade.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. Op cit, p. 73.

(...) o processo deve ser compreendido não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento que serve à realização das pretensões resistidas ou insatisfeitas de direito material, isto é, como instrumento voltado à efetividade dos direitos e da pacificação social¹¹.

As reformas realizadas atentaram para a simplificação do andamento dos processos, de forma a assegurar uma trajetória mais ágil e dinâmica, gerando maior efetividade quando da prestação jurisdicional.

Neste cenário, foi sancionada a Lei nº. 9.099/95, que revogando a Lei nº. 7.244/84, fez surgir o instituto dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em detrimento dos chamados Juizados de Pequenas Causas. No aspecto cível, dentre as diversas mudanças realizadas, houve uma abertura quanto às possibilidades de ingresso, sendo observados não somente o valor, mas também a complexidade das ações. As causas passíveis de apreciação por parte dos Juizados passaram a ser, principalmente, aquelas cuja matéria pudesse ser caracterizada como de menor complexidade e cujos valores não ultrapassassem 40 (quarenta) salários mínimos, e não mais referentes a 20 (vinte) salários, como fora outrora, ampliando-se, assim, as hipóteses de ingresso de ação no aludido sistema.

Esta nova forma de prestar jurisdição significa, antes de tudo, um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável *'litigiosidade contida'*¹².

Em virtude da iniciativa dos Juizados de Pequenas Causas (JPC), surgiu primeiramente, no âmbito estadual, a figura dos Juizados Estaduais Cíveis, e posteriormente, os Juizados Especiais Federais, objetivando,

11 QUEIROZ, Victor Carvalho. Conflito entre Princípios: o Princípio da Celeridade e o Devido Processo Legal. A Experiência dos Juizados Especiais Federais Cíveis. **Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia**, Salvador, v. 01, n. 01, p.125, 2002.

12 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.23.

em suma, a satisfação dos “anseios dos excluídos ou menos favorecidos pelo sistema”¹³.

A Constituição Federal de 1988 trata da questão dos Juizados nos artigos 98, inc. I e 24, inc. X, entretanto os referidos dispositivos disciplinam aspectos distintos.

A se ver, o art. 24, X, atribui competência, diga-se concorrente, à União e aos Estados para legislar sobre criação, procedimentos e funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas. Já o art. 98, I da Carta Magna, impõe a instituição dos Juizados Especiais para o processamento de causas cíveis consideradas de menor complexidade.

Desta forma, tem-se a “previsão constitucional para a criação de juizados de *menor complexidade* e de juizados de *pequenas causas*”¹⁴, não havendo que se confundir estes institutos, posto que se tratam de dois aspectos diferentes.

Todavia, o legislador acabou por optar pela criação dos Juizados Especiais Cíveis, cumulando questões de pouca complexidade, bem como as causas consideradas de diminuta expressão econômica.

É bem de se ver que aos Juizados Especiais Cíveis Federais compete processar e julgar as causas de diminuta expressão econômica que, não ultrapassem o patamar da menor complexidade, sendo necessária a apreciação de ambos os aspectos quando da análise da competência.

Com o advento da Lei nº. 9.099/95, ocorreu uma modernização no aspecto da acessibilidade do sistema dos Juizados, de forma que a propositura de ação passou a ser simples, levando aos jurisdicionados um contato mais direto com a justiça e possibilitando uma maior efetivação do princípio do acesso jurisdicional.

A Lei nº. 9.099/95, diferentemente da anterior, não se ateve apenas a regulamentar o procedimento do aludido instituto, enfocando no

13 GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Porto Alegre: Safe, 2005. p.56.

14 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2008. p.579.

estabelecimento de novos órgãos perante a estrutura do Judiciário, e designando-lhes a devida competência, tudo em prol da atuação ágil e efetiva do direito em relação aos anseios dos jurisdicionados e, por assim dizer, da sociedade, na qual estamos todos inseridos¹⁵.

O legislador objetivou, desta maneira, concretizar a disposição de um novo tipo de justiça contemporâneo, equacionando os princípios da acessibilidade com a efetivação e instrumentalidade do processo, diminuindo-se a litigiosidade contida¹⁶ e, conseqüentemente, o volume de processos perante a justiça comum.

Os Juizados são, em síntese, uma espécie de microsistema processual destinado a solucionar, de maneira simplificada litígios que por uma série de razões, já mencionadas anteriormente, não são interessantes de serem ingressados no juízo comum, o mesmo ocorrendo com a justiça federal.

Esta denominação “microsistema”, que designa a modalidade regulamentada pelas Leis n^{os} 9.099/95 e 10.259/2001, passou a ser utilizada inclusive em jurisprudências que giram em torno do aludido instituto, considerando-as, por assim dizer, como um “organismo jurídico”, de maneira a haver uma integração de ambas, principalmente no que diz respeito aos atos procedimentais.

Como é cediço, em casos de omissão legislativa dos **microsistemas dos Juizados Especiais Cíveis**, aplicam-se subsidiariamente, naquilo em que não contrariar as Leis nos 9.099/95 e 10.259/2001, as disposições do Código de Processo Civil (grifo nosso)¹⁷.

O art. 1º da Lei n. 10.259/2001 estabeleceu uma regra de subsidiariedade da Lei n. 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais Estaduais, no caso de omissão daquela lei e quando não houver conflito entre

15 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**. Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.34-49.

16 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a Competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais. **Revista Advocatus**, Recife, a. 01, n. 01, p.42-43, dez. 2008.

17 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Primeira Turma Recursal. Recurso contra sentença cível (JEF). Rel. José Magno Linhares Moraes. Julgado n°. 200437007147803. DJMA [s.d.]

ambas. Por sua vez, havendo omissão também na Lei n. 9.099/95, será possível a aplicação subsidiária do macrossistema processual previsto no Código de Processo Civil. Ora, como as Leis que disciplinam os **microssistemas dos Juizados** Especiais Federais e Estaduais não dispuseram sobre o procedimento a ser adotado no recurso contra decisão interlocutória de natureza emergencial, o intérprete deve buscar a disciplina contida no macrossistema, ou seja, no Código de Processo Civil, que prevê o recurso de agravo de instrumento para reformar decisão interlocutória (grifo nosso)¹⁸.

Neste contexto, percebe-se claramente que a uniformização procedimental dos institutos é aspecto inerente à vontade do legislador quando de sua geração, vez que, do contrário, não se possibilitariam às suas normas serem aplicadas de maneira subsidiária.

Vale ressaltar que o ingresso da Lei n.º. 9.099/95 no ordenamento jurídico gerou certo receio em relação à competência dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis. Isto se deu porque a lei anterior estabelecia como critério essencial à competência a escolha, por parte do autor, de ter seu conflito apreciado pelo instituto em questão.

Com a grande mudança no dito microssistema esta característica foi suprimida, entretanto, o entendimento majoritário é no sentido de que o silêncio não extinguiu o caráter opcional da competência dos Juizados Estaduais. De forma que ao autor permanece a opção, em alguns casos, de ingressar perante o juízo que melhor lhe convier, observada a sua competência para a dita ação¹⁹. Salieta-se que o dito caráter opcional se aplica apenas às ações de competência da justiça comum (varas cíveis e Juizados), e não àquelas incluídas na competência, diga-se absoluta, federal²⁰.

De fato, tais reformas geraram uma notoriedade ao aludido instituto, porém, não significando a solução dos problemas existentes no

18 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Primeira Turma Recursal. Recurso contra sentença cível (JEF). Rel. José Pires da Cunha. Julgado nº. 200236007009898. DJMT 30/04/2003.

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Uma Abordagem Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p.23-27.

20 CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Lei n. 9.099/95 – Parte Geral e Parte Cível – Comentada artigo por artigo em conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2007. p.58-61

ordenamento jurídico, não tardaram a surgirem novos óbices, como a grande concentração de ações em oposição à precária estrutura judicial, levando à tona as falhas ainda por serem solucionadas.

Tendo em vista os problemas que hodiernamente se fazem presentes, bem como aqueles que ainda irão surgir, faz-se necessária a atuação estatal no sentido de investir na implementação de meios que, baseando-se na concepção já existente de microssistema, tragam aos Juizados, federais e estaduais, uma uniformidade, principalmente quanto aos aspectos procedimentais, gerando um igual desenvolvimento e, assim, chances semelhantes de se atingir uma maior justiça.

Passemos, pois, à exposição do que constituem os chamados Juizados Especiais Cíveis.

2 Juizados Especiais Cíveis

2.1 Criação dos Juizados Especiais

O direito processual civil brasileiro, estimulado pelos movimentos doutrinários contemporâneos, sofreu diversas mudanças ao longo dos anos. Seguindo a tendência dos movimentos de reforma, cujo foco se encontrava, como dito anteriormente, na busca pela efetiva acessibilidade jurisdicional, “germinou a semente constitucional dos Juizados Especiais Cíveis”²¹ como uma aposta para a concretização da atuação jurídica voltada à satisfação dos indivíduos e, por consequência, à pacificação social.

Trata-se de um sistema ágil e simplificado de distribuição da Justiça pelo Estado. Cuidando do cotidiano de todas as pessoas (relações de consumo, cobranças em geral, direito de vizinhança etc.), independentemente da condição econômica de cada uma delas, os Juizados Especiais Cíveis aproximam a Justiça e o cidadão comum, combatendo o clima de impunidade e descontrole que hoje a todos preocupa²².

21 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**. Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.11-14.

22 CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Lei n.

Ressalta-se que, em virtude do surgimento da Lei n.º. 9.099/95, as lei e normas estaduais, previamente existentes, que tratavam da questão foram revogadas ou derogadas, de forma a permanecerem em vigor alguns dispositivos apenas quando não verificada incompatibilidade para com o referido texto legal.

Desta forma, os Estados viram-se compelidos a ajustar suas leis locais ao disposto na nova lei, e aqueles que já haviam procedido a criação dos Juizados Especiais, nos moldes do inc. I, art. 98, da Carta Magna, tiveram suas leis mantidas apenas no que não conflitassem com a Lei 9.099/95²³.

Diante da dúvida surgida quanto à perspectiva de interpretação extensiva do inc. I, art. 98, da CF, editou-se a Emenda Constitucional 22/99, de modo a habilitar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Estaduais à Justiça Federal.

Todavia, ao acrescentar ao aludido artigo um parágrafo único passou-se a dispor que lei federal regularia a criação dos Juizados Especiais em sede federal, pondo-se fim à controvérsia. Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional 45/04, este passou a ser o parágrafo primeiro.

Considera-se que a edição da Lei 10.259/01, ao encontrar aplicação subsidiária no texto legal da 9.099/95, o que não se aplica a situação inversa, fez surgir no ordenamento jurídico nacional não somente um novo procedimento, mas sim um novo microssistema, no qual despontou um processo especialíssimo, bem como um rito inovador e diferenciado, denominado, por parte da doutrina, como sumaríssimo²⁴. Portanto, assim como iniciado pelos Juizados de Pequenas Causas, estamos hoje diante de um procedimento que ao prezar pela oralidade, informalidade e demais princípios faz sua tramitação tornar-se mais célere, fluído com agilidade.

9.099/95 – Parte Geral e Parte Cível – Comentada artigo por artigo em conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2007. p.05.

23 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.23-31.

24 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Op cit. p.23-28.

Não se tratava de mera formulação de um novo tipo de procedimento, e sim de *um conjunto de inovações*, que vão desde nova filosofia e estratégia no tratamento dos conflitos de interesses até técnicas de abreviação e simplificação procedimental²⁵.

No entanto, percebe-se que ainda há espaço para evolução, de maneira que havendo maior integração entre as Leis em estudo, sendo estas realmente consideradas como parte de um mesmo instituto, será possível alcançar o pleno patamar de Estatuto dos Juizados, no qual a diferenciação entre os órgãos federal e estadual se dê apenas quanto à sua competência para processamento e julgamento das ações que lhes forem propostas.

2.2 Autonomia das Leis 9.099/95 e 10.259/01 x Estatuto dos Juizados

Como dito previamente, o legislador brasileiro se viu diante de um impasse quanto à aplicação do dispositivo constitucional que regulamentava a criação dos Juizados em sede estadual, em relação à Justiça Federal, de maneira que, sem as alterações necessárias, o uso do inciso para a criação dos Juizados Federais seria inconstitucional.

Assim, findada a problemática, com a edição da Emenda Constitucional 22/99, surgiu no cenário jurídico brasileiro a Lei 10.259/01 que traria à esfera federal a figura, ainda tão recente, dos Juizados Especiais Cíveis. Nela, o legislador ampliou os horizontes do instituto (os aspectos diferenciadores serão minuciosamente discutidos em momento posterior deste trabalho) e, com a aplicação subsidiária imediata da Lei 9.099/95, passou a integrá-las, formando o chamado Estatuto dos Juizados²⁶.

25 WATANABE, Kazuo. Filosofia e Características Básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.01.

26 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Uma Abordagem Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p.03-06.

Muito embora o legislador ordinário tenha cumprido (sic) sua obrigação com sete anos de atraso, em 26 de setembro de 1995 editou a Lei nº 9.099, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito Estadual. Depois, diante do comprovado e decantado sucesso dos Juizados Estaduais, sobreveio a Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Federais. Essas duas leis formam, na verdade, o “**Estatuto dos Juizados Especiais**”, na feliz expressão do jurista carioca Alexandre Freitas Câmara. Do ponto de vista do direito processual civil elas compõem, reunidas, um importante microsistema processual, distinto, portanto, do sistema criado pelo Código de Processo Civil, ainda que supletivamente tenha que a ele recorrer, em algumas hipóteses (grifo nosso)²⁷.

Ora, percebe-se equivocado uso do termo, posto que para serem considerados como um Estatuto dos Juizados, faz-se necessária, portanto, a adoção de um único diploma normativo que trate os órgãos judiciais especiais como um todo, um instituto único, e em cujo bojo estejam disciplinadas as normas procedimentais e processuais de sua atuação. A mera aplicação subsidiária da Lei 9.099/95 em relação aos Juizados Federais não faz surgir no ordenamento jurídico o “Estatuto dos Juizados”, o mesmo ocorrendo na relação dos Juizados Estaduais para com o Código de Processo Civil.

O que ocorre é que, para parte da doutrina, já citada anteriormente, a simples referência legal de que, no caso de omissão ou lacuna da Lei dos Juizados Federais “se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995” (art. 1º, Lei 10.259/01), colocaria os seguimentos do instituto em questão unidos de maneira a constituir um Estatuto. Todavia, o aludido *status* não pode ser concedido, visto que para a constituição de um estatuto faz-se necessário mais que apenas a edição das referidas leis, é imprescindível a efetiva integração entre elas.

A Lei 9.099/95, apesar de já trazer em seu bojo caracteres inovadores ao cenário jurídico, encontra-se, em determinados pontos, contraditória em relação a alguns aspectos da Lei 10.259/01 (que serão apontados e

27 SILVA, Paulo Zacarias da. **Discurso do XIX FONAJE**. Aracaju, 2006. Disponível em: <http://www.fonaje.org.br/2006/discurso_xixfonaje.asp>. Acesso em: 15 ago. 2009, 15:21:10.

debatidos no capítulo seguinte deste trabalho), como, por exemplo, a possibilidade da informatização dos atos processuais (art. 8º, §2º), hoje concretizada em observância ao que dispõe a Lei nº. 11.419/06 (Lei da Informatização do Processo Judicial), pelo simples fato desta ser mais nova e, por assim dizer, mais próxima da realidade hodierna da sociedade. Não há razões, portanto, para a não aplicação das diversas inovações trazidas à baila pela Lei dos Juizados Federais aos Juizados em âmbito estadual.

Destarte, nada mais justo que se proporcione uma “fusão” das inovações e nuances trazidas em ambas as normas jurídicas, de maneira que efetivamente passe a vigorar o Estatuto dos Juizados, disciplinando em seus dispositivos os procedimentos e atos jurídicos utilizados neste tão propulsor microsistema.

2.3 Princípios orientadores dos Juizados Especiais Cíveis

A Lei 9.099/95 listou em seu art. 2º os princípios considerados basilares à regulamentação dos Juizados Especiais em relação aos procedimentos usados, à tramitação dos processos e a tudo aquilo que compõe a existência deste instituto, quais sejam a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade²⁸.

Estes critérios orientadores, definidos explicitamente pelo legislador, são apenas alguns dos princípios a serem utilizados quando do procedimento jurisdicional, visto que, além destes explicitados no art. 2º, é possível, através da leitura dos dispositivos, deduzir a aplicação implícita de outros como o da publicidade (art. 12) e o da gratuidade em primeiro grau de jurisdição (art. 55).

28 CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Lei n. 9.099/95 – Parte Geral e Parte Cível – Comentada artigo por artigo em conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2007. p.07-14.

Essas regras de orientação, aliás, já eram atendidas pela Lei 7.244/1984, porquanto pressupostos estabelecidos à instrumentalidade e efetividade do processo, visto que as demandas precisam ser rápidas para solução de conflitos, simples no seu tramitar, informais nos seus atos e termos e o menos onerosas possível aos litigantes, bem como econômicas, compactas, na consecução das atividades processuais²⁹.

Acentua-se que, em razão da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, bem como da supremacia das leis constitucionais³⁰, todos os demais princípios existentes no universo processualista³¹, como o da legalidade e o da isonomia, princípios recorrentes no ordenamento jurídico, possuem plena aplicação, posto que são alicerces para tudo o que constitui o Direito³², todavia, apenas quando em perfeita harmonia com o pretendido originalmente quando da institucionalização dos Juizados.

Em mais de uma década de existência, o sistema dos Juizados, concebido com a finalidade de desburocratizar o acesso do cidadão à Justiça, não obstante tenha um papel bastante significativo³³ nesse sentido, ainda não conseguiu atingir o propósito essencial da prestação da tutela jurisdicional para o qual foi inicialmente projetado.

Cabe ressaltar que a importância do aludido órgão judicial especial decorre do valor que se pode atribuir aos aludidos princípios orientadores, vez que proporcionam o necessário norteamento às normas jurídicas destinadas a regulamentar os procedimentos das ações que tramitam perante o instituto em questão.

Considerado o principal critério norteador, do qual se ramificariam os demais princípios, a oralidade traz aos Juizados a possibilidade de

29 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. Comentários à Lei 9.099/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.79.

30 OBERG, Eduardo. Os Juizados Especiais Cíveis: Enfrentamentos e a sua real efetividade com a construção da Cidadania. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, n. 56, p.46-74, out./dez. 2005.

31 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. com as Novas Súmulas do STF e com análise sobre a relativização da Coisa Julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60-73.

32 LOURENÇO, Luíza Andréa Gaspar. **Juizados Especiais Cíveis**. Legislação, Doutrina, Jurisprudência e Prática. São Paulo: Iglu, 1998. p.27-38.

33 DINALLI, Aparecida; CINTRA, Jorge Antonio Conti. Do Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 51, p.25-44, abr./jun. 2005.

prevalência da forma verbal sobre a forma escrita, não significando, porém, a substituição de uma forma pela outra, mas sim a priorização da figura verbal como maneira de viabilizar a agilidade da atuação jurídica. De fato, a oralidade se concretiza quando há uma comunicação harmônica entre partes e juiz, durante o decorrer do processo, combinada com a utilização dos demais princípios já citados.

Dentre os princípios elencados no art. 2º da Lei nº. 9.099/95, o da simplicidade ou da informalidade, como há de se perceber, está intimamente ligado à habilidade de dirimir a burocratização dos procedimentos jurisdicionais, de maneira que as demandas devem ser analisadas com maior flexibilidade. Pelo princípio da simplicidade torna-se incompatível o ingresso de questões que, por serem consideradas como complexas, necessitem de uma análise mais precisa e, por assim dizer, minuciosa na seara dos Juizados.

Já o da informalidade permite a utilização de formas diversas, quando da prática dos atos processuais, não havendo, portanto, o condicionamento às formas exigidas no procedimento comum. Observa-se, assim, o real emprego do moderno princípio da instrumentalidade³⁴ processual, ou instrumentalidade das formas³⁵, que instrui que é recomendável desconsiderar formalidades que não causem efeitos prejudiciais, devendo o ato processual ser praticado em função de atingir sua finalidade, mesmo que se apresentem de forma distinta da prevista.

O princípio da celeridade encontra sua atuação em linha tênue ao princípio da economia processual, vez que ambos visam à dinamização da justiça em prol de combater a morosidade. O objetivo quando da criação dos Juizados centra-se justamente na substituição da morosidade pela agilidade, procura-se retirar da justiça essa característica que leva à descrença da população.

A economia processual tem sua aplicação quando do aproveitamento dos atos processuais já praticados no decorrer da tramitação proces-

34 HESPANHA, Benedito. O Direito Processual e a Constituição: a Relevância Hermenêutica dos Princípios Constitucionais do Processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 12, n. 48, p.07-90, jul./set. 2004.

35 BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**. A Lei n. 9.099/95 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.94-97.

sual, posto que pretende a utilização mínima de atos processuais para a aquisição de resultados em seu máximo proveito.

O dispêndio de energia não deve guardar proporção com os benefícios oriundos do processo. [...] A agilização do provimento, formas seguras e não solenes de implementação das providências aptas a afastar o estado de periclitção, são corolários da economia processual³⁶.

Em observância ao princípio da celeridade, os atos processuais nos Juizados poderão ser realizados em qualquer dia da semana, inclusive em horário noturno, sendo considerados válidos sempre que preenchidas as suas finalidades, tudo objetivando a prestação jurisdicional diligente. “Celeridade, no âmbito judicial, consiste na rapidez para prolação de decisão que efetivamente solucione o conflito submetido à apreciação judicial³⁷”.

Outrossim, a celeridade não corresponde a uma inovação trazida com o advindo da Lei dos Juizados, vez que disciplina apenas que o aparato judicial desempenhe suas funções com a responsabilidade e a consciência que lhes são inerentes, disponham de ambiente infra-estrutural condizente com o trabalho a ser realizado, processando e julgando ações em tempo hábil, realidade que já deveria estar em vigor há tempos.

A atual complexidade social, caracterizada pelo surgimento de novos direitos e, portanto, novas demandas, exige que o Estado esteja suficientemente preparado para enfrentar os desafios da sociedade contemporânea, de forma a garantir a plena efetivação dos direitos consagrados³⁸.

36 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. Comentários à Lei 9.099/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.79.

37 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Razoável Duração do Processo. A Celeridade Como Fator de Qualidade na Prestação da Tutela Jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 13, n. 2086, 18 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12483>>. Acesso em: 30 ago. 2009, 20:11:24.

38 HARTMANN, Denise. Comentários ao Princípio Constitucional do Prazo Razoável do Processo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 996, 24 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8152>>. Acesso em: 01 set. 2009, 09:30:08.

Corroborando este pensamento, a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n.º. 45/2004) trouxe, dentre suas pretendidas inovações, a previsão constitucional do princípio da razoável duração do processo³⁹, que, tendo íntima ligação com o aludido princípio da celeridade, assegura aos litigantes um processo cujo decorrer seja a concretização da agilidade e eficiência, trazendo aos demandantes a solução de seus conflitos de maneira a suprir sua necessidade quanto à prestação da tutela jurisdicional.

Todavia, vale ressaltar que não é “a inscrição expressa da cláusula que conclama a observância da celeridade processual⁴⁰” que trará ao cenário jurídico a rapidez e eficácia pretendida, haja vista que

Não se trata de “direito novo”, mas de direito já reconhecido pela Constituição e pelas leis e agora declarado, como reforço normativo, em texto específico, assim a afastar os entraves hoje existentes à sua concretização⁴¹.

O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, quando se refere ao direito à duração razoável do processo, expressa que este direito requer os meios que garantam a celeridade da sua tramitação. Assim, explicita-se que o direito à duração razoável exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz⁴².

Além dos critérios orientadores já explicitados, o art. 2º apresenta a conciliação e a transação como formas alternativas para a solução dos diversos litígios que fazem parte da rotina dos Juizados. Distinguem-se apenas pelo fato de que a transação ocorre por vontade exclusiva das partes sendo levada a juízo apenas com fins de homologação, vez

39 MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 379, maio 2009, p.11-27. ASSIS, Araken de. Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 56, n. 372, p.11-27, out. 2008.

40 GUERRA, Gustavo Rabay. O Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo. O Acesso à Tutela Jurisdicional Célere Como Direito Fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1758, 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11188>>. Acesso em: 02 set. 2009, 16:45:56.

41 SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 06, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3348>>. Acesso em: 28 ago. 2009, 15:25:34.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit, p.12.

que já fora concretizada pelos litigantes. Já na conciliação demandado e demandante aparecem em juízo, perante o conciliador, para tentar, amigavelmente, chegar a um acordo sobre como findar a ação processual em trâmite⁴³.

É, portanto, imprescindível que, no decorrer do processamento da ação seja oferecida às partes oportunidade para tentativa de conciliação, posto que é possível resolver determinados pleitos sem a interferência necessária da figura do jurista no que diz respeito a proferir uma decisão.

A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao procedimento do Juizado Especial Cível é uma necessidade, tendo em vista que nenhuma das leis processuais existentes no Brasil (como, *v.g.* a Lei nº 9.099/95) contém, como afirma Cândido Rangel Dinamarco, a disciplina integral e auto-suficiente do processo a que se destina⁴⁴.

Acentua-se, assim, que os Juizados Especiais não foram instituídos com o fim de ferir ou abrandar princípios constitucionais⁴⁵, esta modalidade pretende sim oferecer efetiva aplicação aos princípios basilares de justiça, deixando para trás a justiça excessivamente formal, demorada e, por diversas vezes, ineficaz.

3 Principais diferenças e semelhanças entre as Leis 9.099/95 e 10.259/01

O surgimento da Lei 10.259/01 trouxe ao ordenamento jurídico a versão federal do promitente instituto dos Juizados. Visando à obtenção da acessibilidade jurisdicional na esfera de atuação federal, ante a “urgência de se quebrar excessos de exigências burocráticas, simplificando

43 CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Lei n. 9.099/95 – Parte Geral e Parte Cível – Comentada artigo por artigo em conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2007. p.24-26.

44 GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Tutelas de Urgência nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista da Pós-Graduação em Direito da UNICAP**, Recife, v. 1, n. 1, p.41, jan./ dez. 2002.

45 GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Op. cit, p.39-41.

as relações do cidadão com a máquina administrativa⁴⁶”, os Juizados Federais compartilham com os Juizados Estaduais algumas similitudes, bem como, divergências relevantes.

Ambas as leis tratam, em tese, de um mesmo órgão judicial especial, porém carregam características próprias que impedem a caracterização do instituto uno. Como dito anteriormente, fala-se na doutrina⁴⁷, diga-se minoritária, na existência atual de um Estatuto dos Juizados Especiais. Todavia, para que haja, de fato, um Estatuto, que discipline o microsistema dos Juizados, há de se formular uma legislação uniforme, que instrua todos os aspectos relativos ao referido instituto em termos de procedimento, recursos utilizados e designação de competências.

O que se vê atualmente é uma dissonância entre os Juizados Especiais, no que diz respeito a seu funcionamento procedimental, que influi diretamente no andamento regular dos processos e, por assim dizer, na atuação de cada um deles perante a sociedade. Os Juizados Federais, apesar de terem a mesma denominação, em muito diferem dos Juizados Estaduais na concretização do seu procedimento, e isso é perceptível.

Por um lado, temos o cenário dos Juizados no âmbito federal, que em virtude de uma maior concentração de recursos, decorrente de ser a sua fonte financeira primária a própria União, têm se informatizado de tal maneira que consegue cumprir com propriedade os princípios orientadores do instituto. Do outro, os Juizados Estaduais que, pelo mau gerenciamento e organização estrutural precária, vêm trazendo ao Judiciário um acúmulo de demandas absolutamente incompatível com a celeridade pretendida, sem contar a propagação da incredulidade popular nos meios jurídicos.

Outrossim, como observado alhures, rege parte da doutrina que o art. 1º, da Lei nº. 10.259/01 constituiria, de fato,

46 SADEK, Maria Tereza Aina. Juizados Especiais: O Processo Inexorável da Mudança. In: SLAKMON, Catherine (ORG). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília, Ministério da Justiça, 2006. p.250.

47 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Uma Abordagem Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p.03-06.

O dispositivo responsável pela criação do que venho reiteradamente chamando de Estatuto dos Juizados Especiais Cíveis. A Lei nº 10.259/01 e a Lei nº 9.099/95 formam, pois, um só estatuto, devendo ser interpretadas como se compusessem uma só lei. A Lei nº 10.259/01 só rege o diferente do estadual. No mais, aplica-se a Lei nº 9.099/95, que é a lei básica do microsistema processual dos Juizados Especiais Cíveis⁴⁸.

Como é possível estabelecer a condição de “estatuto” se não há a devida integração, ou até reciprocidade, entre os institutos que, em tese, o constituem? Não há como se negar que os Juizados Federais trouxeram ao mundo jurídico inovações cujo papel encontra-se exatamente na propagação da efetividade do tão falado acesso à justiça. Então, não há motivos que justifiquem a exclusão dos Juizados Estaduais nesse avanço promitente conduzido pela Lei nº. 10.259/01.

É preciso trazer ao âmbito estadual a possibilidade de utilizar-se das inovações trazidas a baila pela Lei dos Juizados Federais, posto que do contrário estará ocorrendo a subutilização desses aspectos tão promissores e facilitadores da obtenção do objetivo principal do instituto em comento.

Da análise minuciosa dos dispositivos contidos na legislação regulamentadora de ambos os aludidos órgãos judiciais especiais, é possível enumerar algumas diferenças relevantes.

A Lei nº. 10.259/01 ampliou a questão da capacidade postulatória das partes, de maneira que, no âmbito da primeira instância, respeitado o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, não se faz necessária a assistência de advogado quando do ingresso da ação, nem tampouco durante a sua tramitação.

Em contraposição está o exposto no *caput* do art. 9º, da Lei nº. 9.099/95, que dispõe claramente sobre a obrigatoriedade da presença do causídico, estabelecendo a faculdade apenas em causas cujo valor não supere 20 (vinte) salários mínimos⁴⁹.

48 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Uma Abordagem Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p.204.

49 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Juizados Especiais Cíveis: Inconstitucionalidades, Impropriedades e Outras Questões Pertinentes. **Gênesis** – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 1, p.26-29jan. /abr. 1996.

Seguindo esta linha de raciocínio, estabelece o art. 10, da Lei n.º 10.259/01, a possibilidade da designação, pelas partes, de representante que não seja advogado, fazendo surgir neste cenário o chamado preposto de pessoa física, figura absolutamente inexistente e inconcebível na estrutura dos Juizados Estaduais, como dispõe exaustivamente o art. 9º: “podendo ser assistidas por advogado”, e, no caso da parte ré, “sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado” (§4º do art. 9º), não dando margem a qualquer outra interpretação.

Esta questão foi bastante discutida, sendo inclusive questionada sua possível inconstitucionalidade, porém, como entende o STF, quando do julgamento da ADI/3168, a opção para utilizar-se ou não da assistência de patrono em juízo perante os Juizados Especiais Federais não defronta o estabelecido na Carta Magna de 1988, vez que apenas objetiva ampliar a acessibilidade da prestação da tutela jurisdicional, tratando-se de situação excepcional, no que diz respeito à indispensabilidade de causídico, devidamente regulamentada em lei.

Ementa: Ação Direta De Inconstitucionalidade. Juizados Especiais Federais. Lei 10.259/2001, Art. 10. Dispensabilidade De Advogado Nas Causas Cíveis. Imprescindibilidade Da Presença De Advogado Nas Causas Criminais. Aplicação Subsidiária Da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme a Constituição. **É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais.** No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais⁵⁰. (grifo nosso)

Neste mesmo sentido, pode-se encontrar o enunciado n.º. 67 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF).

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma Recursal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado n.º. 3168. DJ 03/08/2007.

O caput do artigo 9º da Lei n. 9.099/1995 não se aplica subsidiariamente no âmbito dos JEF's, visto que o artigo 10 da Lei n. 10.259/2001 disciplinou a questão de forma exaustiva⁵¹.

Ressalta-se que em sede de recurso permanece o entendimento conjunto da indispensabilidade do patrocínio de advogado.

Ora, ao momento em que a Lei dos Juizados Federais amplia a capacidade postulatória das partes, esta passa a remover mais uma das barreiras, ainda existentes nos Juizados Estaduais, que impedem o ingresso da população perante este órgão judicial especial, promovendo maior fluidez e encaminhando-se para a obtenção de uma tramitação processual mais livre de óbices procedimentais.

Observa-se também a criação de mais uma forma de dirimir a litigiosidade contida, citada anteriormente, de forma que “quem não se socorria da atividade jurisdicional passou a fazê-lo, o que acarretou uma maior conscientização de muitos pela busca do reconhecimento judicial de direitos⁵²”.

Em que pese o uso de rito simplificado em ambos os macrossistemas judiciais em comento, tendente à informalidade e, por assim dizer, à celeridade, o avanço dos Juizados Federais têm sua fonte na perspectiva contida no § 2º de seu art. 8º, que possibilitou, de maneira expressa, a implementação de atos processuais praticados por meio eletrônico.

Os Juizados Federais, em decorrência da disposição expressa acima referida, trouxe ao cenário jurídico a tecnologia da informação em favor da facilitação dos trâmites processuais. Utilizando-se do chamado processo virtual, disciplinado pela Lei nº. 11.419/06, transformou o instituto no âmbito federal em modelo de efetiva celeridade processual, em detrimento dos estaduais que, não seguindo o mesmo caminho, encontram-se estagnados, cada dia mais, em virtude da ausência de incentivo e administração.

51 Enunciado nº. 67 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF). Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?no=334>>. Acesso em: 24 set. 2009, 15:37.

52 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a Competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais. **Revista Advocatus**, Recife, a. 01, n. 01, p.43, dez. 2008.

Outro aspecto relevante diz respeito às custas processuais. Nos Juizados Estaduais, em observância ao disposto expressamente no parágrafo único do art. 54 da Lei nº. 9.099/95, no primeiro grau de jurisdição, independentemente das partes serem ou não beneficiárias da justiça gratuita, lhes é dispensado o pagamento das custas e demais despesas processuais, contendo a sentença monocrática, inclusive, a clara informação da aludida desobrigação. Todavia, se pretender a parte recorrer da sentença de primeira instância deverá efetuar o pagamento referente a todas as despesas processuais, incluindo-se neste rol também aquelas que lhe foram dispensadas quando da tramitação da ação em primeiro grau⁵³.

Vale salientar que na hipótese de ficar evidenciada a litigância de má-fé por parte de qualquer dos litigantes, em ambos os Juizados aqui estudados, não há que se falar em dispensa do pagamento de custas, sendo aplicado o que dispõe o Código de Processo Civil sobre o assunto, no que não causar confronto ao disciplinado nas leis específicas.

Nos Juizados Federais, o entendimento acerca desta problemática é um tanto quanto discutível, ou até controverso. Em relação às custas relativas ao trâmite em primeira instância, os Juizados Federais seguem o ensinamento dos Estaduais, de maneira que os litigantes estão desobrigados a efetuar qualquer pagamento referente a custas processuais. Já em sede recursal, tem-se a principal controvérsia, vez que diferentemente dos Estaduais, não havendo regulamentação específica, adota-se, na prática, o entendimento de que não devem ser cobradas despesas processuais pelo ingresso do litigante com recurso.

(...) um abuso do direito de demandar propiciado pela facilitação de acesso aos juizados (sem **exigência** de acompanhamento por advogado e do **pagamento de custas processuais**)⁵⁴ (grifo nosso).

53 CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Lei n. 9.099/95 – Parte Geral e Parte Cível – Comentada artigo por artigo em conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2007. p.240-246.

54 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Primeira Turma Recursal. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Rel. Jacqueline Michels Bilhalva. Julgado nº. 20077251009190. DJGO 04/09/2009.

(...) existência de interesse processual no âmbito do microsistema (sic) dos juizados apresenta peculiaridades fático-jurídicas diversas daquelas relativas às varas federais comuns, como a maior acessibilidade aos Juizados Federais (**sem a exigência do pagamento de custas** e nem do acompanhamento de advogado) e a maior celeridade e informalidade dos Juizados Federais⁵⁵ (grifo nosso).

Entretanto, estabelece o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal a sujeição dos Juizados Federais, neste caso de lacuna da Lei n.º. 10.259/2001, ao estabelecido perante à Lei n.º. 9.099/95.

Nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais, não são devidas custas no ajuizamento da ação, sujeitando-se, entretanto, o recurso ao respectivo preparo (art. 42, § 1º, e 54 da Lei n. 9.099/95)⁵⁶.

Ora, se a questão, não estando devidamente disciplinada na legislação específica dos Juizados Federais, encontra posicionamento expresso na Lei n.º. 9.099/95, não havendo qualquer tipo de confronto, porque não é sempre adotada, por analogia, também quanto ao parâmetro recursal, na prática da esfera dos Juizados Federais?

Tanto no âmbito estadual quanto federal, existem as chamadas Escolas de Magistratura, cujo importante papel está intimamente ligado à preparação dos juizes, bem como dos servidores para que ocorra uma correta atuação perante os Juizados, e que vêm atendendo a função à que foram instituídas.

A sentença, as decisões, e os despachos devem ser elaborados em linguagem técnica, porém simples, objetiva, precisa, amena, compreensível, inteligível. (...) O juiz integrante do Juizado não pode ter pressa,

55 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Rel. Sebastião Ogê Muniz. Julgado nº. 200581100664150. DJDF 15/09/2009.

56 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.jfpe.jus.br/tabelaIndices/manual_calculos.pdf>. Acesso em: 06 out. 2009, 20:39:07.

deve ter paciência para ouvir, calma, espírito conciliador, jamais perder o controle, fidalguia de caráter⁵⁷.

Os Juizados trouxeram ao cenário jurídico nacional uma nova filosofia, a qual exige orientação específica aos que estão em exercício⁵⁸ neste ambiente, de maneira que consigam levar à população a efetivação do acesso inicialmente pretendido. Entretanto, percebe-se que ainda falta muito para que os Juizados obtenham o status de instituto uno, com abrangência federal e estadual, principalmente no que diz respeito ao seu desenho institucional previsto na norma jurídica.

3.1 Uniformização dos procedimentos

Os Juizados Especiais tem como “razão de ser (...) a instituição de uma forma especial e nova de garantir direitos e solucionar conflitos, que possibilitasse a democratização no acesso à justiça⁵⁹”. Sua criação trouxe ao Judiciário brasileiro uma forma alternativa de diminuir a burocracia excessiva existente, ante o cultuado formalismo.

É o amor ao carimbo. É essa cultura antiga, e somente a venceremos se nos conscientizarmos de que pode ser diferente. Por causa disso, temos uma justiça burocratizada, formalizada, necessariamente demorada, mais preocupada com a forma de que com a efetividade da resposta. (...) O Juizado Especial tem uma idéia-força que (...) dá mais poderes aos juízes e lhes permite mais liberdade para compor os interesses das partes⁶⁰.

Porém, diante de tudo o que foi exposto até o presente momento, é perceptível que não é uma mudança geral no ordenamento jurídico que

57 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**. Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.75.

58 AGUIAR, Ruy Rosado de. O Sistema Recursal nos Juizados Especiais Federais. In: Anais do Seminário: Juizados Especiais Federais. Brasília: AJUFE, 2002. p.181-201.

59 SADEK, Maria Tereza Aina. Juizados Especiais: O Processo Inexorável da Mudança. In: SLAKMON, Catherine (Org). **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília, Ministério da Justiça, 2006. p.251.

60 AGUIAR, Ruy Rosado de. Juizados Especiais no Âmbito da Justiça Federal. **Revista da ESMEC**, Florianópolis, v. 7, n. 10, p. 15-24, 2001.

trará a correção de problemas persistentes, são mudanças significativas na estrutura física, tanto quanto legislativa, que poderão trazer ao judiciário um impacto relevante na sua participação junto à sociedade.

A criação de novas varas, por exemplo, sem o devido preenchimento com servidores e juízes devidamente capacitados para o exercício das suas funções⁶¹ com primazia e em quantidade compatível à demanda existente, não supre as reais necessidades, pelo contrário, faz surgir novas carências, já que a ausência do necessário ambiente nessas novas varas novamente acarretará a, por tantas vezes combatida, morosidade. É necessário, portanto, um investimento no microsistema dos Juizados Estaduais⁶², tornando-os capacitados a promoverem os interesses aos quais, de fato, se destinam da maneira que tem acontecido nos Juizados Federais.

A fim de concretizar os fundamentos que justificaram a criação dos Juizados como um todo, podendo-se citar, à guisa de exemplo, a facilitação do acesso à efetiva prestação da tutela jurisdicional, propõe-se a reformulação da legislação pertinente, sendo cabível a edição de nova lei que de maneira única e uniforme discipline minuciosamente a problemática dos Juizados em todos os seus aspectos e desdobramentos.

Observa-se, como foi exaustivamente defendido alhures, o papel de suma importância dos Juizados no que diz respeito à desfragmentação da chamada litigiosidade contida, ou seja, a aniquilação de demandas reprimidas⁶³, daqueles casos que, em virtude da infimidade do valor buscado com o ajuizamento da ação levavam as partes a desistirem da busca de seu pleito em juízo, porquanto tratar de quantia inferior ao despendido em gastos processuais. Nesta nova lei, deve-se, contudo, levar em consideração o disposto por ambas as leis já existentes, adaptando-se aquilo que, porventura, encontrar-se ultrapassado.

61 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**. Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.73-75.

62 WATANABE, Kazuo. Relevância Político-Social dos Juizados Especiais Cíveis: sua Finalidade Maior. In: FIÚZA, César Augusto de Castro (Coord.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: DelRey, 2001. p. 201-209.

63 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2008. p.579-581.

A questão da capacidade postulatória, bem como a possibilidade da existência da figura do preposto de pessoa física, alvos de discórdia entre os Juizados Federal e Estadual, deve ser revista e analisada, de maneira bastante criteriosa, chegando-se, assim, a um consenso sobre a posição a ser adotada perante o instituto uno aqui apresentado, tudo em observância, ressalta-se, ao intuito principal deste órgão judicial especial.

No tangente à competência, seria interessante a disposição em capítulo próprio, de tal modo que se destinasse apenas a caracterizar a desconcentração, forma de distribuição fácil e comumente observada nos diversos âmbitos da organização estatal.

Acentua-se que o cerne da proposta aqui defendida, consubstancia-se na organização procedimental do instituto dos Juizados, no rito, por assim dizer. Neste trabalho não se pretende discutir, nem tampouco combater questões relativas à competência ou ainda existência do referido órgão judicial especial, este último aspecto, inclusive se defende com determinada veemência, posto que é visto aqui como requisito indispensável para a obtenção da tão falada acessibilidade jurisdicional.

Conclusões

Os Juizados Especiais Cíveis trouxeram ao universo jurídico nacional uma forma alternativa no que tange à solução de conflitos, gerando a possibilidade da propagação do acesso indistinto à justiça, seu objetivo maior.

Entretanto, observa-se uma hodierna dissonância entre aqueles que constituem esta tão promissora modalidade jurídica, vez que não ocorrendo uma integração absoluta entre seus aspectos Estadual e Federal, ressalte-se, em detrimento da prestação jurisdicional perante a sociedade, estamos diante de, apenas, mais dois institutos judiciais diferentes, cujas semelhanças, equivocadamente, lhes conferem o título de micros-

sistema uno, ou, como coloca parte minoritária da doutrina, por muitas vezes citada neste estudo, de “Estatuto dos Juizados Especiais”.

Assim, com este trabalho é possível perceber que faz-se necessária uma reavaliação criteriosa deste recente órgão judicial especial em si, com relação a tudo o que o constitui, de maneira que se possa obter o máximo de sua eficiência na promoção da acessibilidade da prestação da tutela jurisdicional.

Observa-se, ainda, que não vem sendo possível atingir os objetivos traçados inicialmente quando da edição da legislação, ora estudada, visto que há aspectos disciplinados pela Lei nº. 10.259/2001, que possibilitam a modernização nos procedimentos dos Juizados em âmbito federal.

Contudo, estas inovações delineadas pela legislação pertinente a esta face dos Juizados não são disponibilizadas para utilização na esfera estadual, aplicando-se somente a situação inversa, ou seja, aplica-se o entendimento da Lei nº. 9.099/1995 em caso de lacunas existentes na Lei nº. 10.259/2001.

Desta forma, portanto, defende-se a viabilidade da edição de nova lei que venha a disciplinar todas as facetas desta modalidade jurídica, vez que é perceptível a necessidade da efetiva integração entre ambas as Leis aqui estudadas, bem como o devido incentivo por parte do Estado no que diz respeito à organização estrutural compatível com a prestação jurisdicional oferecida.

Diante de tudo o que foi exposto, observa-se que é absolutamente exequível a ideia, aqui defendida, da uniformização dos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis, de maneira que se consiga cumprir com a devida propriedade os objetivos inicialmente previstos na norma jurídica, atingindo, assim, a concepção vislumbrada pelo legislador constituinte, quando da instituição destes órgãos judiciais especiais.

The Uniformization of the Procedural Structure of the “Juizados Especiais Cíveis”

Abstract

The study's purpose lays on the analysis of the institute called “Juizados Especiais Cíveis”, confronting its both aspects, state and federal, in the light of the specific legislation and also focusing on the matter of the constitutional right of equal access to Justice. This study intends to demonstrate the huge importance trusted in its creation, reply on the questioned existence of a

“Estatuto”, which shall represent and instruct the aforesaid institute, and look through the possibility of developing a new procedure structure that affects both of them.

Key words: Access to Justice. Procedural Reformation. “Estatuto dos Juizados Especiais Cíveis”. Uniform Procedural Structure.

Referências

a) Livros

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do Processo Penal**. A Lei n. 9.099/95 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Uma abordagem crítica. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação Civil Pública**. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Lei n. 9.099/95 – parte geral e parte cível – comentada artigo por artigo em Conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2008.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais**. Comentários à Lei 9.099/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**. Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Porto Alegre: Safe, 2005.

LOURENÇO, Luiza Andréa Gaspar. **Juizados Especiais Cíveis**. Legislação, Doutrina, Jurisprudência e Prática. São Paulo: Iglu, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. rev. ampl. e atual. com as Novas Súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

b) Revistas

AGUIAR, Ruy Rosado de. Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. **Revista da ESMEC**, Florianópolis, v. 7, n. 10, p.15-24, 2001.

AGUIAR, Ruy Rosado de. O Sistema Recursal nos Juizados Especiais Federais. In: ANAIS DO SEMINÁRIO: JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. Brasília: AJUFE, p.181-201, 2002.

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da Lei Processual Civil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 56, n. 372, p.11-27, out. 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais. **Revista Advocatus**, Recife, a. 01, n. 01, p.42-50, dez. 2008.

DINALLI, Aparecida; CINTRA, Jorge Antonio Conti. Do acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 51, p.25-44, abr./ jun. 2005.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Tutelas de Urgência nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista da Pós-Graduação em Direito da UNICAP**, Recife, v. 1, n. 1, p. 31-60, jan./ dez. 2002.

HESPANHA, Benedito. O Direito Processual e a Constituição: a relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 7-90, jul./set. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 379, p. 11-27, maio 2009.

OBERG, Eduardo. Os Juizados Especiais Cíveis: Enfrentamentos e a sua real efetividade com a construção da cidadania. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 46-74, out./dez. 2005.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Juizados Especiais Cíveis: inconstitucionalidades, impropriedades e outras questões pertinentes.

Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 1, p. 22-42, jan./abr. 1996.

SADEK, Maria Tereza Aina. Juizados Especiais: O Processo Inexorável da Mudança. In: SLAKMON, Catherinel (Org). **Novas direções na governança da justiça e da segurança.** Brasília: Ministério da Justiça, p. 250-276, 2006.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Participação e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Assistência Judiciária e o Juizado de Pequenas Causas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. Filosofia e Características Básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. Relevância Político-Social dos Juizados Especiais Cíveis: sua Finalidade Maior. In: FIÚZA, César Augusto de Castro (Coord.). **Temas atuais de direito processual civil.** Belo Horizonte: DelRey, 2001.

c) Internet

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Manual de orientação de procedimentos para os cálculos na Justiça Federal. Disponível em: <http://www.jfpe.jus.br/tabelaIndices/manual_calculos.pdf>. Acesso em: 06 out. 2009, 20:39:07.

GUERRA, Gustavo Rabay. O Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo. O Acesso à Tutela Jurisdicional Célere Como

Direito Fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1758, 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11188>>. Acesso em: 02 set. 2009, 16:45:56.

HARTMANN, Denise. Comentários ao Princípio Constitucional do Prazo Razoável do Processo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 996, 24 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8152>>. Acesso em: 01 set. 2009, 09:30:08.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 06, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3348>>. Acesso em: 28 ago. 2009, 15:25:34.

SILVA, Paulo Zacarias da. **Discurso do XIX FONAJE**. Aracaju, 2006. Disponível em: <http://www.fonaje.org.br/2006/discurso_xixfonaje.asp>. Acesso em: 15 ago. 2009, 15:21:10.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Razoável Duração do Processo. A Celeridade Como Fator de Qualidade na Prestação da Tutela Jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 13, n. 2086, 18 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12483>>. Acesso em: 30 ago. 2009, 20:11:24.

d) Jurisprudência

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Primeira Turma Recursal. Recurso contra sentença cível (JEF). Rel. José Magno Linhares Moraes. Julgado nº. 200437007147803. DJMA [s.d.].

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Primeira Turma Recursal. Recurso contra sentença cível (JEF). Rel. José Pires da Cunha. Julgado nº. 200236007009898. DJMT 30/04/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma Recursal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado n°. 3128. DJDF 03/08/2007.

Referência deste artigo

PATRIOTA, Ingrid Virgínio. A uniformização do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 31, p. 251-288, jan./jun. 2010.

** Artigo recebido em: 3 mar. 2010. Aprovado em: 21 mai. 2010.*

A natureza jurídica da chance perdida à luz do princípio da dignidade humana

Isabela Melo Rêgo Azevedo

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

Resumo

O artigo examina a teoria da perda de uma chance à luz do princípio da dignidade humana. Vislumbra-se que os modernos civilistas, influenciados pelo movimento de repersonalização do direito privado, o qual defende a primazia da pessoa como fundamento das relações civis em detrimento do patrimônio, analisam os danos extrapatrimoniais sob a óptica da pessoa humana, considerando uma cláusula geral a ser preenchida por

interesses mercedores de tutela jurídica, dentre eles a figura da chance perdida. A perda da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo é interpretada como uma violação ao direito à liberdade, substrato material do referido princípio.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Danos Extrapatrimoniais. Princípio da Dignidade Humana. Perda da Chance.

Introdução

Em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação Francesa julgou procedente o pedido do autor de uma ação reparatória e concedeu a este indenização pela perda de uma chance de obter ganho de causa, em razão da conduta de um funcionário ministerial que obsteu de todas as formas o normal andamento de sua ação judicial.

Após intensas discussões doutrinárias a respeito do tema, a Corte de Cassação francesa passou a considerar indenizável a chance perdida e, graças aos operadores do direito francês, a referida teoria posteriormente espalhou-se por toda a Europa, principalmente, no direito italiano.

No Brasil, ainda são tímidas as discussões acerca da teoria da perda de uma chance, dada a existência de poucas obras específicas sobre o assunto, entretanto, esse estudo é de fundamental importância, pois corresponde, no campo do direito civil, ao surgimento de um novo dano ressarcível, fenômeno comum a diversos ordenamentos jurídicos, como o italiano e o norte-americano, e que vem sendo objeto de atenção dos civilistas brasileiros nos últimos anos.

O aparecimento de novos danos indenizáveis é fruto, principalmente, de dois fatores: as mudanças pelas quais a sociedade moderna passou nos últimos anos, o que ocasionou o aumento de situações de risco, potencialmente lesivas (merecedoras, portanto, de tutela por parte do ordenamento jurídico) e a erosão dos tradicionais filtros de reparação, expressão cunhada por Anderson Schreiber para designar o afrouxamento da prova dos elementos da responsabilidade civil.

Tornou-se imperativo o reconhecimento dos danos advindos dessas novas situações lesivas, conferindo à vítima a devida reparação, em respeito ao princípio da dignidade humana, elemento fundamental do novo paradigma solidarista que caracteriza a responsabilidade civil atual.

Com efeito, levando-se em consideração que a chance perdida corresponde a um real interesse merecedor de tutela, é imprescindível a análise pormenorizada de sua natureza jurídica, em prol de uma compreensão adequada sobre este novo dano ressarcível.



1 Da origem e evolução da teoria da perda de uma chance

Perda de uma chance, *Perdita di una chance*, *Loss of a chance* e *Perte d'une chance* são expressões comuns para conceituar uma teoria que tem sido objeto de estudo por parte de doutrinadores franceses, italianos, americanos e brasileiros.

A teoria em apreço representa uma evolução do instituto da responsabilidade civil, pois afirma a indenizabilidade da chance perdida, em outras palavras, a perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Segundo Judith Martins-Costa, “se a jurisprudência é o canteiro de obras da responsabilidade civil, a doutrina é a arquiteta desta construção”¹.

Sendo assim, para uma compreensão lógica da teoria da perda de uma chance, é fundamental analisar os principais posicionamentos doutrinários a respeito da matéria, ou seja, verificar como os ordenamentos jurídicos italiano, francês e americano abordam a figura da chance perdida.

O direito francês é o berço da teoria da perda de uma chance. Doutrinadores e estudiosos do tema são unânimes em afirmar que a referida teoria surgiu, primeiramente, na França, pois é o país onde se encontram os julgados mais antigos admitindo-a.

Os principais doutrinadores que tratam a respeito da aplicação da teoria da perda de uma chance, no ordenamento jurídico francês, são: Phillippe Le Torneau, François Chabas, Geneviève Viney, René Savatier e Jacques Boré, este último autor do excelente e esclarecedor artigo, publicado em 1974, no *Juris – Classeur Periodique – Editon Generale* intitulado: “A indenização por chances perdidas: uma forma de apreciação quantitativa da causalidade de um delito”².

1 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. xvi-xx.

2 Título original: *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*.

Jacques Boré considera a chance perdida como uma decorrência da aplicação da causalidade parcial. Para o autor francês, a chance perdida não constitui uma modalidade autônoma de dano, mas uma causa, que concorre para a produção de um dano final, que é somente reparado em parte.

Apesar de não expressamente prevista no Código Civil Francês, a perda de uma chance é indenizada em decorrência da interpretação dada à cláusula geral de responsabilidade civil francesa, prevista no art. 1382 do aludido diploma legal³: “Todo ato do homem, qualquer que ele seja, que causar a outrem um dano, obriga aquele por culpa do qual veio ele a acontecer a repará-lo”⁴.

Nos ordenamentos da *Common Law*, a teoria da perda de uma chance (*loss of a chance doctrine*) desenvolveu-se mais precisamente em relação a casos de inadimplemento contratual, responsabilidade civil e na seara médica, ou seja, em eventos nos quais a conduta negligente de um médico retira do paciente a possibilidade de cura ou sobrevivência.

A doutrina norte-americana possui papel importante na evolução da teoria da perda de uma chance nas jurisdições dos Estados-membros. Nancy Levit, Joseph King Jr. e John Makdisi, por meio de seus artigos científicos, esclareceram dúvidas pertinentes sobre a natureza jurídica, valoração e adequada compreensão da perda de uma chance.

Ethereal torts, além de ser o título do principal trabalho acadêmico de Nancy Levit, corresponde, também, a uma expressão cunhada por ela para designar novos danos ressarcíveis, tais como as lesões emocionais, quebra de expectativas e de privacidade, perda de confiança, estresse emocional, perda de uma chance, dentre outros⁵.

3 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 83.

4 No original: “*Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

5 LEVIT, Nancy. **Ethereal torts**. *The George Washington Law Review*, 1992, p.138/39. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em: 30 jun. 2009. Nas palavras da autora: “*The article focuses on one aspect of the increasing uncertainty in tort law, which I term “ethereal” or “ephemeral” substantive torts: causes of action for intangible or emotional injuries or deprivations of expectancy or reliance interests, the privacy torts, infliction of emotional distress, breach of confidence, breach of good faith, interference with economic expectancies, loss of a chance or loss of choice*”.

No aludido artigo, a autora defende que a ciência do direito deve reconhecer estes novos danos ressarcíveis surgidos graças às mudanças tecnológicas e epistemológicas e, também, aos esforços da comunidade científica.

No que pertine ao direito italiano, a evolução da teoria da perda de uma chance, ou seja, de uma possibilidade de sucesso, pode ser estudada mediante análise das obras de determinados autores que, a sua maneira, contribuíram para a adoção desta teoria pelos doutrinadores e operadores do direito italiano.

Giovanni Pacchioni, Francesco Donato Busnelli, Adriano de Cupis e Maurizio Bocchiola teceram comentários sobre os aspectos mais polêmicos que permeiam o instituto da perda de uma chance e, consequentemente, graças às suas conclusões, a aludida teoria tornou-se útil à solução de casos referentes à responsabilidade civil.

Não obstante a contribuição dada por tais autores italianos, os estudos concernentes à perda de uma chance são suscetíveis de novas evoluções, haja vista a complexidade que envolve o tema e a dificuldade na obtenção de um consenso a respeito da sua natureza jurídica e formas de quantificação.

Na Itália, a indenizabilidade da chance perdida decorre de uma interpretação alargada do conceito de dano, ou seja, a *perdita di una chance* é considerada uma nova espécie de dano patrimonial, mais precisamente, na modalidade de dano emergente.

A perda de uma chance não está expressamente prevista no Código Civil Italiano. A sua aplicação deriva de uma interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca da cláusula geral de responsabilidade civil prevista no art. 2043⁶ do aludido diploma civil, cuja redação assevera: “aquele que causa a outrem um dano injusto é obrigado a ressarcir-lo”.

6 ITALY. **Codice civile italiano**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 23 set. 2009. “Art. 2043. *Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*”

Sendo assim, a perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo é compreendida como um dano injusto, razão pela qual deve ser devidamente ressarcida. Ademais, é assente que, para a doutrina majoritária⁷ na Itália, a chance perdida constitui um dano patrimonial, haja vista ser considerada como a perda de uma possibilidade concretamente existente no patrimônio da vítima, de conseguir ulteriores vantagens econômicas.

É importante mencionar que os doutrinadores italianos pouco tratam a respeito da concepção da perda de uma chance como um alargamento da noção de dano extrapatrimonial, pois na Itália o dano moral é aplicado apenas nos casos expressamente previstos em lei, raramente se admitindo interpretações extensivas acerca de novas hipóteses de dano moral⁸, como pode se aferir mediante a redação do art. 2.059 do Código Civil Italiano, *in verbis*: “Art. 2.059. Dano não patrimonial. O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos determinados por lei. (CPC 89; CP. 185, 598)”⁹.

No ordenamento pátrio, ainda são tímidas¹⁰ as discussões acerca da teoria da perda de uma chance, dada a existência de poucas obras específicas sobre o assunto e, ainda, a sua acanhada utilização em casos práticos, fatos estes que acarretam o desconhecimento da teoria por boa parte dos operadores do direito.

A utilização mais comum da teoria da perda de uma chance no Brasil restringe-se às situações em que o advogado perde o prazo para oferecer determinado recurso, e, portanto, tolhe a chance do cliente de ver o seu caso reexaminado na instância superior¹¹.

7 D'APOLLO, Luca. **Perdita di chance**: danno risarcibile, onus probandi e criteri di liquidazione. Altalex, Itália, 26 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=39075#inizio>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

8 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p.102.

9 ITALY. **Codice civile italiano**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 23 set. 2009. “Art. 2059 *Danni non patrimoniali Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge* (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)”.

10 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 180.

11 CAPPELLARI, Récio. A Repersonalização do Direito Privado: uma nova perspectiva para os danos à pessoa humana. **Dissertação de Mestrado**. Universidade do Vale do Rio Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito,

Rafael Peteffi da Silva é o responsável pela elaboração da obra brasileira mais minuciosa a respeito da perda de uma chance, intitulada: “Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: Uma análise do direito comparado e brasileiro”¹².

O referido civilista, utilizando-se do direito francês e do sistema jurídico da *Common Law* como fontes prioritárias de pesquisa, estabeleceu as principais características sobre a perda de uma chance, além de expor com clareza os principais critérios de aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento pátrio, dentre eles a seriedade e certeza das chances.

Para o autor, as hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance podem ser sistematizadas em dois grandes grupos. No primeiro grupo, enquadram-se os casos nos quais a teoria em estudo é aplicada levando-se em consideração um conceito específico de dano; no segundo, as hipóteses em que para a aplicação da referida teoria é preciso utilizar a figura da causalidade parcial¹³.

Em sua opinião, o ordenamento jurídico brasileiro é mais suscetível à aplicação da teoria da perda de uma chance nas hipóteses constantes do primeiro grupo, ou seja, quando o processo aleatório em que se encontrava a vítima é totalmente interrompido pela conduta do réu, sendo a chance perdida considerada um dano autônomo e indenizável.

A compreensão da chance perdida como um dano autônomo ou como um alargamento da noção de nexa causal decorre exatamente dos estudos acerca da sua natureza jurídica.

2007. p. 122. “No particular, apesar de se afirmar que o Direito brasileiro ainda carece de maior desenvolvimento desta temática, inobstante a isso, na atualidade está se verificando importantes avanços nessa seara indenizatória, porquanto a doutrina e os próprios Tribunais tem acolhido a tese da perda de uma chance em alguns importantes vieses, tais como em relação à responsabilidade civil do médico, do advogado, a tradicional perda de um contrato de trabalho, além de outras perdas de oportunidades igualmente relevantes, as quais manifestavam sensíveis indicativos de êxito”.

12 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 181.

13 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 230.

2 Da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance

Chance, na concepção de Maurizio Bocchiola, é um termo que literalmente pode ser traduzido como fortuna, sorte e, em senso comum, possibilidade ou probabilidade. Seu mais antigo significado indica que ela corresponde à maneira pela qual caem os dados e em sentido figurado o modo favorável ou desfavorável segundo o qual se verifica um evento¹⁴.

Em sentido jurídico, a chance significa basicamente a probabilidade de obter um ganho ou de evitar uma perda. É justamente a possibilidade de ressarcir um indivíduo pela perda de uma chance que é debatida pelos doutrinadores e operadores do direito ao redor do globo.

Na doutrina estrangeira, mormente na norte-americana, discute-se se a perda de uma chance deriva de um alargamento da noção de dano ressarcível ou corresponde a uma consequência da aplicação das noções de causalidade parcial nas demandas civis.

Para compreender a perda de uma chance em sua essência, é fundamental posicionar-se a respeito de tais controvérsias, ou seja, demonstrar expressamente os fundamentos daqueles que defendem ser a chance perdida uma nova espécie de dano ressarcível e as razões pelas quais outros doutrinadores compreendem a chance perdida como, nas palavras de Peteffi, “causas parciais para a perda da vantagem esperada pela vítima”¹⁵.

Rafael Peteffi expôs de maneira elucidativa a polêmica sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, pois apresentou os embasamentos do grupo de estudiosos que consideram a perda de uma chance como um dano autônomo e da dupla de autores que defendem a aplicação da causalidade parcial na resolução de casos referentes às chances

14 Cf. BOCCHIOLA, Maurizio. Perda di una “chance” e certezza del danno. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Marzo 1976, ano XXX, n. 1. p. 74. “Chance è un termine che letteralmente si può tradurre com fortuna, sorte, ed in senso generale possibilità, probabilità. Il suo più antico significato stava però ad indicare la façon dont tombent les dés ed in senso figurato il modo favorevole o sfavorevole secondo cui si verifica un evento”.

15 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 230.

perdidas. Aduz o autor que: “A corrente capitaneada por Jacques Boré e John Makdisi afirma que a perda de uma chance não constitui um dano autônomo e somente poderia auferir reparação se fosse utilizada a causalidade parcial”¹⁶.

Dito de outra forma, Jacques Boré e John Makdisi compreendem que a conduta do agente, da qual decorre a perda de uma chance, nada mais é do que uma causa parcial, dentre várias outras causas existentes, que concorrem para a perda da vantagem acreditada pela vítima e que pelo fato de ser séria e real merece ser ressarcida¹⁷.

Os aludidos doutrinadores entendem que a perda de uma chance não possui o condão de obstruir o processo aleatório em que a vítima se encontrava, pois não é vista como um dano em si mesmo, mas apenas como uma diminuição da possibilidade de alcançar uma vantagem ou de evitar um prejuízo, graças à utilização das noções de causalidade parcial¹⁸.

Na concepção do francês Jacques Boré e do norte-americano John Makdisi, já que não é possível estabelecer um liame causal certo entre a conduta do réu e o dano final, que pode ter ocorrido em razão de diversos fatores aleatórios, deve-se indenizar então o prejuízo parcial e relativo, que se analisa pela perda de uma chance de obter o resultado esperado.

Para facilitar a compreensão acerca do posicionamento defendido por Jacques Boré e John Makdisi, tome-se, como exemplo, um caso clássico de perda de uma chance: um cavalo que é impedido de participar de uma corrida por atraso do transportador¹⁹.

Nessa situação, verifica-se que, em razão da conduta do transportador, o cavalo não participou da corrida, o que lhe causou um prejuízo. No entanto, não é possível afirmar que por conta deste atraso o cavalo não *venceu* a corrida, pois, mesmo que tivesse chegado a tempo, poderia não alcançar o primeiro lugar, em razão de diversos fatores aleatórios.

16 *Ibidem*. p. 21.

17 BORÉ, Jacques; MAKDISI, John *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Ibid.* p. 49.

18 Cf. SILVA, Rafael Peteffi da. *Ibid.* p.50.

19 *Ibidem*.

Desse modo, vislumbra-se a impossibilidade de estabelecer umnexo causal entre a conduta do réu (atraso no transporte) e o dano final (o cavalo não ter ganhado a corrida).

Sendo assim, o que os estudiosos em exame propõem é que se deve indenizar a perda da oportunidade de participar da corrida, que não constitui um dano em si, mas uma causa parcial para a ocorrência do dano final.

No escopo de definir o *quantum* indenizatório, defendem a utilização de critérios de probabilidade, ou seja, comparam-se o prejuízo absoluto causado pela privação do resultado esperado e o prejuízo relativo causado pela perda das chances que se tinha em obter esse resultado. Assim, a indenização corresponderá, apenas, a uma fração da soma total que o proprietário do cavalo esperava ganhar²⁰.

Por outro lado, na seara de discussão acerca da natureza jurídica da chance perdida, existe um grupo de doutrinadores, notadamente os norte-americanos Joseph King Jr. e Nancy Levit, além do italiano Maurizio Bocchiola, que compreendem a chance perdida como um dano autônomo, decorrente do alargamento da noção de dano indenizável.

Para os defensores deste ponto de vista, a perda de uma chance é um dano autônomo e que pode ser ressarcido, independentemente, do dano final, pois o que se indeniza é justamente a perda da oportunidade de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, sem se realizar qualquer correlação com o dano final.

A diferença básica entre os dois posicionamentos doutrinários acerca do fundamento da teoria da perda de uma chance é que, enquanto Jacques Boré e John Makdisi defendem que a perda da chance é uma causa parcial que concorre para um dano final, por sua vez parcialmente indenizável, Joseph King Jr. e Nancy Levit acreditam na autonomia da chance perdida, a qual é considerada um dano em si mesmo²¹.

20 BORÉ, Jacques. **L'indemnisation pour les chances perdues**: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. *Juris – Classeur Périodique: Generale*, 48 Année, 27 mars 1974, nº 13.

21 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: Uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 230.

Joseph King Jr. acredita que a chance perdida, por si só, deve ser indenizada, não havendo nenhuma necessidade de aplicar noções alternativas de nexos de causalidade para se garantir o ressarcimento desta nova espécie de dano.

Para os defensores da segunda corrente de interpretação, a chance perdida é indenizável desde que se estabeleça um nexo de causalidade necessário (utilizando-se, por exemplo, a teoria da causalidade direta e imediata) entre a conduta do agente e a perda da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

Na concepção de Rafael Peteffi, o ordenamento jurídico brasileiro é mais suscetível à aplicação da teoria da perda de uma chance como uma nova espécie de dano ressarcível. Em sua opinião, a aplicação de noções de causalidade parcial para a solução das lides, envolvendo a perda de uma chance, deve ser utilizada em último caso.

Desta feita, à luz das peculiaridades que envolvem o direito civil brasileiro, verifica-se que o posicionamento mais coerente é o que defende ser a chance perdida uma decorrência do alargamento da noção de dano indenizável, possível graças, dentre outros fatores, à erosão dos tradicionais filtros de reparação (culpa e nexo causal)²², os quais deixaram de ser considerados obstáculos reais à reparação de danos²³.

22 Vale ressaltar que não se deve confundir a aludida erosão do nexo causal como filtro de reparação com a adoção da causalidade parcial, propugnada por Jacques Boré, no intuito de solucionar as demandas relativas à perda de uma chance. A erosão deste tradicional filtro, a saber, o nexo causal, decorreu da flexibilidade que lhe foi conferida pelos tribunais brasileiros. Em outras palavras, a adoção das diversas teorias do nexo de causalidade (equivalência das condições, causalidade adequada e causalidade direta e imediata) pelos julgadores brasileiros, em cada caso concreto, demonstrou a ausência de um tratamento rigoroso dos operadores do direito na fixação do elo de causalidade entre a conduta e o dano.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA, a. 2, v. 6, jun. 2001. p. 9. Em comentário sobre o assunto afirma: "A tendência a uma interpretação evolutiva, aliás, encontra-se presente na jurisprudência brasileira, a tal ponto que, sob a influência de todas as três correntes antes mencionadas, os Tribunais fixam o nexo de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexo causal e da *conditio sine qua non*, sempre na busca de um liame de necessidade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo". No entanto, a adoção da causalidade parcial em casos concretos vai além da flexibilidade do nexo causal porque, na verdade, corresponde a uma nova teoria, a uma forma distinta das já conhecidas de fixar o elo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

23 Cf. CAPPELLARI, Récio. A Repersonalização do Direito Privado: uma nova perspectiva para os danos à pessoa humana. **Dissertação de Mestrado**. Universidade do Vale do Rio Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007. p.102-103.

O surgimento de novos danos indenizáveis é fruto, principalmente, de dois fatores: as mudanças pelas quais a sociedade moderna passou nos últimos anos, o que ocasionou o aumento de situações de risco, potencialmente lesivas, merecedoras, portanto, de tutela por parte do ordenamento jurídico e a erosão dos tradicionais filtros de reparação, expressão cunhada por Anderson Schreiber para designar o afrouxamento da prova dos elementos da responsabilidade civil²⁴.

Fernando Noronha, em breve comentário sobre a expansão de danos, afirma: “Em tempos recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais. A necessidade sentida pela sociedade de não deixar nenhum dano sem reparação é que mudou as coisas”²⁵.

Esta necessidade que o autor comenta deriva exatamente das mudanças sociais e tecnológicas surgidas nos últimos anos, acarretando uma maior proteção da pessoa humana contra os danos advindos dessa nova realidade.

Desse modo, tornou-se imperativo o reconhecimento dos danos advindos dessas novas situações lesivas, conferindo à vítima a devida reparação, em respeito ao princípio da dignidade humana, elemento fundamental do novo paradigma solidarista que caracteriza a responsabilidade civil atual²⁶.

No Brasil, foi após o advento da Constituição Federal de 1988, que novos interesses passaram a ser merecedores de tutela, e como consequência disso, a sua violação ensejava a devida reparabilidade da vítima, mormente na seara dos danos extrapatrimoniais, os quais foram expressamente mencionados na Carta Magna²⁷.

24 Cf. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 82.

25 NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 541.

26 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: Uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 71.

27 BRASIL. Constituição Federal. **Vade mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7. 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: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.



Outro fator responsável pelo surgimento de novos danos ressarcíveis, já mencionado alhures, corresponde ao afrouxamento dos tradicionais filtros de reparação, ou seja, um menor rigor no estabelecimento dos elementos da responsabilidade civil no caso concreto.

Nesse sentido, esclarece Anderson Schreiber:

Em parte, o aumento deriva dos fenômenos já examinados: o ocaso da culpa e a flexibilização do nexos de causalidade, que geram como consequência evidente maior grau de aceitabilidade de pedidos ressarcitórios, pela simples razão de que o afrouxar dos requisitos para a reparação resulta necessariamente na sua ampliação. [...] Paralelamente à erosão dos filtros tradicionais de reparação, a abertura dos ordenamentos jurídicos aos danos não patrimoniais e coletivos, na esteira da aplicação direta dos valores constitucionais às relações privadas, vem suscitar uma extraordinária profusão de “novos danos” que desafiam a doutrina e a jurisprudência de toda a parte²⁸.

Desse modo, é fundamental compreender as peculiaridades que envolvem tais danos ressarcíveis a fim de reparar a vítima de forma devida. Adotando-se a corrente doutrinária que defende ser a chance perdida um dano autônomo, é imprescindível determinar que espécie de dano é este, patrimonial ou moral, haja vista serem estes os gêneros de danos existentes no ordenamento jurídico brasileiro²⁹.

Dentre o rol de estudiosos que tratam sobre o assunto, existem alguns que defendem ser a chance perdida um dano patrimonial, pois compreendem que esta por si só considerada possui valor econômico.

Os civilistas italianos, em sua maioria, acreditam que a chance perdida é um dano patrimonial, enquadrada ora na espécie de dano emergente, ora na de lucros cessantes.

28 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 80; 239.

29 SANTOS, Antônio Jeová. *op. cit.* p. 91. “No Brasil, não existe um terceiro gênero de danos. Ou a lesão é patrimonial, representada pelo dano emergente e lucros cessantes, ou é moral. Não existe espaço, no plexo normativo brasileiro, para outra categoria de dano que não acoberte um dos dois já mencionados”.

Tendo em vista a concepção restritiva do direito italiano acerca dos danos extrapatrimoniais, previstos no art. 2059 do Código Civil italiano, é bastante razoável que em tal ordenamento jurídico a chance perdida seja compreendida como uma espécie de dano patrimonial.

Todavia, não obstante as respeitadas opiniões divergentes, no presente artigo, será defendido que a chance perdida corresponde a um dano extrapatrimonial, ou seja, uma lesão à dignidade humana, em um dos seus principais substratos, qual seja: a liberdade.

Para compreender a chance perdida como uma espécie de dano extrapatrimonial, é fundamental, de início, tecer breves comentários acerca da verdadeira revolução pela qual o instituto do dano moral passou na seara da responsabilidade civil, após o advento da Constituição Federal de 1988, e posteriormente com a promulgação da Lei nº 10.406/2002 – o novo Código Civil brasileiro – que o previu de forma expressa³⁰.

Dantes admitido apenas jurisprudencialmente, após o surgimento dos referidos diplomas legais e, sobretudo, graças à consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundamental no texto constitucional, o dano moral assumiu lugar de destaque nos estudos atinentes à responsabilidade civil³¹.

O referido predomínio das relações pessoais em detrimento das patrimoniais, fruto do movimento da repersonalização do direito privado, aliado às mudanças tecnológicas sofridas pela humanidade, geradoras de novas situações potencialmente lesivas, ensejaram o reconhecimento jurídico de diversos interesses merecedores de tutela, ampliando, consideravelmente, o rol de danos extrapatrimoniais.

É importante mencionar que tal fato é possível no ordenamento jurídico brasileiro em razão da cláusula geral de responsabilidade

30 BRASIL. Código Civil. **Vade mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 183. Em consonância com os dispositivos presentes no novo texto constitucional, o Código Civil de 2002, em seu art.186 fez expressa menção à ressarcibilidade do dano moral, *in verbis*: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que **exclusivamente moral**, comete ato ilícito”.

31 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 80.

civil estabelecida no art. 927, o art. 186³², ambos do Código Civil de 2002.

Desta feita, no direito civil brasileiro, inexistente uma tipificação exaustiva de danos merecedores de indenização, cabendo aos operadores do direito identificar os reais interesses merecedores de tutela.

Assim, de forma avassaladora, diversos pleitos indenizatórios de dano moral abarrotaram os tribunais de todo o país, razão pela qual se deve estabelecer um conceito técnico e claro do dano moral, a fim de garantir ressarcibilidade apenas à violação de interesses que se enquadrem no perfil traçado, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e no escopo de evitar a propagação da maldadada “indústria do dano moral”³³

Não há consenso entre os civilistas acerca do melhor conceito para o dano moral. Alguns doutrinadores acreditam que o referido dano corresponde a qualquer sofrimento do homem. Já outros defendem que o dano moral corresponde à lesão aos sentimentos que determina dor e sofrimento físico, além de inquietação espiritual. E os diversos tribunais do país o conceituam como um sentimento de vexame e humilhação³⁴.

Na óptica do direito civil-constitucional e em respeito ao fundamento solidarista da responsabilidade civil atual, quem melhor define o dano moral é Maria Celina Bodin de Moraes, ao afirmar que:

Sob esta perspectiva constitucionalizada, conceitua-se o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana. Em consequência, ‘toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada

32 BRASIL. Código Civil. **Vade mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 232. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

33 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 120.

34 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 86.

violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral'. Socorre-se, assim, da opção fundamental do constituinte para destacar que a ofensa a qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade, mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico, pode produzir dano moral, contanto que grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana³⁵.

Cumprе salientar que não é apenas a simples alusão à ofensa à dignidade humana que autorizará o ressarcimento da vítima. É imprescindível que o dano ocorrido recaia sobre algum dos substratos componentes deste fluido princípio, quais sejam: liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade.

No caso específico da chance perdida, compreende-se que a perda da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo pode ser interpretada como uma violação ao direito à liberdade, substrato material do princípio da dignidade humana³⁶.

A conduta do agente que retira da vítima a possibilidade de obter determinado resultado favorável ou evitar a ocorrência de alguma situação lesiva, interrompendo, portanto, o processo aleatório em que se encontrava o indivíduo, prejudica o livre desenvolvimento dos interesses e objetivos da vítima.

Sendo assim, é possível concluir que nos casos da perda de uma chance de participar de um sorteio, de ascensão a um cargo de nível superior, de obter um financiamento junto à instituição financeira, de ver a matéria de seu recurso ser reexaminada pela segunda instância, dentre outros, a perda da oportunidade, causada pela conduta do agente, acarretou uma ofensa ao direito à liberdade, à livre escolha da vítima.

35 MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*

36 CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. **Dissertação de mestrado**. PUC/RS, 2008. p.17. Sobre a dignidade da pessoa humana afirma: A dignidade humana, para além de sua dimensão ontológica, histórico-cultural e intersubjetiva, é também concebida em uma dupla dimensão: uma negativa, em que se manifesta através do imperativo de proteção dos cidadãos contra o arbítrio estatal e a guarda eficaz dos direitos fundamentais e uma positiva, promocional, de onde se extrai a atribuição à pessoa humana de uma capacidade de autodeterminação dos interesses existenciais, a qual é a mais pura expressão da autonomia privada e da liberdade que as pessoas têm para a conformação e desenvolvimento de seus interesses pessoais.

Tal perspectiva, inclusive, é coerente com o significado de liberdade proposto por Kant, para quem esta significa agir sem qualquer coação ou inclinação externa.³⁷

A chance perdida pode ser enquadrada como uma lesão ao princípio da dignidade humana, e, portanto, passível de ressarcibilidade.

Tome-se, como exemplo, o caso de uma estudante, residente na cidade do Recife, que realiza a inscrição para a participação no concurso público para ingresso na magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. Para comparecer ao local das provas, a estudante efetua a compra de passagens junto a uma empresa aérea. No entanto, o voo sofre um terrível atraso que a impede de chegar a tempo hábil ao Rio Grande do Sul. Desse modo, verifica-se que a conduta da empresa aérea (atraso do voo) acarretou à estudante a perda da oportunidade de realizar o exame, ferindo o seu direito à liberdade, o que ensejaria a reparação pelo dano extrapatrimonial sofrido.

Ressalte-se que os danos referentes às despesas já efetuadas pela estudante integram o conceito de danos emergentes. No que tange à chance perdida, o que se indeniza é exatamente a perda de possibilidade de ela efetuar a prova, e não a sua não-aprovação (dano final), que dependeria de diversos outros fatores.

O nexó de causalidade para a indenizabilidade de chance perdida é firmado entre a conduta da empresa aérea e a não-realização da prova.

Nos casos relacionados à chance perdida, a perda da oportunidade representa uma lesão à dignidade humana, devendo ser ressarcida como um dano moral. Os supostos prejuízos que determinados autores acreditam derivar dessa perda, na verdade, correspondem aos danos emergentes.

Ademais, não há que se confundir chance perdida com lucros cessantes. Além de pertencer à categoria de danos distintos, a chance

37 KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edição 70, 1988. p. 57-102. Ninguém me pode constringer a ser feliz a sua maneira, mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade dos outros aspirarem a um fim semelhante, e que pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível!

perda deriva do nexo de causalidade entre a conduta do agente e a perda da oportunidade; enquanto os lucros cessantes são identificáveis mediante o estabelecimento do liame causal entre a conduta do ofensor e o dano final.

A chance perdida é um dano extrapatrimonial indenizável desde que presente o nexo de causalidade entre a conduta do agente e a perda da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

Adotando-se tal posicionamento, é mister tecer comentários acerca da forma de quantificação e reparação deste novo dano ressarcível. Para tanto, deve-se tomar por base os critérios de reparação já utilizados no ressarcimento de danos morais e ainda determinados requisitos específicos a serem aplicados nos casos de perda de uma chance.

É assente que, no sistema jurídico pátrio, o valor da reparação do dano moral é arbitrado de forma livre pelo magistrado. Em outras palavras, não existe um critério geral que defina o *quantum* indenizatório a ser fixado em cada caso concreto, em relação a cada lesão ou ofensa à dignidade humana³⁸.

Desse modo, a fixação do dano moral é assunto deveras debatido na doutrina e jurisprudência, no escopo de determinar critérios ou formas mais justas para se aferir o *quantum debeatur*.

Em respeito ao novo conceito proposto para os danos extrapatrimoniais, fundado na noção do princípio da dignidade humana, Maria Celina Bodin de Moraes elenca dois outros critérios que devem os magistrados brasileiros utilizar para a fixação de tais danos, quais sejam: gravidade do dano e condições pessoais da vítima.

Sendo assim, em cada caso concreto devem ser verificados, minuciosamente, a gravidade do dano e o seu efeito na pessoa da vítima, levando-se sempre em consideração as suas condições pessoais específicas.

38 SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 152. O arbitramento certo da indenização por dano moral, além de não existir pauta quantitativamente exata, reduz-se a uma operação insuscetível de ser fixada, tomando-se como embasamento conceitos que sirvam de validade geral. A fluidez e o caráter nebuloso e relativo da subjetividade, do sofrimento anímico, impede a existência de pautas que gozem de validade universal ou, ao menos, em determinado ordenamento jurídico de dado país.



Por exemplo, imagine-se que duas estudantes perderam a chance de realizar a segunda fase de um certame, em razão do atraso do voo que as levaria ao local das provas. A estudante X atingiu nota máxima na primeira fase do concurso, alcançado o primeiro lugar, possuía diversos títulos a serem pontuados e já tinha obtido notas excelentes na segunda fase de um certame similar, porém realizado em outro Estado. Por sua vez, a estudante Y, apenas, garantiu sua aprovação na primeira fase do concurso, em razão de recursos interpostos contra questões dúbias, os quais foram providos, tendo sido a estudante aprovada em último lugar. Ademais, não possuía nenhum título a ser pontuado.

Desta feita, verifica-se que o *quantum* indenizatório a ser conferido para cada estudante deve ser distinto em razão da análise detida das condições pessoais de cada uma. No exemplo em apreço, a estudante X possuía melhores chances de ser aprovada na segunda fase do certame, razão pela qual o dano causado pela empresa aérea lhe causou efeitos mais danosos em comparação com os sofridos pela estudante Y.

O valor da reparação, portanto, deve estar em consonância com as peculiaridades da vítima e dos efeitos que a conduta danosa lhe causou, além de objetivamente exposto pelo magistrado em sua decisão judicial.

3 Da análise jurisprudencial acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance

A análise jurisprudencial é uma das formas de verificar-se a utilidade e aplicação de determinados institutos em casos concretos, como por exemplo, a teoria da perda de uma chance. Ou seja, é através da pesquisa de julgados de diversos tribunais do país que é possível vislumbrar como estes interpretam e aplicam a referida teoria na solução de demandas relacionadas à reparação de danos.

No Brasil, dada a ausência de um posicionamento uniforme da doutrina acerca da natureza jurídica da chance perdida, a jurisprudência é

bastante oscilante, pois se encontram julgados considerando-a ora um dano moral, ora um dano patrimonial³⁹.

Contudo, no cenário jurídico pátrio, não existem discussões ou estudos aprofundados acerca do fundamento da teoria da perda de uma chance, se esta decorre de um alargamento da noção de dano ressarcível ou se é uma causa parcial que concorre para um dano final.

As hipóteses mais comuns de aplicação da teoria em apreço no sistema jurídico brasileiro são as concernentes à responsabilidade civil do advogado e à perda da possibilidade de participar de um concurso público.

A 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), em 23 de março de 2006, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.02.873486-1/001, de Relatoria do Des. Elpídio Donizetti, acordou em manter a sentença no capítulo referente à condenação do primeiro apelante ao pagamento do valor de R\$ 2.000,00 a título de indenização pela chance perdida. Eis a ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – SENTENÇA OMISSA – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 515, § 3º, DO CPC – POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL INTEGRAR O JULGAMENTO – ADVOGADO – MANDATO JUDICIAL – OBRIGAÇÃO DE MEIO – PERDA DE PRAZO RECURSAL – ERRO CRASSO – MANIFESTA VONTADE DA PARTE REPRESENTADA DE RECORRER – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO – JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA DE INCIDÊNCIA. – A lógica do § 3º do art. 515 do CPC é a prevalência, em alguns casos, do princípio da economia processual sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, motivo pelo qual é possível que o tribunal, diante de uma sentença omissa, integre o julgamento, desde que a causa esteja em condições de imediato julgamento, conforme interpretação extensiva do menciona-

39 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. Atlas. São Paulo, 2006. p. 44. "Apesar de reconhecerem a possibilidade de reparação da chance perdida, desde que séria e real, encontram dificuldade em harmonizar os conceitos. Em alguns julgados, a perda da chance é considerada uma modalidade de dano moral; em outras oportunidades é inserida no conceito de lucro cessante e poucas vezes é tratada como modalidade de dano emergente".

do § 3º. Assim, em se verificando que houve omissão da sentença em relação a uma das condutas danosas imputada ao réu, cabe ao tribunal apreciar tal questão, a fim de suprir a omissão da decisão. – A obrigação do advogado é de meio, pelo que lhe incumbe, no exercício do mandato judicial, cumprir as condutas a que se comprometeu, sem, contudo, vincular-se à concretização do resultado perseguido pelo mandante. – A perda de prazo para recorrer, quando restar demonstrado que a parte representada manifestou inconformismo contra a decisão, constitui erro crasso do advogado, que se omitiu quanto às precauções necessárias ao exercício do seu mandato. Por tal razão, deve-se responsabilizá-lo pelos danos ocasionados à parte representada, em decorrência da perda da chance de recorrer. – Em se tratando de indenização por danos morais, a incidência da correção monetária e dos juros moratórios inicia-se da data da prolação da sentença, uma vez que, a partir daí, o valor da condenação torna-se líquido⁴⁰.

No caso concreto analisado pelo tribunal mineiro, um advogado interpôs o recurso de apelação de sua cliente fora do prazo legal, privando-a da possibilidade de reforma da sentença proferida na ação reivindicatória ajuizada contra ela. O órgão julgador mineiro considerou, acertadamente, que a conduta negligente do advogado acarretou a sua cliente um dano extrapatrimonial, qual seja a perda de uma chance de revisão da matéria fática e jurídica no segundo grau de jurisdição.

Um bom exemplo da correta aferição da chance perdida é o acórdão da Apelação Cível nº 368475/RJ, julgada pela 5ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em 26/04/2006, que possui a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO PAGO E NÃO CADASTRADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. 1. Hipótese na qual o autor adquiriu título de capitalização, que foi pago em 08/05/2002. Entretanto, não recebeu o título e, ao consultar a central de atendimento da Federal Capitalização S/A,

40 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.02.873486-1/001**. 13ª Câmara Cível. Relator: Des. Elpidio Donizetti. Julgado em: 23/03/2006. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/bancjuris1.asp?pagina=1&idarea=24&idmodelo=9076>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

segunda ré, verificou que não havia título em seu nome e CPF. Assim, resta caracterizada a falha no serviço. 2. É caso de inadimplemento contratual, e responsabilidade das rés pela inexecução do ajuste. A abrangência do artigo 403 do CC não autoriza a reparação do dano remoto, o que ocorreria se levado em conta o valor do prêmio que poderia ser obtido. A chamada teoria da perda de uma chance, em caso como o dos autos, deve ser equacionada dentro da reparação do dano moral, e sua carga lateral punitiva. 3. Admitido que a ré pudesse sair livre da situação, apenas devolvendo o valor aplicado, seria ofensa à dignidade de todos os consumidores que, como o autor, fazem a sua fé na sorte. Dano moral em grau mínimo, apenas para evitar a repetição de condutas, e ora fixado com parcimônia, à luz de precedentes idênticos, inclusive desta própria Turma. 4. Sentença reformada. Apelação do autor provida em parte. Apelação da CEF desprovida⁴¹.

Conforme se extrai da leitura da ementa, o autor da ação em tela adquiriu título de capitalização no montante de R\$ 300,00 (trezentos reais) e o pagou em 08/05/2002. Contudo, a Federal Capitalização falhou na prestação do serviço, pois não realizou o cadastro do título no nome e CPF do adquirente, retirando do autor a possibilidade de obter ganhos nos sorteios do título de capitalização.

O Juiz Federal Guilherme Couto de Castro, convocado em substituição à desembargadora relatora, considerou que a perda de tal chance deve ser indenizada como dano moral, quantificando-o de forma acertada.

Considerações finais

A teoria da perda de uma chance tem sido objeto de estudo por parte de doutrinadores franceses, italianos, americanos e inclusive brasileiros. Aspectos relacionados à natureza jurídica, forma de reparação e quanti-

41 BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Apelação Cível nº 368475 RJ 2003.51.10.001761-6**. 5ª Turma Especializada. Relatora: Des. Federal Vera Lúcia Lima, julgado em 26/04/2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/909579/apelacao-civel-ac-368475-rj-20035110001761-6-trf2>>. Acesso em: 25 ago. 2009.



ficação da chance perdida são analisados por diversos doutrinadores ao redor do globo a fim de estabelecer uma aplicação adequada da teoria à solução de demandas concernentes à responsabilidade civil.

A fixação da natureza jurídica da chance perdida, tarefa de difícil execução, é de fundamental importância para a compreensão da sua indenizabilidade. Verificou-se que a depender da corrente doutrinária adotada, a chance perdida pode ser considerada uma nova espécie de dano ressarcível (noção do alargamento da figura do dano indenizável) ou uma causa parcial que concorre para um dano final, por sua vez, parcialmente indenizável (noção do nexo de causalidade expandido).

Analisando-se detidamente os fundamentos de cada corrente doutrinária, através do estudo das obras de seus principais defensores, dentre eles Jacques Boré, John Makdisi, Nancy Levit e Joseph King Jr. percebeu-se que o posicionamento mais consentâneo à realidade jurídica brasileira, em matéria de responsabilidade civil, é o que defende ser a chance perdida uma decorrência do alargamento da noção de dano ressarcível, possível graças, dentre outros fatores, à erosão dos tradicionais filtros de reparação (culpa e nexo causal), os quais deixaram de ser considerados obstáculos reais à reparação de danos.

Constatou-se, ainda, que, ao adotar o posicionamento de que a chance perdida corresponde a um dano autônomo e indenizável, seria imprescindível definir a espécie do dano, ou seja, estabelecer se a chance perdida é um dano patrimonial ou moral.

À luz do princípio da dignidade humana, fundamental para a formação de um conceito específico de danos extrapatrimoniais, verificou-se que a chance perdida, desde que séria e real, corresponde a um dano moral, ou seja, uma lesão à dignidade humana, em um de seus principais substratos, qual seja: a liberdade.

Nos casos da perda de uma chance de participar de um sorteio ou de ascensão a um cargo de nível superior, dentre outros, a perda da oportunidade, causada pela conduta do agente, acarreta uma ofensa ao direito à liberdade, à livre escolha da vítima.

Considerando que a chance perdida, desde que séria e real, é passível de ressarcimento, haja vista ser considerada um dano extrapatrimonial, vislumbrou-se que, a fim de estabelecer uma quantificação equitativa da chance perdida e garantir-se uma indenização justa, o magistrado deveria utilizar como critérios de reparação a gravidade do dano e as condições pessoais da vítima, além da existência e grau da álea.

Por fim, é válido ressaltar que a teoria da perda de uma chance não deve ser aplicada no ordenamento pátrio da mesma forma que nos ordenamentos estrangeiros, sem antes se realizar um exame crítico de seus fundamentos e compreendê-los à luz dos padrões brasileiros alusivos à responsabilidade civil.

Nesta tarefa, o papel da doutrina brasileira é muito importante, pois ela é um dos principais agentes construtores de um direito afinado aos princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade humana e apto a proteger os interesses mercedores de tutela jurídica.

Legal nature of a lost chance at the perspective of the principle of human dignity

Abstract

This paper examines the theory of loss of a chance against the principle of human dignity. The civil modernity, influenced by the movement of repersonalization of private law, which defends the primacy of the individual as the foundation for civil affairs to the detriment of shareholders, analyze the figure of the damage on the optical sheet of the human person, given a clause general

to be completed by interests worthy of legal protection, among them the figure of the loss of a chance. The loss of the opportunity to gain an advantage or avoid a loss is interpreted as a violation of the right to freedom, substrate material of the principle of that principle.

Key words: Liability. Damages. Principle of human dignity. Loss of a chance.



Referências

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una “chance” e certezza del danno. **Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, a. XXX, n. 1, marzo 1976.

BORÉ, Jacques. L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. **Juris – Classeur Périodique: Generale**, 48 Année, n. 13, 27 mars 1974.

_____. **Vade mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSNELLI, Francesco Donato. **Perdita di una chance e risarcimento del danno**. In *Il Foro Italiano*, v. LXXXVIII, parte quarta. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1965.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Dissertação de mestrado**. PUC/RS, 2008.

CAPPELARI, Récio. **A Repersonalização do Direito Privado: uma nova perspectiva para os danos à pessoa humana. Dissertação de Mestrado**. Universidade do Vale do Rio Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

CRUZ, Gisela Sampaio. **O problema do nexo de causalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

D'APOLLO, Luca. **Perdita di chance: danno risarcibile, onus probandi e criteri di liquidazione**. *Altalex*, Itália, 26 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=39075#inizio>>. Acesso em: 26 jun.2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, dez./jan. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.III.

ITALY. **Codice civile italiano**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 23 set. 2009.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edição 70, 1988.

KING JR, Joseph. **Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine**. *Memphis Law Review*, 1998, p. 20. Disponível em: <<http://findarticles.com>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

LEVIT, Nancy. **Ethereal torts**. *The George Washington Law Review*, 1992, p.155. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

LUDWIG, Marcos de Campos. O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fun-**

damentais constitucionais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAKDISI, John. **Proportional liability**: a comprehensive rule to apportion tort damages based on probability, *North Carolina Law Review*, 1988. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A constitucionalização do direito civil e os seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. v. 09, n. 29, jul/dez 2006. Disponível em: <http://publice.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf> Acesso em: 04 ago. 2009.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. de 1993.

NATION MASTER. **Encyclopedia**. Disponível em: <<http://www.nationmaster.com/encyclopedia/Loss-of-chance-in-English-law>>. Acesso em: 28 jun. 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIZARRO, Daniel Ramón. **Daño moral**. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

ROSA, Antonio de. **Il danno da perdita di chance**. Studio Giuridico: Itália. Disponível em: <<http://studiogiuridico.it/tesi/chancebreve.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA, ano 2, v. 6. p. 3-19, jun. 2001.

Referência deste artigo

AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo. A natureza jurídica da chance perdida à luz do princípio da dignidade humana. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 289-316, jan./jun. 2010.

* Artigo recebido em: 23 mar. 2010. Aprovado em: 20 mai. 2010.

Mandado de Segurança: evolução no ordenamento jurídico brasileiro, aspectos relevantes e a visibilidade da autoridade coatora

Luciene Gomes de Lima

Advogada. Pós-Graduada em Direito Público pela
Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.
Servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Resumo

O artigo visa tratar da evolução do Mandado de Segurança no Ordenamento Jurídico Pátrio, sua ascensão como um poderoso instrumento de efetivação da tutela jurisdicional, que tem no Poder Judiciário o mais importante aliado na facilitação do acesso à justiça pelo jurisdicionado e da concretização do direito fundamental à celeridade do processo. Procura-se discutir, ainda, os aspectos mais relevantes desse writ, bem como a visibilidade da autoridade coatora e as dificuldades na indicação correta dessa autoridade,

quando se estiver diante de muitas possibilidades. Foi trazido à baila o problema da indicação equivocada e apresentados sugestões para o não indeferimento preliminar da inicial, no intuito de preservar o referido instituto como um dos remédios constitucionais mais eficientes de todos os tempos no combate à ilegalidade e ao abuso de poder.

Palavras-chaves: Mandado de Segurança. Instrumento de Garantias. Autoridade Coatora. Efetiva Tutela Jurisdicional.

Introdução

Estudando o instituto do mandado de segurança, constata-se que ele é considerado um dos remédios constitucionais mais eficientes da atualidade, representando um poderoso instrumento de garantias dos direitos fundamentais contra atos abusivos e ilegais de certas autoridades e que, se adequadamente manejado, se caracteriza numa eficiente arma de pacificação social, de efetivação da prestação jurisdicional e, principalmente, de acesso à Justiça.

Percebe-se que um dos grandes obstáculos enfrentados pelos jurisdicionados ao baterem às portas do Judiciário, através da impetração do mandado de segurança, se apresenta no momento da identificação correta da autoridade coatora quando se está diante de muitas possibilidades, especialmente porque, na prática, tem sido comum os magistrados indeferirem de plano o manejo desse *writ* ao perceberem a indicação equivocada dessa autoridade.

A rejeição liminar da inicial provoca frustrações e descrédito no Poder Judiciário, pois o jurisdicionado não possui, em regra, conhecimento técnico-jurídico das normas processuais, apenas o que lhe interessa é uma resposta meritória da Justiça. Pensando nisso, ou seja, numa Justiça, realmente, efetiva e num processo como um instrumento social dessa efetivação, propõem-se algumas sugestões para solucionar o problema da indicação equivocada da autoridade coatora, sem ter que indeferir de plano a exordial, fulminando o processo, sem resolução do mérito, ainda, no seu nascedouro.

Salienta-se que não se pretende esgotar a matéria, pois seria impossível tal façanha, especialmente, diante das inovações, diárias, normativas e jurisprudenciais. O que se pretende aqui é participar da discussão sobre esse remédio constitucional, considerado pela doutrina, atualmente, como um dos mais eficientes de todos os tempos no combate à ilegalidade e ao abuso de poder.



Acredita-se que a intensificação nos estudos desse tema servirá para que se garantam tanto direitos fundamentais, por exemplo, a celeridade processual, quanto um aprimoramento nas soluções dos conflitos.

1 Evolução histórica do Mandado de Segurança

1.1 Origem do Mandado de Segurança e sua base legal

Predomina entre os estudiosos da temática o entendimento de que as principais fontes de inspiração do mandado de segurança foram o *habeas corpus*, os interditos possessórios e a ação anulatória de atos administrativos (Lei nº 221 de 1894). De forma secundária, institutos congêneres do Direito Anglo-Americano (*mandamus, quo warrant*) e de outros Direitos Internacionais, também, contribuíram para o surgimento do *writ*. Já nas Ordenações Afonsinas, houve a apelação extrajudicial muito parecida com o atual mandado de segurança.¹

Em literatura, o mais remoto escrito que deu origem ao mandado de segurança de que se tem notícia é de autoria de Alberto Torres, em sua obra *A Organização Nacional*, de 1914, que tratava da necessidade de um mandado de garantia, para proteger interesses violados pelo Poder Público. Porém, a expressão “mandado de segurança” foi criada pelo doutrinador João Mangabeira e utilizada pela primeira vez no *Diário Oficial da União*, de 4-2-1933, à p. 2246, alusiva à sessão de 27 de janeiro precedente, da Comissão do Anteprojeto Constitucional.²

Apesar da influência de institutos externos na criação do mandado de segurança, os autores concordam que esse remédio constitucional representa uma criação dos legisladores brasileiros, a fim de se remover obstáculos ao exercício de direitos subjetivos, por ilegalidade ou abuso de poder, quando atendidos os requisitos da certeza e liquidez, com-

1 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2008. p.579.

2 Idem, p.579.

provados pelas provas previamente constituídas e desde que não seja cabível *habeas corpus* ou *habeas data*.

Leciona Cassio Scarpinella Bueno:

As raízes históricas do mandado de segurança evidenciam a preocupação com a necessidade de ser desenvolvido um mecanismo de tutela jurisdicional eficaz do cidadão contra arbitrariedades dos exercentes de função pública. Por tutela jurisdicional eficaz deve-se entender a tutela jurisdicional apta para assegurar àquele que se afirma lesionado ou ameaçado em seu direito a conservação *in natura* desse mesmo direito, isto é, a possibilidade de sua fruição integral e plena, afastado ou evitado o ato ou fato que motiva seu ingresso no Poder Judiciário.³

Muitos, ao tratarem da previsão constitucional do mandado de segurança, defendem que esse instrumento de efetivação de interesses fundamentais teve origem na Constituição de 1934⁴, cujo objetivo era defender direito certo e incontestável⁵. Daí em diante, foi previsto em todas as demais Cartas Constitucionais, ressalvada a de 1937, que se caracterizou por ser ditatorial e limitadora das garantias das liberdades públicas.⁶

O Mandado de Segurança teve seu procedimento, originariamente, regulamentado pela Lei nº 191 de 16 de janeiro de 1936, posteriormente, foi previsto no Código de Processo Civil de 1939 e, em 31 de dezembro de 1951, foi aprovada a Lei nº 1.533, que passou a regulamentar a matéria, prevalecendo em vigor até o início do mês de agosto do ano de 2009, quando foi publicada a nova Lei do Mandado de Segurança de nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, a qual revogou expressamente todas as demais que tratavam do assunto.

3 BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009, PP. 8-9.

4 BULOS, op. cit., p.579.

5 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.444.

6 CUNHA, Leonardo José Caneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2007. p.359.



1.2 Espécies de Mandado de Segurança

A Carta Cidadã prevê, em seu art. 5º, duas espécies de mandado de segurança. O individual, no inciso LXIX, e o coletivo, no inciso LXX. O primeiro foi contemplado a partir da Carta Constitucional de 1934 e, ressalvada a de 1937, esteve presente em todas as demais, até a vigente *Lex Mater*. Já o segundo se constitui em uma inovação do legislador constituinte de 1988, que voltado para a defesa dos interesses de massa procurou estender a proteção aos direitos transindividuais.

Apesar de o Mandado de Segurança Coletivo ter sido previsto apenas na Constituição Federal de 1988, a doutrina afirma que o *mandamus* individual já possuía, originariamente, um perfil voltado à defesa de interesses coletivos, exigindo apenas do impetrante a legitimidade coletiva.

Esse argumento se comprova usando como exemplo a Lei 4.215 de 1963, revogada pela Lei 8.906 de 1994 que, bem antes da Constituição de 1988, autorizava a Ordem dos Advogados do Brasil a defender em juízo ou fora dele os interesses gerais dos advogados e os interesses individuais relativos ao exercício da profissão.⁷

Para se manejar o mandado de segurança, tanto a Constituição Federal quanto a Lei 12.016/09 exigem que o direito seja líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Pois, se couber qualquer dessas ações, não será possível a utilização do *mandamus* que possui natureza residual.

Tratando direito líquido e certo, ensina Hely Lopes Meirelles:

Quando a lei alude à direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é o direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Eviden-

7 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p.225.

temente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC/16, art. 1533). É um conceito impróprio e mal-expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.⁸

Em relação ao mandado de segurança coletivo, grande parte da doutrina⁹ afirma que ele possui os mesmos requisitos do individual, isto é, exige violação ou ameaça de violação a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*¹⁰, por ato abusivo ou ilegal de autoridade pública ou privada no exercício de função pública.¹¹

Todavia, há autores que divergem desse entendimento e afirmam que não poderia ser exigido, no mandado de segurança coletivo, direito líquido e certo, quando os entes coletivos o utilizarem na defesa de interesse coletivo dos seus membros, já que o inciso LXX, alíneas “a” e “b”, não fez tal exigência, ao contrário, a alínea “b”, apenas enuncia que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado pelos legitimados na defesa dos interesses dos seus membros ou associados e, nesse caso, somente, quando utilizado na defesa de direito subjetivo individual é que se exigiria a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo.¹²

Cabe salientar que essas divergências doutrinárias, em princípio, parecem ter perdido a razão de ser com a aprovação da recente Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo, haja vista no artigo 21, *caput*, haver previsão expressa no sentido de se exigir do partido político a defesa dos interesses dos seus integrantes ou defesa da finalidade partidária e, para os demais legitimados, a defesa dos direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte dos membros ou associados.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.37.

9 *Idem*, p.38.

10 BULOS, op. cit., p. 591.

11 AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 211.

12 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.459.

O objetivo do legislador constituinte originário, ao criar o mandado de segurança coletivo, parece ter sido ampliar o acesso à justiça, atendendo às demandas de massa e permitindo que um número maior de pessoas possa submeter à apreciação judicial conflitos de interesses nos quais sejam interessadas. Visou-se também, estender os efeitos da decisão concessiva de segurança para além das partes, alcançando todos os membros de uma organização sindical, entidade de classe ou associação.¹³ Esse entendimento foi recepcionado pelo art. 22 da nova Lei do Mandado de Segurança.

Antes da promulgação da Lei nº 12.016/2009, a doutrina entendia que o mandado de segurança coletivo não se limitava a resguardar direitos propriamente coletivos, ou coletivos em sentido estrito. O seu alcance seria bem mais abrangente, isto é, englobava os direitos transindividuais ou metaindividuais que se classificam em coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Na lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à justiça seja substituído por um processo coletivo, que não apenas deve ser apto a evitar decisões contraditórias como ainda deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido de uma só vez, em proveito de todo o grupo lesado.¹⁴

Entretanto, alguns doutrinadores não aceitavam a hipótese de interesses difusos serem defendidos pelo *mandamus* coletivo, alegavam que sua celeridade seria incompatível com esses direitos que, segundo eles, são amorfos, mutáveis e ainda exigem ampla dilação probatória.¹⁵

13 AGRA, op. cit., p. 210.

14 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.48.

15 BULOS, op. cit., p.592.

Em harmonia com essa doutrina, o Legislador deixou de fora, na nova Lei do Mandado de Segurança, a defesa de direitos difusos através da segurança coletiva, pois previu, expressamente, no parágrafo único, incisos I e II, do art. 21, a defesa dos direitos coletivos e dos direitos individuais homogêneos, nada mencionando em relação aos direitos difusos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou o entendimento de que o objeto do *mandamus* coletivo deve ser um direito dos associados, mesmo que não tenha relação com os fins da entidade, bastando que faça parte das atividades desempenhadas pelos associados ou por apenas parte deles; nesse sentido, editou a súmula 630.¹⁶

Com a promulgação do novel diploma legal, que exige a pertinência com as finalidades da entidade, se faz necessário aguardar o posicionamento da Corte Suprema diante da nova previsão legal. Mas, pelo menos, a possibilidade de defesa de todos os membros ou associados ou de apenas parte deles foi literalmente aceita no texto da atual Lei do Mandado de Segurança.

A Corte Máxima de Justiça, através do seu Pleno, ainda exige, para que se pleiteie segurança coletiva, a comprovação da pertinência temática entre os direitos subjetivos que os integrantes da categoria, associados e os membros dos sindicatos alegam ter e os objetivos das instituições que os representam; uma vez evidenciada a pertinência temática, estará dispensada a autorização específica de cada associado, sendo suficiente mera previsão genérica nos estatutos. Esse entendimento transformou-se no enunciado de súmula 629¹⁷ e foi nitidamente adotado pela nova Lei do Mandado de Segurança, no caput do art. 21, acima mencionado.

Prevaleceu no STF e na doutrina, durante algum tempo, o entendimento de que, possuindo o partido político representação no Con-

16 SÚMULA 630 do STF: "A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria."

17 SÚMULA 629 do STF: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes."



gresso Nacional, isto é, pelo menos um representante na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, poderia propor a segurança coletiva, mas, apenas em favor de seus filiados. Ocorre que o Pretório Excelso, nos últimos anos, vem mudando esse entendimento e, majoritariamente, passou a defender que a legitimidade dos partidos políticos deve ser considerada amplamente.¹⁸

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), prevaleceu o entendimento de que os partidos políticos possuem legitimidade para defesa coletiva através de mandado de segurança, desde que seja em prol dos seus filiados¹⁹, exigindo-se, ainda mais, a pertinência entre o interesse defendido e os fins do partido político; reitera-se que essa interpretação não prevalece na Corte Suprema e nem para alguns dos Ministros da própria Corte Superior de Justiça.

Segundo o Ministro Teori Albino Zavascki:

É de se reconhecer, todavia, que, pelo menos no que diz respeito aos partidos políticos (CF, art. 5º, LXX, a), o texto constitucional não estabelece limites quanto à natureza dos direitos tuteláveis por conta da legitimação que lhes foi conferida. Assim, numa interpretação compreensiva e abrangente, não se podem considerar excluídos dessa tutela os direitos transindividuais, desde que, obviamente, se trate de direitos líquidos e certos e que estejam presentes os pressupostos de legitimação, adiante referidos, nomeadamente o que diz respeito ao indispensável elo de pertinência entre o direito tutelado e os fins institucionais do partido político impetrante. É de se considerar adequado, sob esse aspecto, que um partido político cuja bandeira seja a proteção do meio ambiente natural, impetre mandado de segurança contra ato de autoridade lesivo ao equilíbrio ecológico. Tem-se aí, sem dúvida, hipótese de mandado de segurança para tutelar direito de natureza transindividual, sem titular certo, pertencente a todos, como assegura o art. 225 da CF²⁰

18 BULOS, op. cit., p.594-595.

19 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, pp 227-228.

20 Idem, p. 226.

Com a publicação da Lei 12016/09, que regulamentou toda a matéria do mandado de segurança coletivo e individual, inclusive revogando expressamente várias leis que tratavam do assunto, é de se aguardarem os novos posicionamentos do STF, no tocante à legitimidade dos partidos políticos e à exigência de que a defesa, através de mandado de segurança coletivo, se refira aos interesses legítimos de seus integrantes ou à finalidade partidária, conforme previsão do art. 21, *caput*.

A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se harmonizam no entendimento de que a exigência constitucional, de que a entidade esteja constituída há pelo menos um ano, para propositura do *mandamus* coletivo, não se aplica aos sindicatos²¹ e às entidades de classes, apenas deve ser observada, pelos magistrados, em relação às associações, a fim de se evitar que reuniões esporádicas, casuisticamente, beneficiem particulares sem vínculos com a segurança coletiva.²² Ao que parece, esse entendimento há de prevalecer, uma vez que a nova Lei do Mandado de Segurança não inovou nesse aspecto.

1.3 Mandado de Segurança como instrumento de defesa das liberdades públicas

Os direitos fundamentais começam a ser estruturados, de forma discreta, na antiguidade através da defesa dos princípios da liberdade e da igualdade. A partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215, na Idade Média, o poder foi limitado com a consagração de alguns desses direitos. Na era moderna a restrição ao poder Estatal passou, definitivamente, a fazer parte do discurso dos filósofos.

Montesquieu defendia a separação dos poderes como uma maneira de se respeitar a vida, a liberdade e a propriedade. Jean Jacques Rousseau não admitia que o Estado pudesse dispor da vida e morte dos seus cidadãos, se eles mesmos não tinham esse direito de disposição. Immanuel

21 ZAVASCKI, op. cit., p. 231.

22 BULOS, op. cit., p. 597.



Kant ampliou o sentido dos direitos fundamentais, transpondo-os para além dos limites territoriais de seu país, uma vez que defendia uma cidadania mundial; o fato é que mesmo com discursos diferentes o objetivo era um só, garantir as liberdades públicas ao povo.²³

Contemporaneamente, muitas Constituições priorizaram as liberdades públicas. Especialmente, após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, foi possível aumentar o número de ordenamentos jurídicos que estabeleceram internamente os direitos mínimos e essenciais à dignidade da pessoa humana.

Os chamados direitos fundamentais ou liberdades públicas, cujas expressões aqui estão sendo tratadas como sinônimas, são divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões, apesar de já haver autor defendendo uma quarta²⁴. A primeira dimensão engloba os direitos de liberdade do indivíduo; a segunda tem a ver com os direitos sociais e econômicos; já a terceira geração cuida dos direitos de solidariedade e fraternidade.

Para todo o direito materialmente previsto, há sempre uma garantia, isto é, um instrumento que viabiliza a concretização do direito. Esse instrumento é ação por meio da qual se efetiva o direito substancial. O mandado de segurança se configura em garantia a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão, por abuso de poder ou ilegalidade praticada por autoridade pública ou privada que atue no exercício de função pública.

Muito se debateu sobre o que seria direito líquido e certo para fins de mandado de segurança; Hely Lopes Meirelles apresentou o seguinte conceito:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável

23 GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003, pp.33-40.

24 Idem, p. 69

por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.²⁵

Todavia, as discussões evoluíram e a doutrina passou a entender que o direito líquido e certo para fins de mandado de segurança, além de ser aquele comprovado por prova pré-constituída, ou seja, acostada já com a inicial, se caracteriza também por ser uma condição da ação, uma condição específica de impetração do *mandamus* que se relaciona ao interesse de agir.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno:

Direito líquido e certo, pois, é condição da ação e não corresponde à existência da ilegalidade ou do abuso de poder, mas, apenas e tão-somente, a uma especial forma de demonstração desses vícios que rendem ensejo ao ajuizamento do mandado de segurança. Corresponde, pois, à adequação que faz parte do interesse de agir na escolha deste *writ* como a ação própria para os fins descritos na petição inicial. Trata-se, friso, de condição da ação do mandado de segurança, instituto de caráter nitidamente processual. À sua falta, segue decisão de carência da ação, facultada a repropositura da mesma ação (do mesmo mandado de segurança), desde que superados os óbices que levaram à sua extinção ou que a mesma pretensão (o mesmo conflito de interesses) seja levada ao Estado-juiz por outro veículo processual, quando a hipótese reclamar dilação probatória, o que, saliento, é expressamente reconhecido pelo art. 16 da Lei n. 1.533/51.²⁶

Destaque-se, a exigência é de que o fato seja certo e incontroverso, podendo o direito ser controvertido, conforme previsão expressa da súmula 625 do STF: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede

25 MEIRELLES, op. cit., p.36-37.

26 BUENO, op. cit., p. 17-18.

concessão de mandado de segurança.” Pois a cognição que se faz no *writ* se dá de forma plena e exauriente *secundum eventum probationis*, isto é, depende, apenas, das provas que acompanham a peça vestibular; se estas não forem suficientes e houver necessidade de dilação probatória, não será o caso de se aplicar esse remédio jurídico por faltarem necessidade, utilidade e adequação.²⁷

O julgador pode concluir que apesar da existência aparente do direito líquido e certo na inicial, esse direito, no final, não se consolida, já que os fatos não foram apresentados na sua plenitude, o que foi verificado com o surgimento da controvérsia factual; na sentença, ele resolve o mérito, mas nega a segurança.²⁸

Como instrumento de tutela das liberdades públicas, o mandado de segurança pode ser utilizado de forma individual ou coletiva, dependendo do interesse que se pretende defender. Se o interesse for pessoal caberá o *writ* individual, porém se o interesse disser respeito a um grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base, o instrumento adequado será o coletivo.

Enfatiza o Mestre Luiz Guilherme Marinone:

Além disso, as ações coletivas são muito importantes para a participação do povo – ainda que através das associações – no poder, já que o dinamismo contido na participação política necessita de instrumentos – como as ações coletivas – para poder frutificar.²⁹

Parece que o mandado de segurança foi a opção que o legislador constituinte criou para controlar e rever a legalidade dos atos administrativos, através de um sistema que garanta o máximo possível de efetividade aos direitos, especialmente, os fundamentais.

27 CUNHA, Leonardo José Caneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2007. p.361-363.

28 FIGUEIREDO. Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 20-22.

29 MARINONI. Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 87.

Nas palavras de Scarpinella Bueno:

Essa opção, claramente feita no texto constitucional, como de resto, em toda a gênese e o desenvolvimento do instituto, é inafastável para o intérprete e deve acompanhá-lo em cada dúvida, em cada indagação, em cada questão interpretativa que lhe seja posta para solução. Mas não é só. A exemplo de todos os direitos e garantias definidos na Constituição, prescinde o mandado de segurança de qualquer disciplina infraconstitucional para seu funcionamento e aplicação concretos, nos exatos termos do § 1º, do art. 5º da Constituição Federal. Evidentemente que lei alguma (anterior ou posterior à constituição de 1988) pode querer burlar a grandeza constitucional do instituto porque, rigorosamente e consoante expressa vontade do texto constitucional, qualquer lei que queira disciplinar o mandado de segurança é despicienda. Nenhuma interpretação de texto legal pode, portanto, querer frustrar ou criar embaraços para o pleno desenvolvimento do mandado de segurança e para o atingimento de sua missão constitucional.³⁰

A doutrina esclarece que mesmo por ocasião da emenda à Constituição de 1891, no ano de 1926, em que se restringiu o cabimento do *habeas corpus*, remédio garantidor do direito de ir e vir, o que se considera, atualmente, como sendo o mandado de segurança, continuou sendo utilizado como meio eficaz de garantir e proteger os direitos fundamentais em relação ao Estado.³¹

1.4 O Ministério Público no Mandado de Segurança

A Lei do Mandado de Segurança nº 1533/51, revogada pela Lei 12016/09, previa no art. 10 que o Ministério Público seria ouvido, no prazo de cinco dias, após a apresentação das informações pela autoridade coatora. Todavia, o entendimento que vinha se firmando na doutrina e jurisprudência era o de que onde se dizia será ouvido, deveria ser en-

30 BUENO, op. cit., p. 5-6.

31 BUENO, op. cit., p. 6.



tendido como seria intimado, não se exigindo com isso, necessariamente, que o Ministério Público efetivamente se pronunciasse, mas, apenas, que fosse intimado.

A nova lei do Mandado de Segurança acatou esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial, ao prever que após encerrado o prazo das informações da autoridade coatora, o Ministério Público, agora em um prazo maior e improrrogável de 10 dias, poderá opinar, mas se não o fizer o juiz decidirá com ou sem o parecer do *Parquet*, necessariamente, em 30 dias, conforme art. 12, parágrafo único, da Lei nº 12.016/2009.

A partir da vedação constitucional prevista no art.129, IX, da atual Constituição, alguns autores passaram a defender que o Ministério Público não deveria mais atuar em mandado de segurança, nem mesmo como fiscal da lei, já que, em regra, o direito discutido é individual e disponível.

Contudo, essa posição não prevalece, ao contrário, a maioria dos que escrevem sobre a matéria tem defendido que não cabe ao membro do Ministério Público decidir se atua ou não, pois o atuar se constitui em dever funcional.³²

Ensina Scarpinella Bueno:

É possível repensar a atuação do Ministério Público em sede de mandado de segurança? Sem dúvida que sim, e a ampla discussão que o tema vem ganhando na doutrina e na jurisprudência não deixa dúvida, é prova segura disso, mas, para tanto mister a alteração do texto da lei e não a sua desconsideração, porque a atuação desse órgão como custos legis não esbarra em nenhuma das novas diretrizes que aquela instituição dá a Constituição de 1988. O art. 10 da Lei n. 1.533/51, diferentemente do art.82, III, do Código de Processo Civil, não permite ao membro do Ministério Público questionar a pertinência ou não de sua intervenção. Ela é, porque de mandado de segurança se trata, obrigatória para ele.³³

32 *Idem*, p.133.

33 *Idem*, p.133.

Tratando-se de mandado de segurança, se defende a intervenção ministerial, haja vista se evidenciar o interesse público pela natureza pública da lide prevista no art.82, III, do Código de Processo Civil ou, no mínimo, equiparável aos conflitos de interesses de direito público, pois há sempre a alegação de um direito de um particular contra um ato do Poder Público³⁴ que pode ser configurado, inclusive, como ato de improbidade administrativa passível de repressão, nos termos do art. 22, da Lei 8.429/92.

De toda sorte, a necessidade de manifestação do órgão ministerial no *mandamus* se apresenta bastante polêmica nos julgamentos dos Tribunais Superiores do país. No STJ há decisões exigindo a efetiva manifestação do Ministério Público, independentemente do transcurso do prazo, sob pena de nulidade absoluta. Mas, há também decisões mais recentes, exigindo apenas a devida intimação com a concessão do prazo legal para a manifestação, ultrapassado o prazo, e não oferecido o parecer, o julgador deve decidir sem ele.³⁵

Em relação à atuação do Ministério Público no mandado de segurança, o STJ, conforme já alegado anteriormente, tem inovado em seus julgamentos em relação à efetiva manifestação ministerial, exigindo apenas que o órgão seja devidamente intimado, deixando que o *Parquet* decida se há interesse na atuação.³⁶

34 Idem, p.7.

35 RMS 20498 / MG RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0133392-3 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 – QUINTA TURMA Data do Julgamento 25/09/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 15/10/2007 p. 296 Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ART.10 DA LEI Nº 1.533/51. INTIMAÇÃO. PARTICIPAÇÃO. OCORRÊNCIA.NULIDADE. PREJUÍZO INOCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS ENTRE 8/4/1998 E 4/9/2001. QUINTOS. DÉCIMOS.INCORPORAÇÃO. POSSIBILIDADE. I – A orientação jurisprudencial desta e. Corte Superior firmou-se no sentido de que a participação do Ministério Público nas ações de mandado de segurança é obrigatória (artigo 10 da Lei nº 1.533/51). II – Entendimento jurisprudencial mais recente informa que, mesmo nessas hipóteses, há de ser sopesada, no caso concreto, a existência de efetivo prejuízo, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas. Precedentes do STJ. III – Na hipótese, intimado a se manifestar perante o e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o representante do Ministério Público Federal apresentou parecer no qual afirmou que não havia interesse indisponível a ser tutelado no presente *mandamus*. Nesse contexto, garantida a participação do Ministério Público e ante a inexistência de prejuízo, afasta-se a preliminar de nulidade do v. acórdão recorrido. Preliminares de nulidade pela falta de manifestação efetiva do Ministério Público e de perda de objeto do *mandamus* rejeitadas. Recurso ordinário provido.www.stj.jus.br. Pesquisa realizada no dia 05/08/2009.

36 RMS 20817 / MG, RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0164231-4 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA Data Julgamento 13/05/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 27/05/2008. Ementa: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO MANDADO DE SEGURANÇA

Ainda nesse aspecto, essa Corte Superior de Justiça tem ampliado o entendimento e afirmado que se o Ministério Público não foi intimado no primeiro grau, mas se na segunda instância houve a devida manifestação, em não havendo prejuízo para as partes, a nulidade anterior fica sanada. E que, mesmo na primeira instância, se o *Parquet* só ofereceu parecer após a sentença, mas participou do trâmite do *writ*, se não há comprovação de prejuízos para os litigantes, não há o que se falar em nulidade.

Esse entendimento do STJ³⁷ contraria o defendido pela doutrina e pelo supremo Tribunal Federal, que alegam se tratar de prazo próprio os dez dias para a manifestação do Ministério Público. Pois, para ambos, basta a intimação do órgão ministerial com a consequente concessão do prazo de atuação, para não se ter que falar em nulidade, sendo desnecessária a apresentação de parecer fora do prazo no intuito de sanar o possível vício da ausência de manifestação, porque, simplesmente, não há vício se o *Parquet* foi intimado.³⁸

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, corroborando com esse entendimento, modificou o seu Regimento Interno, estabelecendo no art. 46-A que, nos mandados de seguranças originários, poderão, a critério do relator, ser extraídas cópias dos autos, que permanecerão no gabinete, as quais serão utilizadas para julgamento do feito, nas hipóteses em que, findo o prazo legal para emissão de parecer, não tenham sido devolvidos.

ESCREVENTE JURAMENTADO – CARTÓRIO – EXTRAJUDICIAL-APOSENTADORIA-CÁLCULO-INTIMAÇÃO DO MP – NULIDADE – NÃO-EXISTÊNCIA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – VIA ELEITA INADEQUADA – RESSALVA DA VIA ORDINÁRIA.

1. Em procedimento de mandado de segurança, exige-se a intimação do Ministério Público, que tem a discricionariedade de manifestar-se. Quanto ao mérito da demanda ou afirmar a ausência de seu interesse. Não existe nulidade quando o membro do Ministério Público é intimado e declarar-se pela ausência de interesse. Doutrina e jurisprudência. Inteligência do art. 10 da LMS. www.stj.jus.br. Pesquisa realizada no dia 05/08/2009.

- 37 REsp 345533 / BARECURSO ESPECIAL 2001/0105874-7 Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 27/06/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 01/08/2006 p. 389 Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. MANIFESTAÇÃO POSTERIOR À SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE SANADA.PRECEDENTES. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI ESTADUAL. SUSPENSÃO DE SUA EFICÁCIA. STF. LIMINAR NA ADIN N. 874/BA. PERDA DE OBJETO DO MANDAMUS.

A jurisprudência do STJ firmou o posicionamento de que, se houve participação do Ministério Público no trâmite de mandado de segurança, a manifestação posterior desse órgão – suprindo a falta de pronunciamento antes da sentença de primeiro grau – e a ausência de prejuízo para as partes afastam qualquer arguição de nulidade no processo.

- 38 CUNHA, op. cit., p. 386.

O Procurador Geral de Justiça propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.1936-0, alegando que o art. 46-A, referido, usurpava competência legislativa privativa da União em matéria de processo; entretanto, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido formulado nessa ADIN, alegando que a falta de manifestação do órgão ministerial não gera nulidade, sendo suficiente a sua intimação.³⁹

Considerando que o mandado de segurança visa a reparar ato ilegal e abusivo praticado por autoridade coatora, contra aquele que tem direito líquido e certo a uma prestação jurisdicional efetiva e célere, não parece razoável entender o prazo de manifestação do *Parquet*, como impróprio pois, agindo assim, só se estaria protelando o feito e a entrega do bem jurídico, especialmente, porque esse remédio jurídico representa um direito fundamental, constitucionalmente consagrado, que objetiva proteger liberdades públicas.

Sendo o Ministério Público instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, que tem como um de seus deveres a defesa da ordem jurídica e do regime democrático de direito, não parece razoável que a intervenção desse Órgão venha a causar retardamento na entrega do direito, prejudicando o rito especial do mandado de segurança e desgastando um dos mais eficientes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais que se tem na atualidade.

3 Autoridade coatora no Mandado de Segurança

3.1 Legitimidade passiva – o réu no Mandado de Segurança

A discussão doutrinária se arrasta ao longo dos anos sobre quem seria o sujeito passivo no mandado de segurança. Há autores, a exemplo de Hely Lopes Meirelles, que defendia ser o legitimado passivo desse remédio constitucional a própria autoridade coatora e não a pessoa jurídica

39 CUNHA, op.cit., p. 386-387.



ca a qual ela está vinculada pois, segundo ele, as partes iniciais no mandado de segurança seriam o impetrante (titular do direito), o impetrado (autoridade coatora) e o Ministério Público (parte pública autônoma).⁴⁰

Prossegue o referido autor defendendo que o réu, no mandado de segurança, seria a autoridade coatora e não a pessoa jurídica a que ela se vincula:

A autoridade coatora será sempre parte na causa, e, como tal, deverá prestar e subscrever pessoalmente as informações no prazo de dez dias, atender às requisições do juízo e o determinado com caráter mandamental na liminar ou na sentença. Quanto aos efeitos patrimoniais da decisão final, serão suportados pela Fazenda Pública atingida pelo ato do coator, esteja ou não representada no processo. Por outras palavras, a execução específica ou *in natura* do mandado cabe à autoridade coatora e os efeitos patrimoniais da condenação tocam à entidade a que pertence o coator.⁴¹

Outros estudiosos, como por exemplo, Cassio Scarpinella Bueno, também de renome nacional, defendem não se confundir a autoridade coatora com o réu no mandado de segurança. Para eles, aquela, apenas efetivamente, executou, ordenou ou se omitiu diante da prática de ato ilegal, mas o fato de ela ter competência para o desfazimento do ato que viola ou ameaça de violação direito líquido e certo, não significa que seja a parte legítima passiva no *writ*.⁴²

Defende Scarpinella Bueno:

Não há nada de errado no entendimento de que a autoridade coatora limita-se a representar a pessoa jurídica da qual faz parte em juízo para os fins do art. 12 do Código de Processo Civil. Não se trata, é importante destacar desde logo, de representação judicial, de atuação processual, como se a autoridade coatora, por sê-lo, passasse a deter capacidade postulatória. Mas, diferentemente, de representação proces-

40 MEIRELLES, op. cit., p. 56 e 58.

41 MEIRELLES, op. cit., p. 59.

42 BUENO, op. cit., p. 23.

sual (legitimação processual). Todo agente, em última instância, não faz nada que não agir em nome da pessoa jurídica à qual é vinculado, como, de resto, qualquer pessoa física faz em relação a qualquer pessoa jurídica, mesmo no campo do direito privado.⁴³

Outra maneira de se evidenciar que a autoridade coatora não se configura como legitimada passiva no mandado de segurança se dá pelo fato de que, em direito processual civil, a parte demandada pode até omitir informações essenciais ao desfecho do processo, enquanto no *mandamus* a autoridade coatora possui o dever de verdade, informando ao magistrado os fatos de forma como de fato eles ocorreram.⁴⁴

Conforme se percebe, duas correntes doutrinárias se firmaram sobre a legitimidade passiva no mandado de segurança, a primeira defende que a própria autoridade coatora se constitui em parte legítima passiva e se fundamenta no dispositivo legal que atribui a ela o dever de prestar as informações, no prazo de 10 (dez) dias, subscrevendo-as.

A segunda corrente entende que a pessoa jurídica a que está vinculada a autoridade coatora se constitui na legitimada passiva para figurar na ação mandamental, tendo em vista ser ela quem irá suportar o ônus financeiro da ação, inclusive argumenta, ainda, que a coisa julgada que se formará no mandado de segurança alcançará a pessoa jurídica e não a autoridade coatora.⁴⁵

Numa análise perfunctória, a recente Lei do Mandado de Segurança de nº 12.016/09 parece ter adotado essa segunda posição, ao prever, no art. 7º, inciso II, a ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para, querendo, ingresse no feito, ao determinar, no art. 9º, que a autoridade coatora remeta ao órgão de representação judicial da entidade a que ela está vinculada a notificação da liminar e, ao estender à autoridade coatora o direito de recorrer, no art. 14, § 2º e no art. 15, *caput*, prescreva que a pessoa jurídica de direito

43 Idem, p. 25.

44 FIGUEIREDO. Lúcia Valle. Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros, 2009. p.55.

45 CUNHA, op. cit., p. 372.



público pode requerer pedido de suspensão da segurança concedida em medida liminar ou em sentença.

3.2 Possibilidade de litisconsórcio entre a autoridade e a pessoa jurídica

Além da discussão acerca de quem deverá figurar no pólo passivo na ação mandamental, vale a pena se discutir ainda sobre o litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica que a ela se vincula. Para aqueles que adotam a interpretação de que, nessa ação constitucional, a parte legítima passiva se configura na pessoa jurídica à qual a autoridade coatora se vincula, não seria possível esse litisconsórcio, por desnecessário, como acentuado por Leonardo Carneiro da Cunha, que menciona:

Conforme restou demonstrado, o entendimento dominante denota que no mandado de segurança, a parte que integra o pólo passivo da relação processual é a pessoa jurídica de direito público, apresentada por uma autoridade pública. Daí, inclusive, ser desnecessária a formação de litisconsórcio entre a autoridade e a pessoa jurídica de direito público, pois não se pode ser litisconsorte de si mesmo. Isso porque, no mandado de segurança, a parte que integra o pólo passivo da relação processual é uma autoridade pública que, de resto, é a própria pessoa jurídica, pois a autoridade, no *mandamus*, é a pessoa jurídica em juízo. Significa que além de desnecessária a formação do referido litisconsórcio, além de atentar contra a economia processual que finca o processamento do mandado de segurança.⁴⁶

O art. 19 da revogada Lei 1.533/51 previa expressamente: Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio.

A Novel Lei n° 12.016/09 também, de forma expressa, no art. 24, diz que se aplicam ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 do Código de Processo Civil. Esses artigos são, exatamente, os que tratam do litis-

⁴⁶ Idem, p. 379.

consórcio. Acontece que seja referente à legislação passada, seja com a relação à nova, o entendimento dominante parece prevalecer, no sentido de que ao fazer menção à aplicação do litisconsórcio, o legislador passou a idéia de que esse litisconsórcio não seria entre a pessoa jurídica e a autoridade coatora, mas se dirigia, especialmente, às pessoas que possam ter direitos seus atingidos com a invalidação do ato impugnado.

Sobre o assunto, discorre Cassio Scarpinella Bueno:

Assim sendo, o “litisconsórcio” a que se refere o art. 9 da Lei n. 1.533/51, não se dá entre autoridade coatora e pessoa jurídica (porque esta é representada em juízo por aquela para os fins do art. 12 do CPC, apenas isso). Muito diferentemente, o litisconsórcio a que se refere esse dispositivo da lei só pode ser aquele que se forma em casos em que interesses de outrem podem ser afetados pela concessão da segurança. Desde que “terceiros” tenham direitos subjetivos contrapostos à pretensão do impetrante e que dependam da existência, validade e eficácia do ato a ser impugnado pelo mandado de segurança, serão eles litisconsortes.⁴⁷

É possível que a parte legítima passiva no remédio constitucional, uma vez condenada a suportar o ônus econômico-financeiro decorrente do ato abusivo ou ilegal reconhecido na sentença, postule regressivamente em face da autoridade coatora responsável pelo ato, que nesse caso poderá se defender em nome próprio, mas mesmo nessa situação não se estará diante de um litisconsórcio entre a autoridade e a entidade a que ela se vincula.

Conforme enfatiza Cassio Scarpinella Bueno:

Nem por isso, entretanto, a autoridade coatora torna-se parte no mandado de segurança sendo, conseqüentemente, equivocado o entendimento de que existe, em qualquer caso, litisconsórcio passivo entre autoridade coatora e pessoa jurídica de direito público. Litisconsórcio passivo (facultativo ou necessário) pressupõe, quando menos, dualidade de réus, o que, definitivamente, não é a situação até aqui examinada.⁴⁸

47 BUENO, op. cit., p. 209.

48 Idem, p.46.



3.3 A indicação errônea da autoridade coatora

O fato de a autoridade coatora não ser a parte legítima no mandado de segurança não deveria dar margem a que a ação constitucional fosse extinta sem resolução de mérito, por ilegitimidade de parte, nos termos do art. 267, VI, do código de Processo Civil, sob o argumento de que houve a indicação errônea da referida autoridade, pois como bem enfatiza Bueno:

Se a autoridade coatora não é, portanto, o réu do mandado de segurança, mas apenas quem representa em juízo a verdadeira parte passiva, que é a pessoa jurídica a que ela pertence, não há respaldo ao entendimento de que sua indicação errônea redunde na necessidade de o mandado ser extinto por ilegitimidade de parte (CPC, art. 267, VI). Até porque a complexidade da estrutura administrativa não pode ser oposta como fator de dificuldade ou óbice do desenvolvimento válido, regular e eficaz do mandado de segurança.⁴⁹

Todavia, mesmo para aqueles que defendem ser a autoridade coatora a parte legítima passiva, é de se ponderar que sua eventual indicação equivocada estará sanada se outra autoridade superior, hierarquicamente, prestar as informações no prazo legal, apesar de arguir a preliminar da ilegitimidade, se essa autoridade superior defender o ato atacado incidirá na teoria da encampação, ou seja, ao encampar o ato, a autoridade angularizou a relação jurídica, devendo o remédio constitucional ser apreciado no mérito.

Em tempos de economia processual e efetividade na prestação jurisdicional, por meio de um processo que se considera, não mais como algo moroso, burocrático e de extremo formalismo, mas como um instrumento de consolidação dos direitos e garantias fundamentais, seria uma solução razoável à indicação errônea da autoridade coatora, a possibilidade de que a autoridade que foi indicada erroneamente en-

⁴⁹ BUENO, op. cit., p.26.

caminhasse a notificação à autoridade correta, ou que o juiz pudesse, independentemente de requerimento, determinar a intimação do representante judicial da pessoa jurídica correspondente.⁵⁰

Segundo defende Cassio Sacarpinella Bueno:

É o que basta para a escorreita formação da relação processual em que se desenvolve a ação de mandado de segurança. É, aliás, o que acontece com qualquer ação ajuizada em face de qualquer pessoa jurídica. Sua citação deve se dar na pessoa (física) que, por força de lei, de seus estatutos ou de contrato, seja sua representante.⁵¹

Especialmente, porque é público e notório que na administração pública existem órgãos de grande estrutura e muitas repartições internas na distribuição de suas atribuições, suas competências e delegações e, por isso, se torna quase impossível, em algumas hipóteses, para a vítima da lesão ou da ameaça da lesão, identificar corretamente a autoridade coatora.

Nesses casos, o impetrante se vê diante de tantas possibilidades diferentes de indicação de autoridades coadoras, principalmente, porque, muitas vezes, só é possível reconhecer a autoridade coatora através de exame detalhado de normas de regimento interno, que acaba indicando a errada ou termina acionando todas que acha possível, apenas para se prevenir e então termina comprometendo o princípio da celeridade processual.

Outra solução plausível para a não extinção do processo sem resolução do mérito, quando houver indicação equivocada da autoridade coatora, seria o envio dos autos ao Juízo competente se, de uma simples leitura dos fatos ou da análise dos documentos acostados, for suficiente ao Poder Judiciário identificar a correta autoridade, ainda que ela não tenha sido mencionada diretamente na exordial.

Nesse caso, o magistrado competente poderia determinar a emenda à inicial e a notificação da devida autoridade, já que a relevância da indi-

50 *Idem*, p.26.

51 *Idem*, p.26.



cação correta dela se desdobra na fixação da competência e do responsável pelo ato lesivo e pelo cumprimento do comando judicial.

Todavia, essa não tem sido a solução adotada na prática forense, ao contrário, as ações constitucionais têm sido extintas por ilegitimidade passiva e os cidadãos continuam à mercê dos formalismos exacerbados, descrentes da justiça e de sua eficácia. A desburocratização processual se demonstra, a cada dia, mais necessária para que o Juiz possa cumprir o seu mister, resolvendo os conflitos em um tempo razoável, pois Justiça tardia não é Justiça, ao contrário é injustiça e descaso social.

Espera-se que com a aprovação desse novo diploma legal, todos esses temas voltem à discussão e que os conceitos sobre esse remédio constitucional, que ora se diz heróico, sejam aprimorados no intuito de prevalecer o interesse público primário e a pacificação social na coletividade.

Conclusão

A complexidade das relações jurídicas fez surgir em nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro o mandado de segurança, cuja origem constitucional se deu na Constituição Federal de 1934. Sua principal fonte inspiradora foi o *habeas corpus*, somado aos interditos possessórios e à ação anulatória de atos da administração prevista na Lei nº 221/1894.⁵²

A previsão constitucional do mandado de segurança evoluiu a cada novo texto, iniciando na Constituição de 1934, foi omitido na Constituição de 1937, voltando a fazer parte do texto da Lei Suprema de 1946, permanecendo até a Constituição dos dias atuais.

A Carta de outubro de 1988, entretanto, inovou nas espécies desse instrumento processual prevendo-o não só de modo individual, mas garantindo a possibilidade de sua impetração coletiva a fim de atender as demandas de massas.

Por ter natureza civil, de rito sumário especial, de instrumento processual e de garantia constitucional, o *mandamus* serve para reprimir

52 BULOS, op. cit., p. 579.

ofensas a direito líquido e certo, individual ou coletivo, de pessoa física ou jurídica, 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, (art. 5º, LXIX, CF/88).

Em sede de mandado de segurança, o Ministério Público se não for parte atuará como fiscal da lei, bastando que se verifique a violação a direito líquido e certo, que é aquele no qual não pairam dúvidas sobre sua certeza e liquidez, isto é, aquele que está apto a ser exercitado por ocasião da impetração, dispensando dilação probatória, pois é manifesto na sua existência e delimitado na sua extensão.⁵³

Em relação à legitimidade passiva nesse remédio constitucional, assumi-se a posição de que o impetrado se configura na pessoa jurídica a que se vincula a autoridade e não à própria autoridade que, apenas, presta as informações no prazo legal. Esse, inclusive, parece ter sido o entendimento adotado pela nova Lei 12.016/09, que regulamentou toda a matéria de mandado de segurança.

Por fim, apresentam-se algumas soluções para o não indeferimento preliminar da inicial, quando houver indicação errônea da autoridade coatora, tais como: a possibilidade de que a autoridade que foi indicada erroneamente encaminhasse a notificação à autoridade correta, ou que fosse possível ao juiz, independentemente de requerimento, determinar a intimação do representante judicial da pessoa jurídica correspondente, ou, até mesmo, o envio dos autos ao Juízo competente, se da narração dos fatos ou da análise dos documentos juntados se identifique a correta autoridade, ainda que ela não tenha sido mencionada diretamente na exordial.

Conclui-se que, trazer esse tema ao debate, bem como as soluções acima mencionadas, retrata o objetivo pretendido aqui, qual seja, permitir que a sociedade possa continuar vendo no mandado de segurança um instrumento eficaz de combate a ilegalidade e abusos do Poder Público, através de uma prestação jurisdicional efetiva que se consolida por meio de uma Justiça desburocratizada, eficaz e que facilite o acesso do

53 MEIRELLES, op. cit., p.36.



jurisdicionado ao Poder Judiciário, não só, em razão de economia processual, mas, especialmente, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Writ of mandamus: evolution and brazilian legal system, relevant aspects of the authority and the and visibility constraining party

Abstract

This article aims to address the evolution of the warrant *Segurana Planning Jurdico Ptrio*, its rise as a powerful tool efetivao judicial protection, which has the power Judicirio the important ally, thus facilitating access to justice by the courts and the fundamental right concretizao expedite the process. We tried to discuss also the most relevant aspects of this writ, and the visibility of the constraining authority and the difficulties in the correct referrals that authority when it is faced

with many possibilities. We brought me that the problem of mistaken referrals and present suggestions for ono preliminary rejection of the initial order in the maintenance of the institute as one of the most effective constitutional remedies of all time in the fight against illegality and abuse of power.

Key words: Warrant *Segurana*. Instrument of Warranties. Constraining authority. Effective Judicial Protection.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Súmulas nº 629-630. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ems/vertextos.osp?serviço=jurisprudênciasumula&pagina=sumula601-700>> Acesso em: 5 de ago. 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Leonardo José Caneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Sites pesquisados

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

Referência deste artigo

LIMA, Luciene Gomes de. Mandado de Segurança: evolução no ordenamento jurídico brasileiro, aspectos relevantes e a visibilidade da autoridade coatora. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 317-344, jan./jun. 2010.

* Artigo recebido em: 18 mar. 2010. Aprovado em: 7 mai. 2010.

Responsabilidade do Estado por Acto Judiciário

Maria José Rangel de Mesquita

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Resumo

O texto versa sobre os traços essenciais do regime jurídico português da responsabilidade do Estado por facto imputável à função jurisdicional previsto na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. A nova lei distingue o regime geral do regime especial por erro judiciário e ainda a impossibilidade de responsabilização directa dos magistrados judiciais e do Ministério

público sem prejuízo do direito de regresso nos casos de dolo ou culpa grave. O novo regime coloca ainda alguns problemas relativos à sua articulação com o Direito da União Europeia carecendo de algumas clarificações e alterações.

Palavras-chaves: Responsabilidade do poder judicial. Erro judiciário. Regime nacional e europeu.

1 Considerações prévias

O tema da «Responsabilidade do Estado por Acto Judiciário», que se enquadra no tema mais amplo da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, tem hoje um significado muito relevante no quadro do Estado de Direito democrático não só porque o princípio da responsabilidade do Estado se afigura como uma exigência do mesmo, mas também porque se prende com a matéria dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Quando uma Constituição, como sucede com a Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, consagra um princípio geral de responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, existem em regra várias possibilidades a equacionar em termos de concretização infra-constitucional do princípio no respeito pelo quadro geral definido pelo legislador constituinte, designadamente: se a responsabilidade do Estado e respectivos órgãos, funcionários ou agentes é, do ponto de vista das relações externas, solidária ou exclusiva, qual o regime aplicável às relações internas, em especial ao exercício do direito de regresso, ou se os pressupostos da responsabilidade são idênticos relativamente à responsabilidade imputável a todas as funções do Estado.

A responsabilidade do Estado por facto imputável à função jurisdicional e, em particular, por facto imputável ao Estado-Juiz propriamente dito depende, pois, não só da orientação fixada pelo legislador constituinte mas também da orientação seguida pelo legislador infra-constitucional – e inclusive, da vinculação do Estado a normas e princípios que regem a sua participação em organizações de integração.

O tema da «Responsabilidade do Estado por Acto Judiciário» será tratado à luz da Ordem Jurídica portuguesa – em especial do novo Regime da Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas – e, ainda, da Ordem Jurídica da União Europeia, da qual Portugal é um Estado membro.

2 O princípio da responsabilidade do Estado

2.1 O enquadramento jurídico-constitucional

A Constituição de 1976 consagrou inequivocamente e em termos amplos o princípio da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. De acordo com a versão vigente do artigo

22.º da Constituição¹, com a epígrafe «Responsabilidade das Entidades Públicas», «O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades ou garantias ou prejuízo para outrem».

A aprovação da Constituição de 1976 veio no entanto pôr a descoberto a inadequação – senão a inconstitucionalidade superveniente – do diploma então vigente em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas: o Decreto-Lei n.º 48051 de 21 de Novembro de 1967. Com efeito, o princípio constitucional fundamental da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas contido no artigo 22.º da Constituição não se coadunava com a legislação infra-constitucional anterior e então vigente. A aprovação de uma nova lei em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas impunha-se como uma necessidade imperiosa para a concretização daquele princípio fundamental e, assim, para a concretização do Estado de Direito democrático.

2.2 O enquadramento infra-constitucional

2.2.1 A Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro

Foram várias as iniciativas no sentido de substituir o direito infra-constitucional anterior à CRP por uma nova lei conforme com a Lei Fundamental e os seus princípios². Tais iniciativas, que se concreti-

1 O texto em vigor do artigo 22.º da CRP resulta da Revisão Constitucional de 1982 (1.ª Revisão Constitucional) e está inserido no Título I («Princípios Gerais») da Parte I («Direitos e Deveres Fundamentais»).

2 Cf. Proposta de Lei n.º 95/VIII, Projecto de Lei n.º 148/IX e Proposta de Lei n.º 88/IX, apresentadas, respectivamente, em Novembro de 2001, Outubro de 2002 e Setembro de 2003. Quanto aos trabalhos preparatórios da primeira das referidas iniciativas, promovidos pelo Gabinete de Política Legislativa do Ministério da Justiça, v. AAVV, *Responsabilidade Civil Extra-contratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002; quanto às duas primeiras iniciativas e ao anteprojecto da terceira v. Rui MEDEIROS, *Apreciação Geral dos Projectos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 40, Julho/Agosto 2003 (V Seminário de Justiça Administrativa – Responsabilidade Civil do Estado), p. 8 e ss.

zaram em diversos projectos apresentados a partir de Novembro de 2001, por vicissitudes de índole constitucional, não chegaram a ver a luz do dia.

A Proposta de Lei n.º 56/X³ teve um destino diferente das suas antecessoras, tendo sido, após apreciação em sede de Comissão especializada⁴, aprovada por unanimidade pela Assembleia da República (AR), dando origem ao Decreto da Assembleia 150/X⁵, que foi enviado para promulgação em 8 de Agosto de 2007. Após o veto político do Presidente da República, o decreto foi reapreciado pela Assembleia da República nos termos constitucionalmente previstos e aprovado com alterações em reunião plenária⁶, em 18 de Outubro de 2007, dando origem ao Decreto da Assembleia 171/X⁷. A Lei foi promulgada em 10 de Dezembro de 2007, referendada na mesma data e publicada no Diário da República de 31 de Dezembro de 2007⁸ – como Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. A nova Lei entrou em vigor em 30 de Janeiro de 2008, revogando o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967⁹.

A aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova um novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, representa o culminar de um processo aberto com a aprovação da Constituição de 1976, constituindo um passo fundamental na concretização do princípio constitucional da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas contido no referido artigo 22.º da Constituição Portuguesa – sem prejuízo do relevante papel da jurisprudência na concretização

3 A proposta de lei deu entrada em 20/1/2006 e foi publicada no Diário da AR II Série A N.º 81/X/1, de 28/01/2006, pp. 11-18 (também disponível em <http://www.parlamento.pt>).

4 1.ª – Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

5 Publicado do Diário da AR II Série A N.º 124/X/2, de 2/8/2007, pp. 2-7.

6 O decreto foi aprovado com os votos a favor do BE, CDS-PP, PCP, PEV e PS. As alterações aprovadas referem-se aos artigos 1.º, n.º 1, e 15.º, n.º 3 (eliminação da parte final).

7 Publicado do Diário da AR II Série A N.º 16/X/3, de 14/11/2007, pp. 2-6.

8 Diário da República, 1.ª Série, N.º 251, de 31 de Dezembro de 2007, p. 9117 e ss.

9 Cf. art. 5.º da Lei n.º 67/2007, de 31/12. Este artigo revoga também os artigos 96.º e 97.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, na redacção da Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece o regime jurídico do funcionamento dos órgãos dos municípios e das freguesias bem como as respectivas competências. Os artigos 96.º e 97.º deste diploma previam, respectivamente, a responsabilidade funcional e a responsabilidade pessoal das autarquias locais e dos titulares dos seus órgãos e agentes.

do princípio constitucional da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas na vigência da anterior lei ordinária.

Decorridos menos de três meses sobre a entrada em vigor da nova Lei, deu entrada na Assembleia da República uma Proposta de Lei que procede à 1.^a alteração à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: a Proposta de Lei N.º 195/X¹⁰. A apresentação desta proposta prende-se com a transposição, para a ordem jurídica interna, da Directiva 89/665/CEE (Directiva «recursos»)¹¹ e com o desfecho da segunda acção por incumprimento intentada pela Comissão no Tribunal de Justiça que culminou com o acórdão de 10 de Janeiro de 2008 que condena o Estado Português no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória diária de 19 392 euros, a contar da data da prolação do acórdão e até ao cumprimento, isto é, ao dia em que o primeiro acórdão por incumprimento for executado – e, assim, correctamente transposta a directiva recursos¹².

Assim, a Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho, procedeu à primeira alteração à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, modificando a redacção do número 2 do artigo 7.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas¹³. A alteração à nova Lei proposta prende-se directamente com o novo regime da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas por danos decorrentes do exercício da função administrativa, por facto ilícito, mas aplicável, por remissão, à responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional¹⁴.

10 A proposta deu entrada e 22/4/2008, foi admitida em 24/4/2008 e publicada no DAR II Série N.º 90/X/3 de 2/5/2008 (pp. 60-61). A votação final global teve lugar em 23/5/2008, tendo a proposta sido aprovada como Decreto da Assembleia 212/X, publicado no DAR II Série N.º 111/X/3, de 9/6/2008 – v. <http://parlamento.pt>. A promulgação teve lugar em 1/7/2008 e a referenda em 2/7/2008.

11 Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e fornecimentos (JOL 395 de 30/12/1989, p. 33 e ss.).

12 Ac. do TJ de 10/01/2008, *Comissão c. Portugal*, proc.º 70/06, não publicado (v. <http://curia.europa.eu>). O primeiro acórdão por incumprimento proferido pelo TJ contra Portugal é o acórdão do TJ (Terceira Secção) de 14 de Outubro de 2004, *Comissão c. Portugal*, proc.º C-275/03, não publicado (v. <http://curia.europa.eu>).

13 A nova redacção é a seguinte: «É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento administrativo de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário».

14 Cf. artigo 12.º do Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

2.2.2 Traços gerais do novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas

A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas não ignora alguns traços do regime legal revogado, mas contém também alguns traços apresentados como sendo inovadores que concretizam o princípio constitucional vigente na matéria.

Movida pela necessidade de «adaptar o regime da responsabilidade civil extracontratual às exigências ditadas pela Constituição da República», a Proposta de Lei n.º 56/X que esteve na origem do novo regime aprovado propunha-se: i) aperfeiçoar o regime da responsabilidade pelo exercício da *função administrativa*, em especial estendendo o campo de aplicação do regime da responsabilidade solidária ao domínio das condutas praticadas com culpa grave; ii) estabelecer um regime geral da responsabilidade pelo exercício da *função jurisdicional*; iii) introduzir um regime inovador em matéria de responsabilidade pelo exercício das *funções política e legislativa*; iv) prever um regime de *indemnização pelo sacrifício* não circunscrito ao exercício da função administrativa; v) transformar o *direito de regresso*, quando exista, num poder de exercício vinculado¹⁵.

Os objectivos traçados pela Proposta de Lei estão concretizados no novo regime jurídico aprovado: a estrutura do novo regime comporta, além de um capítulo dedicado às «Disposições Gerais»¹⁶, onde se dispõe, entre outros aspectos, sobre a obrigatoriedade do direito de regresso¹⁷, mais quatro capítulos dedicados, sucessivamente à «Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa»¹⁸, à «Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da fun-

15 Vide a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 56/X.

16 Capítulo I – arts 1.º a 6.º.

17 Cf. art.º 6.º.

18 Capítulo II – arts. 7.º a 11.º. Este Capítulo comporta duas secções: a Secção I, dedicada à responsabilidade por facto ilícito (arts. 7.º a 10.º) e a Secção II, dedicada à responsabilidade pelo risco (art.º 11.º).

ção jurisdicional»¹⁹, à «Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa»²⁰ e, ainda, à «Indemnização pelo sacrifício»²¹.

Mantendo a diferenciação entre actuações administrativas que dão lugar a uma responsabilidade regida por disposições de direito público e actuações administrativas que dão lugar a uma responsabilidade regida por disposições de direito privado, o âmbito do novo regime circunscreve-se à definição do regime de *direito público* da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas. O regime aprovado aplica-se a pessoas colectivas de direito público e de direito privado quando a respectiva responsabilidade resulte de actuações no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições e princípios de *direito administrativo*²².

Em relação à responsabilidade pelo exercício da *função administrativa*, as principais alterações consagradas – além da já mencionada extensão do campo de aplicação do regime da responsabilidade solidária ao domínio das condutas praticadas com culpa grave²³ – prendem-se com: i) a consagração da responsabilidade da Administração pelo funcionamento anormal dos seus serviços (*faute du service*)²⁴; ii) a introdução de um regime de presunção de culpa (leve) nos casos em que os danos são causados por actos jurídicos (incluindo actos administrativos e actos de conteúdo normativo) ilícitos²⁵.

19 Capítulo IV – art. 15.º.

20 V art.º 1.º, n.º 5, do Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31/12.

21 Cf. artigo 8.º do Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31/12.

22 Cf. artigo 7.º, n.º 3 e n.º 4, do Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31/12.

23 Cf. artigos 9.º, n.º 1, e 10.º, n.º 2, do Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31/12 – aproximando-se o direito infra-constitucional da prática dos tribunais administrativos, que vêm entendendo que a culpa é inerente à prática de actos jurídicos ilegais pela Administração (v. Maria José RANGEL DE MESQUITA, José Luís MOREIRA DA SILVA, Luís Barbosa RODRIGUES e António DIAS GARCIA, *Quatro Décadas de jurisprudência sobre a responsabilidade extracontratual da Administração Pública*, in FAUSTO DE QUADROS (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 305, e quanto à jurisprudência posterior, José Luís MOREIRA DA SILVA, *Actualização de Jurisprudência*, in FAUSTO DE QUADROS (coord.), *Responsabilidade...*, pp. 312).

24 Cf., respectivamente, artigos 12.º, 13.º e 14.º do Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31/12.

25 Cf. artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, e 6, do Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31/12.

Quanto à responsabilidade por danos resultantes do exercício da *função jurisdicional*, o regime consagrado vai no sentido de estender ao domínio da administração da justiça o regime da responsabilidade civil da Administração, com duas ressalvas: o regime próprio do erro judiciário e a inadmissibilidade de os magistrados responderem directamente pelos ilícitos que cometam com dolo ou culpa grave²⁶.

Relativamente à responsabilidade do Estado e das Regiões Autónomas pelo exercício da *função política* e da *função legislativa*, consagra-se um regime de responsabilidade por factos (acções ou omissões) ilícitos assente numa identificação das situações de ilicitude, no afastamento do conceito civilístico de culpa, no carácter anormal dos danos causados, na apreciação da existência da responsabilidade atendendo às circunstâncias do caso e, ainda, na possibilidade de limitação do âmbito da obrigação de indemnizar quando os lesados forem em número elevado e tal se justifique por razões de interesse público de excepcional relevo²⁷. Acresce que a responsabilidade decorrente da omissão de providências legislativas para tornar exequíveis normas constitucionais dependerá da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional²⁸.

Por último, quanto à *indemnização pelo sacrifício*, consagra-se o dever de o Estado e as demais pessoas colectivas públicas indemnizarem todos aqueles a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais – sem circunscrever todavia o regime instituído ao exercício da função administrativa²⁹.

26 Cf. artigo 15.º, n.º 5, do Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31/12.

27 Cf. artigo 16.º do Regime anexo à Lei n.º 67/2007, de 31/12.

28 Ac. do STA (1.ª Secção) de 7 de Março de 1989, *Garagens Pintosinho, Lda*. (Acórdãos Doutrinários n.ºs 344/345, p. 1035 e ss.). O STA considerou que a demora na prolação da sentença (5 anos após o julgamento) constitui um dano ressarcível no âmbito da responsabilidade por factos ilícitos culposos e o dano consistirá nas “retribuições e indemnizações que o recorrente teve de suportar relativamente à parte daquele prazo de 5 anos considerada não razoável” – v. Maria José RANGEL DE MESQUITA, José Luís MOREIRA DA SILVA, Luís Barbosa RODRIGUES e António DIAS GARCIA, *Quatro...*, p. 298, e, quanto à jurisprudência posterior, vide José Luís MOREIRA DA SILVA, *Actualização...*, pp. 310-311.

29 O artigo 27.º (Direito à liberdade e à segurança) está integrado na Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título II (Direitos, Liberdades e garantias), Capítulo I (Direitos, liberdades e garantias pessoais) da CRP. O número em causa foi aditado pela revisão constitucional de 1982.

3 O novo regime da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional: traços fundamentais

Até à entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* não existia, ao nível infra-constitucional, um regime autónomo de responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional.

Com efeito, o Decreto 48051 não previa qualquer regra específica sobre a matéria, sem prejuízo da sua aplicação aos casos de responsabilidade decorrente do exercício da função jurisdicional, por mau funcionamento da administração da justiça, concretizada pela jurisprudência administrativa³⁰.

Todavia, ao nível constitucional, e para além do princípio geral da responsabilidade das entidades públicas – consagrado no artigo 22.º da Constituição de 1976 – e que naturalmente, pela sua ampla formulação, não exclui a responsabilidade por danos decorrentes da função jurisdicional, existiam duas normas relevantes na matéria em causa. O **artigo 27.º, n.º 5**³¹, segundo o qual «A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer» (privação de liberdade inconstitucional ou ilegal), e o **artigo 29.º, n.º 6**³², segundo o qual «Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos» (condenação penal injusta). O dever de indemnizar previsto em ambas as disposições – no primeiro caso, por privação

30 O artigo 29.º (Aplicação da lei criminal) está integrado na Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título II (Direitos, Liberdades e garantias), Capítulo I (Direitos, liberdades e garantias pessoais), da CRP.

31 O artigo 225.º (com a epígrafe «Modalidades») está inserido no Capítulo V (Da indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada), do Título II (Das medidas de coacção) do Livro IV (Das medidas de coacção e de garantia patrimonial) do Código de Processo Penal.

32 Vide, quanto à concretização jurisprudencial dos artigos 27.º da CRP e 225.º do CPP, no sentido de a responsabilidade depender de «erro grosseiro», os acórdãos do STJ de 19/10/2004 (proc. 04B2543), de 22/1/2008 (proc. 07A2381) e, ainda, de 11/9/2008 (proc. 08B1747) – v. <http://www.dgsi.pt/jsts.nsf>.

inconstitucional ou ilegal de liberdade; no segundo caso, por condenação injusta – carecia, todavia, de concretização pelo legislador. Tal concretização encontra-se hoje respectivamente: no artigo 225.º do Código de Processo Penal (CPP)^{33 34}; e nos artigos 449.º e 462.º do mesmo Código³⁵.

Ambos os regimes são objecto de ressalva pela nova lei ao estabelecer o regime da responsabilidade por erro judiciário.

A questão da *responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional* – isto é, *por factos*, acções ou omissões, imputáveis à função jurisdicional – reveste-se de particular sensibilidade.

Não só em razão da *independência* dos tribunais³⁶ e da natureza da função em causa³⁷, mas também em razão do estatuto dos magistrados judiciais, em especial do princípio geral (não sem excepções) da sua irresponsabilidade³⁸ – que não se confunde com a referida independência.

Qualquer concretização legislativa do princípio constitucional da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas no que toca especificamente ao exercício da função jurisdicional e à actuação dos tribunais não pode deixar de equacionar as particulares características da actividade jurisdicional e as regras constitucionais – ou outras relevantes, designadamente de índole internacional, como a Convenção

33 Os artigos 449.º (Fundamentos e admissibilidade de revisão) e 462.º (Indemnização – em caso de sentença absolutória no juízo de revisão) integram o Capítulo II (Da revisão) do Título II (Dos recursos extraordinários do Livro IX (Dos recursos) do CPP.V., quanto à relação entre as disposições em causa do CPC e a Constituição, Luís CATARINO, *Responsabilidade por facto jurisdicional – Contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado*, in AAVV, *Responsabilidade...*, n.º 11, p. 274 e ss.

34 Cf. artigo 203.º da CRP: «Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei».

35 Cf. artigo 202.º da CRP: «1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo. 2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados. (...)».

36 Cf. artigo 216.º, n.º 2, da CRP: «(...) 2. Os juizes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as excepções consignadas na lei. (...)»

37 Proposta de Lei N.º 95/VIII, que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (revoga o Decreto-lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967), publicada no Diário da AR, II-Série-A, de 18 de Julho de 2001 – v. AAVV, *Responsabilidade civil...*, p.14-15. O teor desta proposta seria retomado pela Proposta de Lei N.º 56/X e, assim, pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

38 V., quanto ao Projecto de Lei n.º 148/IX, João CAUPERS, *Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional*, in CJA, n.º 40, cit. p. 47 e, quanto à distinção entre a responsabilidade por erro judiciário e responsabilidade pelo «funcionamento anormal da administração da justiça», Rui PINHEIRO, *Democracia, poder judicial e responsabilidade dos juizes*, in AAVV, *Responsabilidade...*, p. 74.

Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) – que dispõem, directa ou indirectamente, sobre a matéria.

Na exposição de motivos da Proposta de Lei N.º 95/VIII³⁹ podia ler-se que, avançando no sentido do alargamento da responsabilidade civil do Estado por danos resultantes do exercício da função jurisdicional, se faz uma «opção arrojada»: a de estender ao domínio da administração da justiça o regime da responsabilidade da Administração, com duas ressalvas: a que decorre do regime próprio do *erro judiciário* e ii) a restrição que resulta do facto de não se admitir que os magistrados respondam *directamente* pelos ilícitos que cometam com dolo ou culpa grave, pelo que não se lhes aplica o regime da responsabilidade solidária que vale para os titulares dos órgãos, funcionários e agentes administrativos, incluindo os que prestam serviço na administração da justiça.

Quanto ao regime do erro judiciário, para além da delimitação genérica do instituto – assente num critério de *evidência do erro de direito ou na apreciação dos pressupostos de facto* – entendeu-se dever limitar a possibilidade de os tribunais administrativos, numa acção de responsabilidade, se pronunciarem sobre a bondade intrínseca das decisões jurisdicionais, exigindo que o pedido de indemnização seja fundado na *prévia revogação* da decisão danosa pela *jurisdição competente*.

O novo regime aprovado pela Lei dedica um capítulo autónomo, o seu Capítulo III, à «Responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional», sem prejuízo da aplicação das Disposições Gerais da Lei que integram o seu Capítulo I (artigos 1.º a 6.º).

O Capítulo III dedicado à responsabilidade por danos imputáveis à função jurisdicional inclui três artigos:

- o artigo 12.º, que consagra o «Regime geral»;
- o artigo 13.º, dedicado à «Responsabilidade por erro judiciário»; e, ainda,
- o artigo 14.º, sobre a «Responsabilidade dos magistrados».

39 Na senda da doutrina do acórdão do STA de 7 de Março de 1989, cit.

Do regime jurídico consagrado pela nova Lei na matéria em análise, são de salientar os principais aspectos genéricos seguintes.

3.1 Regime geral e regime do erro judiciário

O novo Regime aprovado pela Lei consagra um *regime geral* da responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional, causados pela administração da justiça, e um *regime especial de responsabilidade por erro judiciário* – previstos, respectivamente, nos artigos 12.º e 13.º.

Tal diferenciação postula uma distinção prévia subjacente: a distinção entre *factos materialmente jurisdicionais* (ou *jurisdicionais em sentido próprio*) que se prendem com a interpretação e a aplicação do Direito através de uma decisão judicial e factos que, não o sendo, se enquadram na administração da justiça, ou seja, no exercício de uma função jurisdicional *lato sensu* – designadamente actos administrativos ou processuais⁴⁰.

Apenas o artigo 13.º, relativo ao erro judiciário, se referirá à primeira categoria – actos materialmente jurisdicionais – na medida em que contempla os casos de erro na interpretação e na aplicação do direito e de decisão jurisdicional inconstitucional ou ilegal; cabendo a segunda categoria no regime geral previsto no artigo 12.º ao prever a responsabilidade por «danos ilícitamente causados pela administração da justiça». A expressa referência nesta última disposição, a título meramente exemplificativo, à violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável (atraso ou inclusive omissão) não exclui outras situações de deficiente administração da justiça geradoras de danos indemnizáveis.

O *regime geral* da responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional consagrado parece reportar-se *apenas* à responsabilidade por danos *ilícitamente*⁴¹ causados pela administração da justiça (cf. art.

40 Previsto no Capítulo II (Responsabilidade Civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa), Secção I (Responsabilidade por facto ilícito) – artigos 7.º a 10.º. Fica de fora da remissão a Secção II do mesmo Capítulo II, dedicada à Responsabilidade pelo risco (art.11.º)

41 O novo regime aprovado pela Lei não se refere a responsabilidade *objectiva*, versando sobre a responsabilidade pelo *risco* no âmbito da responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa (cf. art.º 11.º).

12.º) e segue, por isso, o regime da responsabilidade por factos *ilícitos* cometidos no exercício da função administrativa⁴².

a) O regime parece, pois, deixar de fora a responsabilidade civil *objectiva*⁴³. Esta opção não é isenta de críticas, atento ao teor do princípio constitucional que regula a matéria, que não a exclui⁴⁴.

b) Este regime geral abrange expressamente a responsabilidade do Estado por atrasos na administração da justiça⁴⁵. Assim como deve abranger também outros casos que não se reconduzam ao caso de erro judiciário ou aos casos ressalvados previstos na Constituição. A doutrina identifica vários: violação ou colaboração na violação, do segredo de justiça da qual resulte prejuízo para outrem, sentenças incorrectas ou injustas (não penais) que, por isso, causem danos a alguma das partes, ou prescrições de processos.

Esta responsabilidade deve estar e está efectivamente sujeita aos mesmos requisitos da responsabilidade administrativa (subjectiva) por factos ilícitos, nomeadamente o regime da solidariedade e o dever de regresso.

c) Além disso, este regime geral não pode deixar de abranger – em obediência ao princípio constitucional da responsabilidade do Estado – a responsabilidade do Estado por actos não estritamente jurisdicionais, incluindo por «acções ou omissões dos serviços dos tribunais»⁴⁵, em especial pelo «mau funcionamento dos serviços da administração da justiça»⁴⁶.

42 V., quanto à questão, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Artigo 22.º, pp. 211-212.

43 É extensa a doutrina da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a questão relativamente a Portugal – V. Fausto de QUADROS, *Problemas gerais, in AAVV, Responsabilidade...*, p. 64 (para este Autor, o atraso na justiça viola o direito adjectivo à justiça célere e equitativa e também o direito substantivo que se pretenda fazer valer em tribunal e que ficou coarctado por força do atraso da justiça (*idem*)), e Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Da responsabilidade civil extracontratual da administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*, in FAUSTO DE QUADROS (coord.), *Responsabilidade...*, p. 122.

44 FAUSTO DE QUADROS, *Problemas...*, pp. 63-64

45 Na terminologia empregue pela doutrina francesa que distingue dois aspectos da *faute de l'administration*: a *faute de service (du fonctionnaire)* e a *faute du service* – v. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Da responsabilidade...*, pp. 49-52.

46 No sentido de o regime aplicável ao mau funcionamento do serviço da justiça dever ser bastante decalcado sobre o regime jurídico da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, porquanto não parece que se tenham de ter as mesmas cautelas que se defendem quer para a função legislativa, quer para a função jurisdicional *stricto sensu* – não chocando que exista presunção de culpa, culpa do serviço, ou que não seja necessário restringir os danos aos danos especiais e anormais, v. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Problemas Gerais, in AAVV, Responsabilidade...*, p. 51.

A remissão do artigo 12º para o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa não pode deixar de abranger aquele mau funcionamento – o funcionamento anormal do serviço ou *faute du service*⁴⁷ prevista no artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, que se enquadra ainda na responsabilidade por facto ilícito (cf. artigo 9.º, n.º 2), e a que se aplica um regime de responsabilidade *exclusiva* do Estado e demais pessoas colectivas de direito público⁴⁸.

d) Sendo aplicável, em matéria de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, o regime da *responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa*, os pressupostos ou requisitos da responsabilidade administrativa serão os requisitos clássicos da responsabilidade – facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade – com uma particularidade relativamente ao regime legal anteriormente vigente. Esta particularidade traduz-se no facto de aquele regime (aplicável por remissão) consagrar uma *presunção de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos*: «Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos» (cf. art. 10.º, n.º 2). A aplicação, por remissão, daquele regime, não pode deixar de ter lugar *com as devidas adaptações* decorrentes das regras próprias aplicáveis – e das especificidades inerentes – à responsabilidade imputável à função jurisdicional (cf. arts. 13.º e 14.º).

Quanto ao conceito de «ilicitude» a nova lei considera «ilícitas as acções ou omissões dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos» (cf. art. 9.º, 1) ou quando «a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º» (art. 9.º, 2).

47 Terminologia empregue no artigo 9.º, n.º 1, no âmbito da responsabilidade da função administrativa por factos ilícitos.

48 Conclusão derivada desde logo do uso de «designadamente».

O legislador não concretiza, em sede do regime da responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, o que seja um «facto ilícito» (cf. art. 12.º) ou «acções ou omissões ilícitas»⁴⁹. No artigo 12.º, o legislador apenas entendeu referir, a título meramente exemplificativo⁵⁰, o caso de «violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável» – com clara alusão ao direito previsto no artigo 20.º, n.º 4, da CRP (direito a uma decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo)^{51 52} e no artigo 6.º, 1, da CEDH (direito a um processo equitativo). Tal não obsta a que o âmbito da responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional seja mais amplo, sem prejuízo dos regimes especiais consagrados na Constituição e na lei já referidos.

Não pode deixar de entender-se que se enquadra no conceito de ilicitude a violação, por parte da função jurisdicional (em sentido próprio ou em sentido amplo), de normas ou princípios de Direito Comunitário – e, em geral, de Direito da União Europeia. Assim o impõe o princípio do primado. E, assim sendo, a questão que se suscita é a de saber se os requisitos da responsabilidade previstos pelo legislador nacional no novo regime se afiguram compatíveis com os requisitos comunitários da responsabilidade do Estado por incumprimento, incluindo o incumprimento imputável à função jurisdicional – o problema pode colocar-se, desde logo, quanto à culpa⁵³.

49 O artigo 20.º (Acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva) está integrado na Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título I (Princípios gerais), da CRP.

50 Vide o ac. do STJ de 17/6/2003 (proc. 02A4032), que admite a condenação do Estado por responsabilidade imputável à função jurisdicional por ter ocorrido prescrição do procedimento criminal pelo facto de um processo-crime ter estado parado mais de dois anos e meio no Tribunal da Relação (v. <http://www.dgsi.pt/jsts.nsf>).

51 *Infra*, 3.

52 Por exemplo, respectivamente, punição de um inocente ou punição desproporcionada, ou excessiva do culpado, e prisão preventiva ilegal ou injusta.

53 Note-se que anteriormente à entrada em vigor do novo Regime e tendo em conta o disposto no artigo 22.º da CRP a jurisprudência vai no sentido de que o erro de direito praticado pelo juiz só pode constituir fundamento de responsabilidade (por facto ilícito) quanto seja «grosseiro, evidente, crasso, palmar, indiscutível e de tal modo grave que torne a decisão judicial numa decisão claramente arbitrária assente em conclusões absurdas, demonstrativa de uma actividade dolosa ou gravemente negligente» (ac. do STJ de 15/2/2007, proc.º 06B4565, e, anteriormente, ac. do STJ de 18/7/2006, proc.º 06A1979), ou quando exista «dolo do juiz», «erro grosseiro em grave violação da lei», «culpa grave indesculpável do julgador» (ac. do STJ de 20/10/2005, proc. 05B2490) – <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>.

e) Quanto à *culpa*, aplica-se disposto em matéria de responsabilidade administrativa por facto ilícito, sendo todavia de sublinhar os seguintes pontos de diferenciação: i) no domínio das *relações externas*, nunca existe solidariedade (contrariamente ao que sucede na responsabilidade administrativa em que existe responsabilidade solidária entre o Estado e demais pessoas colectivas de direito público e os respectivos titulares dos órgãos funcionários ou agente em caso de dolo ou culpa grave se as acções ou omissões destes tiverem sido cometidas no exercício das suas funções e por causa desse exercício), já que os magistrados judiciais e do Ministério Público (MP) não podem ser directamente responsabilizados; ii) no domínio das *relações internas*, no caso da responsabilidade imputável à função jurisdicional, o facto de só estar previsto o direito de regresso em caso de dolo ou culpa grave do magistrado judicial ou do MP, implica que nos demais casos (culpa leve ou mera negligência) a responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional seja *exclusiva* – o que decorre também do referido princípio da irresponsabilidade dos magistrados.

O *regime especial* por erro judiciário ressalva o regime especial aplicável – leia-se os regimes especiais aplicáveis – aos casos de *sentença penal condenatória injusta* e de *privação injustificada da liberdade* (previstos, respectivamente, nos artigos 29.º, 6, e 27.º, 5, da CRP e concretizados respectivamente, nos artigos 449.º e 462.º e 225.º do CPP, conforme atrás referido⁵⁴).

O regime especial da responsabilidade por *erro judiciário* configura *duas situações* distintas (impondo requisitos ou pressupostos diversos do regime geral): *a decisão jurisdicional manifestamente inconstitucional ou ilegal*⁵⁵, e *a decisão jurisdicional manifestamente injustificada por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*⁵⁶.

54 Quanto ao erro na apreciação dos pressupostos de facto vide o ac. do STJ de 22/1/2008 (proc. 07A2381) que apenas considera relevante o erro de facto que se configure como «grosseiro ou indesculpável», «escandaloso, crasso, supino, que procede de culpa grave do errante(...)» e o ac. do STJ de 11/9/2008 (proc. 08B1747) que, reiterando aquele, exige um erro «grosseiro», «escandaloso, crasso ou palmar, que procede de culpa grave do errante» (<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>).

55 Cf. art. 4.º, n.º 1, g) e h), e n.º 3, a), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) e arts. 2.º, n.º 1, e), 4.º, n.º 2, f), e 37.º, n.º 2, f), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). A alínea a) do n.º 3 do art. 4.º do ETAF expressamente exclui do âmbito da jurisdição administrativa «A apreciação das acções de responsabilidade por erro judiciário cometido por tribunais pertencentes a outras ordens de jurisdição, bem como das correspondentes acções de regresso».

56 Cf. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 95/VIII, in AAVV, *Responsabilidade...*, p. 15.

E subordina essa responsabilidade à *prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente*, a qual é fundamento do pedido de indemnização.

Se tal requisito da revogação prévia se afigura compreensível de forma a evitar que os tribunais administrativos no âmbito de uma acção de responsabilidade⁵⁷, se pronunciem sobre a «bondade intrínseca»⁵⁸ das decisões jurisdicionais, questão relevante é a de saber se o ordenamento jurídico oferece ao lesado por erro judiciário os meios necessários para obter a revogação da decisão danosa enquanto fundamento do pedido de indemnização, ou se tal possibilidade não existe ou não existe em todos os casos, por razões que se prendem, designadamente, com o valor da causa⁵⁹.

Se é certo que a reacção contra uma decisão judicial ferida de erro deve assentar em primeiro lugar no sistema de recursos instituído pelo ordenamento jurídico, a efectivação da responsabilidade e a obtenção de reparação no caso de erro judiciário (evidência do erro de direito ou na apreciação dos pressupostos de facto) não deve ficar dependente da configuração pré-existente do sistema de recursos.

A previsão, quanto ao regime especial da responsabilidade por erro judiciário, do requisito adicional da «prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente», na qual deve ser fundado o pedido de indemnização, coloca, assim, a seguinte questão: a revogação da decisão danosa pela jurisdição competente deve ser obtida apenas através dos meios processuais disponíveis para o efeito (e que podem ser usados pelo lesado, a quem incumbe o ónus de os accionar) ou, pelo contrário, implica um verdadeiro *direito à revogação* da decisão jurisdicional danosa, através de um meio específico (a criar, não existindo) para o efeito – à semelhança do que prevê a CRP quanto à condenação injusta, no seu artigo 29.º, 6?

57 Cf. art. 678.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC).

58 Vide os artigos 676.º e ss. do CPC, em especial 691.º e ss. (apelação) e 721.º e ss. (revista) e, ainda quanto ao recurso extraordinário de revisão, o artigo 771.º e ss. Vide também os artigos 399.º e ss. (recursos ordinários) e 449.º e ss. (recursos extraordinários – revisão) do CPP. Quanto ao CPTA vide os artigos 140.º e ss., em especial 149.º e ss. (recursos ordinários – revista) e 154 e ss. (recurso de revisão).

59 Cf. art. 678.º, n.º 1, do CPC.

Se a revogação da decisão danosa apenas puder ser obtida pelo lesado de acordo com os meios processuais de reapreciação de decisões judiciais à sua disposição⁶⁰, pode acontecer que não seja admissível recurso ordinário (em razão do valor da causa ou da sucumbência⁶¹ ou um recurso extraordinário de revisão⁶² ⁶³. Tal implica que o lesado não conseguirá, por sua iniciativa, preencher o requisito da prévia revogação da decisão danosa e, conseqüentemente, demandar o Estado e deduzir o seu pedido de indemnização. É duvidoso que a efectivação de um direito constitucionalmente previsto – e concretizado pelo Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007 – possa ficar dependente de um requisito que a Constituição, ao consagrar aquele princípio, não prevê e conseqüentemente, do teor da legislação ordinária ora vigente em matéria de recursos (reapreciação de decisões judiciais). A concretização do princípio constitucional apela a que o legislador preveja uma disposição expressa que permita a revogação, pela jurisdição competente, de sentença danosa fundada em erro judiciário, configurando um verdadeiro *direito à revogação* no caso de decisão jurisdicional manifestamente inconstitucional ou ilegal ou injustificada por erro grosseiro nos respectivos pressupostos de facto.

3.2 Responsabilidade exclusiva e responsabilidade solidária

Por último o novo regime aprovado pela Lei n.º 67/2007 consagra especificamente, no artigo 14.º, a *impossibilidade de responsabilização directa* dos magistrados judiciais e do Ministério Público pelos danos decorren-

60 Cf. art. 771.º a), do CPC, para o caso de crime praticado pelo juiz no exercício das suas funções.

61 A reforma do processo civil de 2007 introduziu como fundamento de revisão o carácter inconciliável da decisão com «decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado português» (art. 771.º f). Não pode deixar de considerar-se abrangido neste caso uma decisão de um órgão jurisdicional nacional transitada em julgado desconforme com uma decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferida quer no âmbito de uma acção por incumprimento, quer no âmbito de um processo de questões prejudiciais e, nessa medida, violadora do Direito Comunitário e do Primado.

62 V., quanto aos magistrados judiciais, o art.º 5.º, n.º 2, do respectivo Estatuto (aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho) e, quanto ao Ministério Público, o art. 77.º do respectivo Estatuto (aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, e publicado em anexo à Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto) com a redacção do artigo 4.º da Lei n.º 67/2007.

63 Sobre questão v. João CAUPERS, *Responsabilidade...*, p. 49.

tes dos actos (leia-se acções ou omissões) que pratiquem no exercício das suas funções – sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer. O modelo adoptado significa que é sempre demandado o Estado, com direito de regresso sobre o magistrado autor da conduta geradora do dano, em caso de dolo ou culpa grave⁶⁴.

Aos demais titulares de órgãos, funcionários e agentes administrativos que prestam serviço da administração da justiça, aplicar-se-á o regime de responsabilidade – *exclusiva* (culpa leve) ou *solidária* (dolo ou culpa grave) aplicável aos titulares de órgãos, funcionários e agentes administrativos (cf. art.º 8.º).

Tendo em conta o disposto no referido artigo 14.º e o regime da responsabilidade administrativa por factos ilícitos, aplicável por remissão, à responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, é possível distinguir as situações que de seguida se enunciam.

a) Quanto aos magistrados

i) No caso de danos decorrentes de actos praticados por magistrados no exercício das respectivas funções quando não tenham agido com dolo ou culpa grave – acções ou omissões ilícitas cometidas com culpa leve – a responsabilidade do Estado é *exclusiva*. Tendo em conta, designadamente, o princípio da irresponsabilidade dos juízes pelas suas decisões, a nova Lei consagra assim um princípio geral de responsabilidade *exclusiva* do Estado sem prejuízo de, no domínio das relações internas, existir direito de regresso, de exercício obrigatório, no caso de actuação com dolo ou culpa grave.

É de questionar se a consagração de um princípio geral de responsabilidade *exclusiva* do Estado nas relações externas, e de correspondente irresponsabilidade dos magistrados, ao afirmar que «os magistrados judiciais e do MP não podem ser directamente responsabi-

⁶⁴ Nos termos do art. 11.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais compete ao Conselho Superior da Magistratura a instauração de procedimento disciplinar contra magistrados judiciais. Nos termos do art. 74.º, n.º 1 e n.º 2, a), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais compete ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais exercer a acção disciplinar relativamente aos juizes da jurisdição administrativa e fiscal. Nos termos do art. 27.º, a), do Estatuto do Ministério Público compete ao Conselho Superior do Ministério Público exercer a acção disciplinar.

zados pelos danos decorrentes de *actos* que pratiquem no exercício da *suas funções*» – sem prejuízo do direito de regresso quando tenham agido com dolo ou culpa grave) – abrange todos os actos e omissões dos magistrados ou apenas aqueles que se afigurem como materialmente jurisdicionais⁶⁵.

A opção do legislador parece ter sido a da total exclusão da responsabilidade dos magistrados – judiciais e do MP – por actos ou omissões cometidos com *culpa leve, quer se traduzam, ou não, em comportamentos materialmente jurisdicionais*, ou seja, correspondam ou não ao exercício de uma função jurisdicional em sentido próprio, de interpretação e aplicação do direito e apreciação de prova.

ii) No caso de danos decorrentes de actos praticados por magistrados no exercício da sua função mas quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado responde perante o lesado, no plano das relações externas, pelo cumprimento integral da obrigação, sem prejuízo, no plano das relações internas, do direito de regresso. E quer se trate de actuações materialmente jurisdicionais, ou não.

b) Quanto aos demais titulares de órgãos, funcionários ou agentes

iii) É *exclusiva* a responsabilidade do Estado pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas cometidas com *culpa leve* pelos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes no âmbito da administração da justiça.

iv) Sendo o Estado responsável em forma solidária (solidariedade passiva) pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas cometidas, com *dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores* àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo (culpa grave), no exercício das suas funções e por causa desse exercício, com direito de regresso. No plano das relações externas, qualquer dos sujeitos responsáveis responde perante o lesado pelo cumprimento integral da obrigação de indemnizar – isto é o lesado credor da indemnização poderá optar por

65 Parece não dever entender-se o art 14.º, n.º 2, é uma regra especial em relação à regra geral do art.º 6.º, sob pena de um tratamento mais favorável dos magistrados em causa e, inclusive, da violação do princípio da igualdade no caso de, estando previsto na Lei o direito de regresso (por estarem reunidos os respectivos pressupostos – dolo ou culpa grave), a decisão de exercer o direito de regresso ficasse refém de uma decisão, caso a caso, do órgão competente para o exercício do poder disciplinar.

demandar o Estado (ou a entidade pública), o titular do órgão, funcionário ou agente autor do facto lesivo, ou ambos simultaneamente –, sem prejuízo da existência de direito de regresso, no plano das relações internas, entre os obrigados.

3.3 Direito de regresso

A nova Lei consagra expressamente a existência de direito de regresso do Estado contra os magistrados – judiciais e do Ministério Público – quando tenham agido, no exercício da sua função, com dolo ou culpa grave.

A decisão sobre o exercício do direito de regresso dos Estados sobre os Magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar⁶⁶ – a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça.

Nos casos em que o direito de regresso se encontra previsto na Lei – como sucede em relação à função jurisdicional no caso de dolo ou culpa grave – o seu exercício, de acordo com as disposições gerais da Lei, é *obrigatório* (cf. artigo 6.º, 1, da Lei n.º 67/007), não obstante a redacção do número 2 do artigo 14.º, que parece apontar para o seu carácter facultativo⁶⁷. Tratar-se-á de uma decisão vinculada quanto ao exercício, sob pena de deixar sem censura um comportamento censurável do magistrado e de as consequências económicas desse comportamento recaírem sobre a colectividade e os contribuintes.

À acção de regresso⁶⁸ aplicar-se-á o processo especial previsto nos artigos 1083.º e ss. do CPC, que regulam a acção de regresso contra magistrados⁶⁹.

66 Cf., quanto ao tribunal competente, o art. 4.º, n.º 3, a), do ETAF.

67 Os arts. 1083.º e ss. do CPC inserem-se no Capítulo XI (Da acção de indemnização contra magistrados), do Título IV (Dos processos especiais) do Livro III (Do processo).

68 Estas disposições referem-se, respectivamente a «requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário», desconformidade com o «direito comunitário» e, ainda, «grau de clareza e precisão da norma violada».

69 Ac. do TJ de 19/11/1991, *Francovich e o.*, proc.ºs C-6/90 e C-9/90, Col., p. I-5357 e ss.

O mesmo se diga quanto ao exercício do direito de regresso em relação aos titulares de órgãos funcionários e agentes (não magistrados). Existindo dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo, e sem prejuízo da necessidade de apuramento do grau de culpa no caso de presunção de culpa leve (cf. art.º 8.º, n.º 2, e 10.º, 2) do titular do órgão, funcionário ou agente envolvido, o exercício do direito de regresso é obrigatório.

4 O novo regime e o princípio comunitário da responsabilidade dos Estados membros por incumprimento do Direito da União Europeia imputável à função jurisdicional

A referência à responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional no âmbito do ordenamento jurídico português não ficaria completa sem uma referência a um caso especial de responsabilidade do Estado: o da responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia *imputável à função jurisdicional*.

Após a alteração decorrente da Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho, as referências ao Direito da União Europeia na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, são apenas três: duas expressas – no artigo 7.º, n.º 2, *in fine*, e no artigo 15.º, n.º 1, do Regime anexo à Lei – e uma implícita – no artigo 15.º, n.º 4, do mesmo Regime⁷⁰. A primeira dessas referências integra-se no regime da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa por facto ilícito (por violação de norma no âmbito de procedimento de formação dos contratos previstos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos); as outras integram-se no regime da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa.

70 V. Maria José RANGEL DE MESQUITA, *A Proposta de Lei N.º 56/X em matéria de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Notas Breves à Luz do Direito da União Europeia*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 239 e ss.

O novo regime, em matéria de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional é omissivo relativamente ao Direito da União Europeia – sem prejuízo de o regime geral aplicável à responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional ser o regime da responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa por factos ilícitos.

Não só o legislador ignorou a questão da responsabilidade estadual imputável por incumprimento do Direito da União Europeia imputável à função jurisdicional, como aprovou um regime com ele desconforme.

A omissão do legislador não afasta, naturalmente, o princípio da responsabilidade do Estado português enquanto Estado membro da União Europeia, por incumprimento imputável à função jurisdicional.

O princípio comunitário da responsabilidade civil extracontratual dos Estados membros por incumprimento do Direito da União Europeia – criado no caso *Francoovich*⁷¹ e desenvolvido em jurisprudência posterior⁷² – abrange não só actos ou omissões dos Estados imputáveis à função administrativa e à função legislativa, mas também imputáveis à função jurisdicional. A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias nos casos *Köbler* e *Traghetti del Mediterraneo*⁷³ confirma inequivocamente a responsabilidade dos Estados membros por incumprimento do Direito da União Europeia imputável ao Estado-Juiz, reiterando os requisitos ou pressupostos da obrigação de indemnizar do Estado membro por incumprimento imputável à função jurisdicional – i) a regra de direito comunitário violada ter por objecto conferir direitos aos particulares, ii) a violação ser suficientemente caracterizada (grave e ma-

71 Respectivamente, acs. do TJ de 30/9/2003, *Köbler*, proc.º C-224/01, Col., p. I-10239 e ss., e de 13/6/2006, *Traghetti*, C-173/03, Col., p. I-5177 e ss.

72 Respectivamente, acs. do TJ de 30/9/2003, *Köbler*, proc.º C-224/01, cit., n.º 55., e de 13/6/2006, *Traghetti*, C-173/03, cit., n.º 43. Os elementos referidos pelo TJ que devem ser tomados em consideração para a determinação da existência de uma violação suficientemente caracterizada são: o incumprimento da obrigação de colocação de uma questão prejudicial, o grau de clareza e de precisão da norma comunitária, o eventual carácter desculpável ou indesculpável do erro de direito cometido, o seu carácter voluntário ou a existência de um comportamento de um órgão comunitário que tenha favorecido ou não o erro. Sublinhe-se que não se trata de elementos de verificação cumulativa, nem a sua enumeração reveste carácter taxativo. Além disso, a sua verificação não implica necessariamente a existência de culpa e de um juízo de censura, de índole subjectiva, que lhe está subjacente – alguns dos elementos elencados apontam nesse sentido, outros não.

73 Ac. do TJ de 30/9/2003, *Köbler*, proc.º C-224/01, cit., n.º 56.

nifesta), e iii) existir umnexo de causalidade directo entre tal violação e o dano – e elencando os *elementos indicativos* a considerar para a apreciação de um requisito fundamental da responsabilidade do Estado-Juiz⁷⁴: a *violação suficientemente caracterizada*.

O Direito da União Europeia apenas admite a responsabilidade do Estado por incumprimento imputável à função jurisdicional no caso excepcional de violação grave e manifesta – e cuja apreciação é exigente em função do referido conjunto de elementos indicativos enunciados pela jurisprudência do TJ, em especial nos mencionados casos *Köbler* e *Traghetti del Mediterraneo*. O TJ entende todavia que existe violação suficientemente caracterizada quando a decisão do órgão jurisdicional nacional foi tomada violando manifestamente a jurisprudência do TJ em matéria de obrigação de reenvio prejudicial[□].

É certo que o Direito da União Europeia não afasta um regime nacional mais favorável ao lesado, mas esse regime não pode ser, em algum caso, *menos* favorável do que o regime comunitário – designadamente ao impor o requisito da culpa (ou o carácter anormal dos danos) quando o Direito Comunitário o não impõe enquanto pressuposto ou requisito da responsabilidade.

A jurisprudência *Traghetti* admite que os Estados membros possam precisar «os critérios, relativos à natureza ou ao grau de uma infracção, que devem estar preenchidos para que possa existir responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário imputável a um órgão jurisdicional nacional (...), mas esses critérios não podem, em nenhum caso, impôr exigências mais restritivas do que decorrente da condição da violação manifesta do direito aplicável». A mesma jurisprudência afirma ainda que o Direito Comunitário se opõe a um regime nacional que limite a responsabilidade do Estado membro por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do Direito Comunitário imputável a um órgão jurisdicional que decide em última instância pelo facto de essa violação resultar de uma *interpretação de normas jurídicas ou de*

74 Ac. *Traghetti*, cit., n.º 44.

uma apreciação dos factos e das provas e que limite essa responsabilidade aos casos de *dolo ou culpa* grave do juiz, «se essa limitação levar a *excluir a responsabilidade do Estado membro em causa noutros casos em que se tenha verificado uma manifesta ignorância do direito aplicável*, tal como precisado nos n.ºs 53 a 56 do ac. *Köbler*».

O carácter comunitário do princípio da responsabilidade estadual por incumprimento do Direito da União Europeia tem, pois, reflexos ao nível do regime material e processual nacional da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Não só este regime não pode contrariar o disposto pela Ordem Jurídica comunitária, como, sendo os tribunais competentes para aferir tal responsabilidade os tribunais dos Estados membros enquanto tribunais comuns de aplicação do Direito Comunitário, os Estados membros não podem, designadamente por via processual, tornar impossível ou excessivamente difícil a efectivação desse direito – em virtude do princípio da efectividade mínima^{75 76}. E o mesmo se diga relativamente à jurisprudência nacional em matéria de responsabilidade do Estado imputável à função jurisdicional, em especial em matéria de erro judiciário⁷⁷: a apreciação da responsabilidade estadual por incumprimento do Direito Comunitário imputável a um órgão jurisdicional nacional não pode ser idêntica à apreciação da responsabilidade estadual à luz do Direito nacional, se tal se traduzir numa apreciação mais exigente do que a permitida pelo Direito Comunitário – e, inclusive, numa violação do referido princípio da efectividade mínima.

As três condições fixadas pela jurisprudência comunitária atrás referidas são, pois, «necessárias e suficientes para instituir em favor dos particulares um direito a obter reparação, sem no entanto impedir que a responsabilidade do Estado possa ser efectuada em condições menos restritivas com base no direito nacional»⁷⁸. Em particular «a obrigação

75 Vide o Ac. *Francovich e o.*, cit., p. I-5415-5416, n.º 42 e n.º 43.

76 Segundo este princípio, as condições fixadas pela legislação nacional não podem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação. Vide também o ac. do TJ de 2/4/1998, *Norbrook Laboratories*, proc.º C-127/95, n.º 111.

77 *Supra*, notas 58 e 59.

78 Ac. do TJ de 4/7/2000, *Haim*, proc.º C-424/97, Col., p. I-5123 e ss., n.º 39.

de reparar os prejuízos causados aos particulares não pode ficar subordinada a uma condição extraída do conceito de culpa que vai além da violação suficientemente caracterizada»⁷⁹.

Quanto à desconformidade entre o regime nacional da responsabilidade civil por danos resultantes do exercício da *função jurisdicional* e o Direito da União Europeia, tal desconformidade traduz-se em quatro aspectos essenciais⁸⁰: i) na omissão, no conceito de ilicitude, de qualquer referência ao Direito da União Europeia; ii) na omissão de qualquer referência aos requisitos comunitários da responsabilidade do Estado; iii) na omissão de qualquer referência ao requisito comunitário da *violação suficientemente caracterizada* ou *violação manifesta*, bem como aos elementos relevantes para a sua aferição quando o incumprimento é imputável à função jurisdicional; iv) no caso de responsabilidade por erro judiciário, a sujeição do pedido de indemnização à prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente, fundamento daquele pedido.

O último traço de desconformidade apontado merece uma particular referência por ser um traço de desconformidade específico do regime da responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional por *erro judiciário*.

A exigência da revogação prévia, pela jurisdição competente, da decisão danosa, afigura-se desconforme com o Direito da União Europeia pelas razões seguintes; i) os requisitos comunitários fixados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça são, à luz do Direito da União Europeia, necessários e suficientes para instituir em benefício dos particulares um direito à reparação; ii) a autonomia processual dos Estados membros encontra-se limitada pelo princípio da efectividade; iii) ainda que, em nome do princípio da equivalência, se entendesse que a exigência de revogação prévia se aplica indistintamente a acções de responsabilidade emergentes de violação do Direito da União Europeia e de violação do Direito interno, a efectiva «revogação da

79 Quanto a outros traços de desconformidade em matéria de responsabilidade imputável à função jurisdicional vide Maria José RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2009, 3.2.2.2.

80 Cf. art. 678.º, n.ºs 1 a 3, do CPC.

decisão danosa» depende do sistema de recursos instituído pela legislação nacional – sistema que, por razões relacionadas com o valor da causa ou a sucumbência⁸¹, pode não admitir qualquer recurso no caso concreto, inviabilizando assim a efectivação do direito à reparação em casos de incumprimento do Direito da União Europeia; iv) a alteração introduzida pela reforma do processo civil decorrente da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto, no artigo 771.º do Código de Processo Civil, inserindo neste uma nova alínea (alínea f)⁸² prevendo que uma decisão transitada em julgado pode ser objecto de revisão quando «Seja inconciliável com uma decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado português»⁸³ também não se afigura suficiente para assegurar o pleno efeito do Direito da União Europeia. Em primeiro lugar, porque tal disposição não se aplica a processos pendentes em 1 de Janeiro de 2008, data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto⁸⁴. Em segundo lugar porque, ainda que se entenda – como deve entender-se – que a expressão «instância internacional de recurso» abrange os tribunais da União Europeia, os únicos meios contenciosos relevantes para o efeito seriam ou o processo das questões prejudiciais, ou o processo por incumprimento – meios contenciosos a que os particulares não têm acesso directo: no primeiro caso, porque a competência para suscitar uma questão prejudicial, ainda que suscitada pelas partes, é exclusiva do órgão jurisdicional nacional; no segundo caso, porque a legitimidade activa para iniciar um processo por incumprimento pertence, em exclusivo, à Comissão ou a um Estado membro – podendo os particulares lesados pelo incumprimento estadual formular apenas uma queixa dirigida à Comissão, a qual não prejudica o poder discricionário da Comissão quanto à abertura e de-

81 Vide também o art. 449.º, n.º 1, g) do Código de Processo Penal, decorrente das alterações introduzidas neste Código pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, o qual prevê a possibilidade de revisão quando «Uma sentença vinculativa do Estado português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça».

82 Cf. art. 11.º, n.º 1, e art. 12.º do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto. O n.º 1 do art. 11.º expressamente refere que sem prejuízo do disposto no n.º 2 (que não refere o art. 771.º do CPC), as disposições do diploma não se aplicam aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor.

83 V. o Ac. do TJ de 9/3/1978, *Simmenthal*, proc.º n.º 106/77, Rec., p. 629 e ss., n.º 17.

84 Cf. art.º 4.º, n.º 1, g), e n.º 3, a), do ETAF.

envolvimento do processo. Acresce que, à luz da Ordem Jurídica da União Europeia, a declaração do incumprimento estadual em sede de acção por incumprimento intentada no Tribunal de Justiça não é condição prévia da responsabilização dos Estados membros por incumprimento, nem da aplicação efectiva do princípio comunitário da responsabilidade daqueles Estados membros por incumprimento do Direito da União Europeia.

Deve entender-se, pelas razões expostas, que a condição da «prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente» não é aplicável quando esteja em causa a responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia imputável à função jurisdicional, com todas as consequências: em especial, quanto à admissibilidade da acção de responsabilidade e quanto ao efeito ab-rogatório do primado imposto pela jurisprudência *Simmmenthal*⁸⁵. Tal norma, quando se trate de efectivar a responsabilidade do Estado português por incumprimento do Direito da União Europeia imputável à função jurisdicional, deve considerar-se «inaplicável de pleno direito» – sem prejuízo de, em caso de dúvida, a jurisdição competente para a apreciação da responsabilidade do Estado imputável à função jurisdicional – jurisdição comum ou administrativa, consoante o caso⁸⁶ – colocar as pertinentes questões de interpretação do Direito Comunitário que entenda serem necessárias para a resolução do caso concreto, ao abrigo do artigo 234.º do Tratado institutivo da Comunidade Europeia.

Em síntese, quanto à articulação entre o novo Regime nacional aplicável à responsabilidade decorrente do exercício da função jurisdicional e o princípio da responsabilidade por incumprimento do Direito da União Europeia: a omissão do legislador relativamente ao princípio comunitário e respectivos requisitos não significa a irresponsabilidade do Estado português por incumprimento do Direito da União imputável ao Estado-Juiz; a aferição dessa responsabilidade deve ser efectuada à luz dos requisitos comunitários fixados

85 Ac. do TJ de 9/3/1978, proc.º 106/77, Rec., p. 629 e ss., n.º 21.

86 O presente texto foi concluído em 30 de Agosto de 2009.

pela jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça; as condições impostas pelo legislador nacional que se afigurem contrárias aos requisitos comunitários não devem ser aplicadas, em conformidade com o princípio do primado.

Tal significa que a jurisdição nacional competente para a apreciação da responsabilidade do Estado português imputável ao Estado-Juiz tem, na sua qualidade de juiz comum de Direito da União Europeia, uma responsabilidade acrescida, sob pena, inclusive, de incumprimento estadual.

Seria desejável que o legislador clarificasse, numa eventual alteração do Regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, em nome da certeza e da segurança jurídicas, a questão da responsabilidade do Estado por incumprimento da União Europeia, em especial no tocante à responsabilidade imputável à função jurisdicional – considerando devidamente o princípio comunitário da responsabilidade estadual por incumprimento do Direito da União Europeia e tornando o Regime conforme com aquele.

State liability for action of the judicial power - The Portuguese case

Abstract

The text analyses the main features of the Portuguese legal rules on the liability of the State due to judiciary power set forth by the Law n.º 67/2007 of 31 of December. The new Law provides a distinction between a general regime and a special regime applicable when there is a judiciary error as well as the impossibility of holding magistrates directly responsible even if an action of recovery against a

magistrate is possible in case of fault. The new rules raise some problems concerning its compatibility with the applicable European Law and therefore some modifications and clarification are required.

Key word: Liability of the judiciary. Judiciary error. National and European rules.

Referência deste artigo

MESQUITA, Maria José Rangel de. Responsabilidade do Estado por Acto Judiciário. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 345-374, jan./jun. 2010.

** Artigo recebido em: 18 mar. 2010. Aprovado em: 8 mai. 2010.*

Princípio da Legalidade: A garantia da proteção integral às crianças vítimas de abuso sexual – breve reflexão sobre depoimento sem dano

Paulo Roberto de Sousa Brandão

Mestre em Direito Público pela
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
Professor da Universidade Salgado de Oliveira
Juiz de direito.

Resumo

Resguardar a criança vítima de violência sexual, dentro do procedimento judicial, de forma a evitar sua revitimização é uma missão árdua, pois envolve todo um microsistema jurídico integrado pela lei, jurisprudência e comunicações sociais inseridas sobre o código, licitude/ilicitude. A discussão inicia-se na efetividade da proteção integral que produz uma complexa tarefa que envolve a inquirição da criança no momento em que ocorre

o fato, de forma a garantir ao mesmo tempo o processo de responsabilização do agressor. É evidente a questão interdisciplinar, principalmente no modelo proposto de depoimento sem dano. Urgentes e necessárias são as parcerias entre os atores do processo (Ministério Público, GPCA, Defensoria, Judiciário e rede de proteção).

Palavras-chaves: Criança. Legalidade. Abuso sexual. Proteção integral.

Art. 12.

1. Os Estados partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com regras processuais de legislação nacional (Convenção das Nações Unidas sobre o direito das Crianças)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, a saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

§4º – A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual contra a criança e o adolescente(Constituição Federal)

Art.155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares não repetíveis e antecipadas(Lei nº11.069, de 09 de junho de 2008, altera o Código de Processo Penal, Decreto – Lei nº 3.689/41

Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida



1 Introdução

A norma jurídica não pode ser vista isoladamente, como um todo que se basta a si mesmo, mas dentro de um quadro interativo, com relações particulares entre si, numa verdadeira integração, razão pela qual se observa, no presente trabalho, a questão da positividade da proteção integral das crianças vítimas de abuso sexual diante do procedimento processual penal. Estas relações precisam ser vistas dentro de um contexto interdisciplinar. Não se pode estabelecer nossos esforços só na lei 11.690/08, que recentemente alterou o Código de Processo Penal, pois se fracassaria no objetivo de visualização do sistema ou microsistema jurídico que se pretende operar.

Bobbio se mostra bastante elucidativo quando assevera: “(...) não foi possível dar uma definição de direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução”¹.

Para entender estrutura normativa, se partirá da concepção inicial que cabe ao Estado a prerrogativa do *juris dicere*, pronunciando-se acerca dos conflitos sociais, aplicando o direito a cada caso concreto.

E ao legislador, em especial, cabe o regramento que estabelece o procedimento a ser tomado e que dá legitimação ao sistema penal.

Quando a ordem reguladora processual penal, que se pauta no princípio da legalidade constitucional, vai de encontro à ordem social concreta, deixando de assegurar às crianças o direito à proteção integral, desconsiderando seu direito de expressar suas opiniões quando ouvidas em juízo, com base em sua maturidade e condições emocionais,

1 BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Polis: Brasília, 1989. p. 22.

provocando a inadequação daquela, que permanece produzindo seus efeitos jurídicos, com certeza, será objeto de desagregação social, tendo o Estado a obrigação de rever tal comando jurídico sob pena de contribuir para o aumento da criminalidade por parte daqueles que abusam sexualmente de crianças, isto é, uma negação do direito que estas têm de serem tratadas como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Neste sentido, a validade de uma norma pressupõe a existência de uma outra que estabeleça suas condições de validade.

Pautado nessa idéia cediça, é que Kelsen dispõe o ordenamento jurídico organizado na forma de uma pirâmide, em cujo ápice há a norma máxima que dará validade às normas inferiores, identificando o seu alcance e modo de exercício.

Em face destas considerações iniciais, observa-se que a proteção integral no que diz respeito à ouvida da criança vítima de abusos sexuais está assegurada no conjunto de leis que constituem o panorama legal para sua garantia, destacando-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que regulamenta o art.227 da Constituição Federal e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente; tem-se que considerar, ainda, a Lei nº 12.015 /09 que alterou, substancialmente o título VI do Código Penal, intitulando-o “Dos crimes contra a dignidade sexual”, introduzindo novos tipos penais incriminadores, promovendo a unificação de tipos antigos e modificando normas em geral. Há de se observar que o direito de punir do Estado está, visceralmente, vinculado ao processo penal, necessitando este mostrar-se mais justo e eficiente, principalmente, com relação à criança quando vitimadas.

A lei 11.690/08 alterou o tratamento em alguns pontos relacionados especialmente às provas no Código de Processo Penal e se entendem relevantes as questões levantadas, uma vez que em face desse jogo de moldagem ao caso concreto, é inconteste a complexidade da matéria.

Como já advertia Cesare Beccaria “uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência”².

E arrematava, ainda: “Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e evidentes”³.

É necessária uma exata compreensão dos limites e do alcance que se deve dar ao direito Processual Penal. A metáfora de Bobbio é bastante esclarecedora quando diz que para se conhecer bem as árvores há que penetrar no interior da floresta⁴. Precisa o intérprete se ater aos valores e princípios, para uma correta solução do caso concreto, necessitando a ordem legal ser coerente para ajudá-lo nesta sagrada tarefa.

Razão porque se busca legitimação do Direito Processual Penal nos diplomas constitucionais, porém não se trata, na realidade, da legitimação em si, mas sim de uma legitimidade formal, que como é cediço, corresponde a uma fase de seu desenvolvimento. Sendo uma ciência subsidiária e fragmentária, o Direito Processual Penal integra o ordenamento jurídico, tendo relação com os outros ramos e, principalmente, com o Direito Constitucional que serve de base, de filtro, como já compreendido acima, o que não é o mesmo que dizer que é ele legítimo; pode-se afirmar no máximo, que é ele legal. Percebe-se, sensivelmente, que o conceito de legitimidade é distinto de legalidade.

É submetendo-se ao diploma constitucional, para adquirir sua legalidade estatal, que o Direito Processual Penal assume os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma maneira inteligente de visualizar-se e colocar-se como legítimo, apenas sendo legal. É a visão do virtual como se fosse real. No entanto, observou-se que de real só existe a atuação arbitrária e ilegítima na ouvida da criança vítima de abuso sexual, que aconteceria em ambiente inapropriado, narrando-se para diversas pessoas completamente estranhas aos fatos,

2 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Hemus, 1983. p. 92.

3 *Idem*, p. 92.

4 BOBBIO, Op. Cit., p. 20.

situações constrangedoras que poderiam acarretar danos psíquicos depoimentos que ocorreriam em diversas ocasiões, revitimizando-as.

Entende-se, desta forma, que a legitimidade buscada pelo Direito processual Penal na construção da ouvida da vítima de crimes sexuais não passa de uma legalidade, sendo verificada uma visão virtual da legitimidade não concretizada.

Quando de uma análise acurada acerca desta busca, constata-se que existe uma ilusão jurídica, em que o sistema processual penal, utilizando-se da legalidade, trata os dois conceitos como sinônimos. Zaffaroni expõe muito objetivamente acerca do assunto: “O que existe é uma utópica legitimidade do sistema penal”.

O sistema penal é uma complexa manifestação do poder social. Por legitimidade do sistema penal entende-se a característica outorgada por sua racionalidade⁵.

A expressão racionalidade diz respeito à coerência interna do discurso jurídico-penal e ao valor de verdade quanto à nova operatividade social; assim, o discurso jurídico-penal seria racional, se fosse coerente e verdadeiro⁶.

A legitimidade de algumas normas do Direito processual Penal passa a ser questionada, quando o sistema penal se prende ao dever ser e desconsidera o ser.

Clóvis Bevilacqua, com muita propriedade, ensina:

Há realmente, no estudo de direito, uma parte que se destina ao conhecimento de leis e dos princípios jurídicos que não se condensam nos códigos, para dar boa aplicação dos preceitos legais aos factos ocorrentes e fazer funcionar a mecânica jurídica em consonância com a mecânica social. Mas a determinação dessa consonância exige indagações superiores, em que o espírito transcenda a uma ordem de idéias mais elevadas. A arte de aplicação soergue-se à categoria de sciencia.

5 ZAFFARONI. **Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal**. Revan: Rio de Janeiro, 1991. p. 16.

6 *Idem*, p. 16.



Esta ciência, para repousar em dados experimentais, deve consultar os documentos do direito humano, tanto quanto for possível, desde os homens primitivos e os selvagens até os civilizados⁷.

Como solução para a questão busca-se no Depoimento sem dano encontrar instrumento legal para garantir à criança e ao adolescente as prerrogativas de legitimidade com base no novo sistema penal.

Segundo o modelo observado, as crianças devem ser ouvidas nas dependências do Fórum, em sala especialmente projetada para esta finalidade, com móveis e brinquedos apropriados e equipamento preparado para a sua ouvida. O psicólogo ou assistente social irá colher o depoimento com fone de ouvido para que o juiz possa indicar questões a serem formuladas. As perguntas devem ser realizadas de forma que a criança ou adolescente possam entender, tudo assistido pelas partes conflitantes além de funcionários, por meio de um aparelho de televisão instalado nas salas de audiência. Com a gravação do relato, uma cópia é anexada ao processo, o que torna desnecessária a repetição da ouvida da criança e do adolescente.

É preciso ver a criança sob o prisma além do direito. Aceitar de forma simplista a norma legal como letra fria que precisa ser cumprida, porém sem nenhum sentido de legitimidade, é abrir a porteira para a proliferação da criminalidade. Desconsiderar o ordenamento protetivo que envolve a criança é recair em evidente abuso, menosprezando a primazia absoluta que alicerça a ordem fundamental.

Não resta dúvida de que é necessária uma profunda reflexão sobre o tema. A implementação e consolidação 'Depoimento sem Dano' possuem profunda significação social, vão ao encontro do princípio da dignidade humana. A finalidade é proteger a vítima de violência de mais traumas e ouvi-la, alerta para o fato da insuficiência de prova, o que acarretaria baixo número de condenações, entretanto, se faz necessária uma visão mais abrangente acerca do modelo proposto.

7 BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e Direito**. José Luiz da Fonseca Magalhães Editor: Bahia, 1896, p.12.

2 Considerações acerca da proteção integral nos crimes de violência sexual

O Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza a identificação e notificação dos casos, estabelece o papel do conselho tutelar, que seria o responsável por iniciar a avaliação da situação denunciada, desencadeando as medidas a serem tomadas pelas redes específicas de proteção (proteção da criança, afastamento da vítima do agressor, punição do agressor, tratamentos).

O tipo de delito em questão faz parte do rol dos crimes hediondos. Rotular tal conduta delituosa sem levar em consideração as circunstâncias que a rodeiam é ir além do que prevê a Constituição Federal, delineando um conceito puramente formal, que contraria a natureza das coisas, legislando de forma discricionária e apriorística, sem conceituar de forma objetiva, clara e concreta, sendo absolutamente obrigatória a consideração do ato praticado como repugnante, imundo, horrível, sórdido, abjeto, asqueroso, sinistro e medonho, o que leva a constatar a criminalização política das condutas e a aplicação da lei no impacto dos fatos, sem ponderação das peculiaridades próprias da conduta ilícita praticada, violentando os direitos fundamentais das crianças, dentre os quais a própria vida, a liberdade, a honra, a personalidade e afastando-se da responsabilidade de manter uma sociedade justa, igualitária, democrática e, efetivamente, mais humana.

A grande processualista Anamaria Campos Tôrres ensina com muita propriedade:

Por uma das crises político-sociais que passou o país, graves mudanças se operaram na orientação da política criminal, devendo-se sobretudo à pressão dos que fazem a imprensa, do que mesmo ao estudo aprofundado de motivos da criminalidade e busca de soluções para a base do problema, preferindo-se o espetáculo que vende jornais e revistas e serve de pão aos famintos de uma ordem social voltada para as desi-

gualdades, e não apenas para espetáculos circenses, onde se banaliza o crime e suas conseqüências, menos ainda suas raízes, razões últimas de seu acirramento⁸.

Paulo Bonavides, com muita propriedade, argumenta “Os direitos fundamentais são bússolas das Constituições”; assevera ainda:

a pior das inconstitucionalidade não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países desenvolvidos ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos, e financeiros sobre elas projetam.⁹

Neste diapasão, precisa-se, acima de tudo, observar a criança e o adolescente como sujeito de direito. A sistematização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente é feita tendo em vista a atribuição de valores à realidade sócio-cultural em que estes estão inseridos. Necessário se torna tecer parcerias, estabelecer o papel de cada instituição, criar diálogos, buscar a informação nesta obrigatoriedade de proteger, sensibilizando o cidadão para seu papel diante dessa grave questão.

È preciso diagnosticar a violência; tem que se saber encaminhar, parar de encobrir esta triste realidade; o problema existe. È preciso ouvir a família, valorizar a criança, fortalecendo sua autoestima, vencer um modelo social que está baseado na dominação, na exploração e na violência que vêm passando de geração a geração, aprofundando-se pela desigualdade social.

O Estado, elemento principal no combate a essa indignidade social, tem se mostrado omissivo no seu papel de mudança paradigmática. Busca-se em Boaventura dos Santos, em suas mais recentes constatações, ratificação dos pensamentos acima expostos. Para ele,

8 CAMPOS TÓRRES, Anamaria. Da Progressão do Regime Prisional. **Revista da ESMape**, Recife, v.9 n.19, 2004. p. 23-36.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9. ed. Malheiros: São Paulo, 1999.p.553.

O Estado nacional parece ter perdido em parte a capacidade política e em parte a vontade política para continuar a regular as esferas da produção (privatizações, desregulação da economia) e da reprodução social (retracção das políticas sociais, crise do Estado Providência); a transnacionalização da economia e o capital político que ela transporta transformam o Estado numa unidade de análise relativamente obsoleta, não só nos países periféricos e nos semiperiféricos, como quase sempre sucedeu, mas também, crescentemente, nos países centrais; esta fraqueza externa do Estado é, no entanto, compensada pelo aumento do seu autoritarismo, que é produzido em parte pela própria congestão institucional da burocracia do Estado e em parte, e um tanto paradoxalmente, pelas próprias políticas do Estado no sentido de devolver à sociedade civil competências e funções que assumiu no segundo período e que agora aparece estrutural e irremediavelmente incapaz de exercer e desempenhar¹⁰.

O autoritarismo estatal, observado por Boaventura, fruto de sua debilidade, reflete um grande fosso entre a ordem formal e material do constitucionalismo brasileiro. É preciso conter a violência que, fruto de todos nós, indivíduos, grupos, classes e que produz na criança danos físicos, emocionais, psicológicos, morais e espirituais. É importante se discutir depoimentos sem dano, mas entende-se que isso precisa ser visto dentro de um contexto maior de proteção sistêmica, em que todos os responsáveis pelo combate à violência à criança e ao adolescente interajam, sem vaidade e com inteligência, criando uma política de combate eficaz.

Sobre o caráter de adequação da política criminal, Figueiredo Dias refere que ela:

Se há-de condicionar estritamente pelo étimo jurídico-político de uma certa concepção do Estado”. Declara ainda que a política criminal é: “(...) infra-sistemática relativamente à concepção do Estado, já é, por outras palavras, imanente ao sistema jurídico-constitucional. As proposições político-criminais não-de ser, também elas, procuradas dentro do

10 SANTOS, Boaventura. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. Cortez, São Paulo, 1996. p 89.



quadro de valores integrantes do consenso comunitário e mediados ou “positivados” pela Constituição Democrática do Estado¹¹.

Refletir sobre a importância do depoimento sem dano se faz urgente, no entanto, toda esta perspectiva normativa desacompanhada de uma rede eficaz que possa atender a criança ao longo do procedimento (escola, IML célere e esclarecedor, rede de saúde, família, GPSA atenta, acompanhamento psicossocial efetivo, Ministério Público vigilante e Judiciário atuante), só gera revolta e descrédito por parte da sociedade. Já estabelecia Bobbio:

É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se, então, a formular normas genéricas, que contêm somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis¹².

Precisa-se de uma mudança de paradigma em face de não ser mais aceita a idéia de que todos os atores trabalham, que todos se conhecem, que todos têm a solução dessa grave questão, mas não interagem ou, quando interagem, é em longas discussões de seminários e congressos sem atitude interinstitucional; falta verba, vontade política, humildade, até quando. É na transição paradigmática que reside o trabalho ora proposto. Trânsito que se pode entender iniciado mas não findo e que precisa ser intensificado. Vale trazer do mestre Boaventura dos Santos:

A transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade. É um período histórico que não se sabe bem quando começa e muito menos quando termina. É uma mentalidade facturada entre lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas entre saudosismo anacrônico e voluntarismo excessivo. Se, por um lado, as raízes ainda pesam, mas já não sustentam, por outro, as opções parecem simultaneamente infinitas e nulas. A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incertezas, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas

11 DIAS, Figueiredo. A os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, 1983. p.12.

12 BOBBIO, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 20.

e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade. E repercute-se muito particularmente, tantos nos dispositivos da regulação social, como nos dispositivos da emancipação social.

Assim, observa-se que a proteção integral nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes tem função instrumental, indicativa, constitutiva e estruturante de idéias que, quando da leitura da lei, clareiam o trabalho do hermenêuta na busca da efetividade das normas.

3 Legalidade constitucional e ordenamento jurídico

Ao tratar o legislador sobre garantias constitucionais, deve observar que elas assegurem de forma obrigatória a proibição de tratamento da pessoa humana como coisa, como mero instrumento, pois gera, por parte da chamada sociedade includente, um débito muito grande em relações àqueles que vivem à margem desta proteção constitucional e entre eles a criança, vítima de abuso sexual na sua condição de vulnerabilidade, espera que apenas a graça divina, pois a esperança no homem há muito se perdeu. João Mauricio Adeodato esclarece, com muita propriedade:

Dogmaticamente, o Estado e a sociedade seriam os sujeitos passivos desses direitos fundamentais, obrigando-se o Estado não apenas a garanti-los diante dos demais indivíduos, mas, sobretudo, a respeitá-los ele próprio, abstendo-se seus órgãos de qualquer lesão ou ameaça de lesão a eles¹³.

Neste compasso, cabe ao magistrado buscar no princípio da proporcionalidade a efetiva garantia desses direitos fundamentais (questão bastante polêmica), no que se tratar sobre a produção da prova antecipada (art.156, inc.I) l e os meios utilizados no seu cumprimento, dando

13 ADEODATO, João Mauricio. **Princípio da legalidade**: Da dogmática Jurídica à teoria do Direito. Editora forense. Rio de Janeiro, 2009. p.87.



ênfase primordial à relevância (*fumus boni iuris*), uma vez que a prova está vinculada a processo futuro. Deve o juiz observar com bastante cuidado a incidência da legalidade penal, fazendo considerações pertinentes acerca da conduta delituosa praticada, verificando a tipicidade ou punibilidade em sede de cognição superficial. Cláudio Brandão esclarece com bastante precisão: juridicamente, o princípio da legalidade alcança a interpretação da lei penal e a fundamentação das Teorias do Crime e da Pena. Observa, ainda:

Com relação à fundamentação das teorias do crime e da pena, vemos que ambas alcançam o seu suporte na legalidade a partir da análise da norma penal. Com efeito, a norma penal incriminadora tem com requisitos formais o preceito e a sanção; do preceito decorre a teoria do crime, da sanção, decorre a teoria da pena¹⁴.

Considerando, também, a importância da prova, muitas vezes, a principal a ser produzida no deslinde do caso e urgência (*periculum in mora*), uma vez que em face do trauma sofrido pela vítima esta sofre um sério risco de correr danos psíquicos, caso tenha que sofrer diversas inquirições, revitimizando a criança.

Müller esboça que há plena “violação ao princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, manifesta”¹⁵.

Neste mesmo sentido, Gentz, quando citado por Bonavides, ensina que a proporcionalidade almeja o equilíbrio da relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta, para que se torne possível o controle dos excessos¹⁶.

14 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.51-52.

15 MÜLLER, Pierre. **Le Principe de la Proportionnalité in Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht**. Neue Folge: Basel, 1978. p. 218.

16 BONAVIDES, Paulo. Op.cit., p. 357.

Entretanto, não é pertinente resumir a questão da proporcionalidade apenas à análise dos fins e meios, ressaltando-se que a discussão somente destes dois aspectos tornar-se-ia discussão vazia ao presente trabalho, carecendo ser destacada a situação da criança e do adolescente, quando vítimas de crimes sexuais. Haja vista que a sistematicidade do direito não é resumida apenas à discussão jurídica do fato, tendo relevância conjunta a questões psicológicas, sociológicas e sociais, para se chegar ao equilíbrio do ordenamento jurídico, fazendo-se justiça e dirimindo conflitos, tudo com base em garantias fundamentais, conforme exsurge do art.227 da Constituição Pátria¹.

Corroborando o entendimento do autor, Braibant, citado por Xavier Phelippe, acrescenta mais uma pretensão à proporcionalidade disposta por Gentz, sendo a “situação de fato”, estabelecendo, assim, a relação triangular fim, meio e situação¹⁷.

Neste diapasão, expõe-se a efetividade das normas constitucionais, não desrespeitando a lei específica aplicável ao caso concreto, mas apenas ressaltando a validade dos direitos fundamentos e princípios fundamentais do homem e do Estado brasileiro.

Neste ínterim, ressaltando-se os princípios abordados no decorrer do trabalho, bem como a proporcionalidade funcionando similarmente ao Estado de Direito, deve-se garantir a plenitude dos direitos fundamentais. Caso não ocorra, estará o ato da autoridade pública viciado de inconstitucionalidade, por desrespeitos aos preceitos máximos do ordenamento pátrio.

Bonavides expõe em sua magnífica obra o entendimento de Grabitz acerca da natureza jurídica do princípio da proporcionalidade:

Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de

17 PHILIPPE, Xavier *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 357. Acrescentando entendimento de Gentz acerca dos elementos da Proporcionalidade. Inf: LE CONTROLE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LÉS JURISPRUDENCES CONSTITUTIONELLE ET ADMINISTRATIVE FRANÇAISE, Aix-Marseille, 1990. p. 64..

forma hesitante e causal, sem conseqüência sistemática evidente; desde o “Apotheken-Urteil”, porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do Estado. Sua principal função, o princípio da proporcionalidade a exercita na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve antes de mais nada, e não somente para isso, à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais¹⁸.

Por seu turno, invejando jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão em julgamento do caso Elfes, faz o autor seu, o sábio entendimento de Bonavides:

As leis para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar, materialmente, em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos na lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estatalidade jurídica e o princípio do Estado Social¹⁹.

Na concepção de Juarez Freitas, a efetividade das normas compõe-se em um processo de “interpretação sistemática das normas processuais nos vários escalões, sobrepondo-se em importância hierárquica e força cogente, numa hermenêutica autoconsciente de suas funções”²⁰.

Há de se ressaltar que a obtenção de provas sem a observância das garantias constitucionais ou em afronta ao determinado nas normas fundamentais de procedimento, com certeza vai de encontro ao princípio do devido processo legal; entretanto, há de se ponderar a natureza desta violação, de maneira a ser considerada inadmissível; se esta colheita de prova não invadir nem violar o princípio da ampla defesa, sendo de

18 BONAVIDES, Op.cit., p. 358.

19 BONAVIDES, Op. Cit., p. 384.

20 FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 164.

caráter nitidamente procedimental, não há de se falar em inadmissível, é preciso quando na execução do depoimento sem dano estar presente o indiciado, devidamente assistido por advogado, Ministério Público, o juiz, o responsável pela criança e adolescente e todos os funcionários necessários aos atos. Tomadas tais providências, deverá o magistrado determinar a realização de audiência para inquirição da criança vítima. Uma vez produzida a prova antecipada em juízo, deve ser colocada em autos apartados aos do inquérito policial, não havendo recurso ou oferecimento de defesa, em face de ter atingido seu objetivo, devendo permanecer em cartório.

Não fugindo da convergência de entendimentos acerca do caráter diretor da proteção integral à criança e ao adolescente, Figueiredo Dias²¹ ensina que: “estes exprimem os valores preferenciais e os bens prevalentes, em dado momento, numa certa comunidade, dando sentido à multidão de normas e permitindo ao aplicador da lei compreender os problemas do Direito, caminhando com segurança ao encontro de sua solução”.

Quando o legislador foge dessa compreensão, provoca sofrimento e dor e gera por parte de nossas crianças vítimas de abuso sexual uma sensação de abandono.

Não resta dúvidas de que no curso do processo a nova Lei foi bastante pertinente na busca da verdade real, no que diz respeito à determinação antecipada de prova de ofício pelo magistrado, entretanto, no caso da antecipação de prova antes de iniciada a ação penal, o magistrado poderá agir a partir do requerimento do Ministério Público ou, ainda, de representação da autoridade policial, jamais de ofício em face da quebra do princípio da imparcialidade, violando o devido processo legal previsto no art. 5º, inc. LIV da Constituição Pátria, apresentando-se como um clamoroso retrocesso tal permissividade.

21 DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Pena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v. 1, p.113.



4 Breves reflexões sobre o depoimento sem dano

A criança vítima de abusos sexuais há de se constituir na ordem primeira do ordenamento jurídico. O princípio da dignidade humana é o guia da hermenêutica que deve exteriorizar repulsa às práticas que contrariam esta ordem constitucional, por parte dos poderes públicos ou, aos particulares que objetivem expor o adolescente infrator à condição de coisa, em detrimento da sua condição de pessoa, sendo um dos grandes desafios da Justiça, em especial dos juízes da infância e juventude, operarem o que ficou estabelecido como doutrina da proteção integral.

A violência sexual é, sem dúvida, uma questão de gênero, pois ao longo da história crianças e adolescentes do sexo feminino são as maiores vítimas dos agressores, sendo estes compostos, em sua totalidade, por indivíduos do sexo masculino. Por traz deste fato estaria uma ideologia machista, equivocadamente, moralista que facilita o exercício do poder sobre criança e adolescente, legitimando os homens adultos a exercerem poder sobre as mulheres e os mais jovens, situação que vem se reproduzindo por séculos.

O art. 227, da Constituição Pátria, não pode ser visto isoladamente, como um todo que se basta a si mesmo, mas dentro de um quadro interativo, com relações particulares entre si, numa verdadeira integração, razão pela qual se observa no presente trabalho a questão da interdisciplinaridade.

Em relação ao processo de revitimização, no contexto estadual, em junho de 2008, matéria divulgada na página eletrônica do TJPE trazia a constatação de que a cada ano aumenta, em cerca de 15%, o número de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual no Brasil, colocando ainda que, em Pernambuco, no referido ano, até o mesmo mês, foram registrados 86 casos de estupro de crianças e adolescentes. Problema agravado pelo fato de o país ocupar a 4ª posição no ranking mundial de maiores números de sítios com conteúdo pedófilo. Destaque-se que,

após o trauma do abuso, crianças e adolescentes ainda têm como desafio romper a barreira da vergonha e do medo para prestar depoimento, muitas vezes ao agressor e/ou ao advogado sobre a violência sofrida.

Na base desse pensamento reconstrutivo, observa-se como bom exemplo o depoimento sem dano que busca a afirmação de que se torna urgente se encurtar a distância entre o dever ser normativo e o ser do mundo dos fatos em relação ao princípio da dignidade humana, em que a criança ou o adolescente vitimado possui o direito a receber do órgão julgador uma avaliação sobre todos os critérios estabelecidos pelo legislador, de forma abrangente e precisa, como caminho seguro para uma justiça criminal consoante com o princípio da proteção integral.

Segundo modelo proposto, crianças e adolescentes devem ser ouvidos nas dependências do Fórum, em sala especialmente projetada para esta finalidade, ficando a vítima resguardada de ver o agressor, de ouvir perguntas sobre o fato e de presenciar discussões inapropriadas entre o réu, testemunhas, defensores, promotores e juízes, durante a audiência na busca da verdade. Há destaque para o fato de que a criança ou adolescente não precisa depor diversas vezes, bem como que se deve valorizar as vítimas.

Não restam dúvidas acerca da complexidade da matéria, entretanto, percebe-se claramente que se trata de um procedimento judicial, sendo realizada pelo “juiz da instrução”, não sendo necessária a obrigatoriedade de psicólogos e assistentes sociais, o que não significa que não possam participar; aquele que quiser, estaria livre para fazê-lo.

Entende-se necessário ser observada a questão da excepcionalidade da participação da criança e do adolescente em audiência, sendo necessário avaliar e preparar as vítimas de violência sexual, devendo ser feita de forma interdisciplinar, em acordo com as diversas fases/protocolos contempladas no referencial teórico da entrevista forense: estabelecimento de confiança; avaliação de desenvolvimento; discussão sobre verdade e mentira; informação sobre a audiência/inquirição; práticas de

respostas sobre tópicos neutros; abordagem sobre supostos incidentes envolvendo abuso, com base em lembranças, com a utilização ou não de técnicas auxiliares (desenhos, bonecos anatômicos, etc). Perguntas que atribuam a responsabilidade da violência sofrida à criança devem ser entendidas como impertinentes, sendo indeferidas de pronto pelo juiz que poderá, também, determinar o segredo de justiça em relação a dados que possam comprometer a segurança da vítima.

A abordagem a violência sexual deve ser orientada para a família; para isto é preciso identificar as figuras parentais cuidadoras. Importante ainda é a cooperação estreita entre agências legais, a partir do entendimento da complementariedade das tarefas e saberes (GPCA, IML, Promotoria e TJPE) e os serviços de proteção à criança/políticas inter-setoriais – Assistência social (CERCA), Educação que protege), Saúde (mental/terapia, profilaxia/tratamentos às possíveis consequências da violência sofrida), direitos humanos, etc., de forma a bloquear a continuação da violência.

5 Conclusão

Diante do que foi coligido no decorrer do trabalho, não se tentou criar novas figuras procedimentais, mas demonstrar a necessidade de um mínimo de condições de aplicabilidade das normas, o que exige uma legislação técnica coerente e comprometida com o Estado Social e Democrático de Direito, para que não se transforme num direito autoritário que viole as prerrogativas constitucionais da criança vítima de abuso sexual.

Aplicar o depoimento sem dano em relação à conduta delituosa praticada pelo agente dentro das características inicialmente estabelecidas, desconsiderando tudo o que se diz a respeito da vítima, é desarmonizar os extremos contidos na igualdade normativa. De um lado, o tratamento perante a lei; por outro, o dado que caracteriza a natureza, as sociedades humanas e seus componentes, a diferença.

É mais que necessária uma reflexão sobre o tema, partindo da premissa que a responsabilidade pela violência sofrida jamais pode ficar com a criança, independentemente de ela ter sido passiva ou ativa na interação com o agressor adulto. A responsabilidade pela violência, entre estas a sexual, é única e total do adulto. A criança não consente ou gosta da violência sofrida, ela é vítima. Deve o juiz preservá-la de toda forma de violência, evitando uma nova vitimização.

Tem-se por pretensão expor um novo modo de interpretar a lei, não fugindo de seus princípios basilares, apenas tornando efetiva a interpretação dos mandamentos constitucionais, penais e processuais, se pode o juiz com fundamento no princípio da proteção integral, respaldado pela jurisprudência, estabelecer o depoimento sem dano, acolhendo a criança, preparando para inquirição através de uma visão interdisciplinar, realizando a escuta através de uma metodologia especial que a torne menos traumática e, finalmente, estabelecendo medidas de proteção.

Observa-se que os princípios adotam função instrumental, indicativa, constitutiva e estruturante de idéias que, quando da leitura da lei, clareiam o trabalho do hermenauta na busca da efetividade das normas.

Para Habermas a legalidade obtém sua validade a partir da suposição da legitimidade do ordenamento jurídico. A legalidade funda-se num assentimento racional dos sujeitos de direito livre e iguais que, após fundarem uma ordem jurídica justa e equitativa, creem na legalidade porque esta é derivada desse assentimento. Só é legítima a legalidade circunscrita em uma racionalidade cujo procedimento se situa em processo jurídico e argumentos morais. Em suas palavras:

Por conseguinte, se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no

sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental²².

A expressão racionalidade diz respeito à coerência interna do discurso jurídico-estatutário e ao valor de verdade quanto à nova operatividade.²³

Exige-se da Justiça grande desvelo na aplicação da regra jurídica adequada e justa, desempenhando papel crucial e imprescindível, através da efetivação do princípio da dignidade humana que deverá ser o guia da hermenêutica que irá ajudá-la nessa árdua missão, dentro de propostas reais que devam exteriorizar repulsa ao crimes sexuais praticados contra crianças, que contrariam esta ordem constitucional.

Legality of the guarantee of full protection to child victims of sexual abuse – a brief reflection on testimony without damage

Abstract

Protect the child victim of sexual violence within the legal proceedings in order to prevent their re-victimization is an arduous task because it involves an entire microsystem integrated legal by law, jurisprudence and social communications on the código.licitude inserted / illegality. This discussion starts on the effectiveness of protected areas that produces a complex task that involves the examination of the

child at the moment is the fact that to ensure both the accountability process of the aggressor. Clearly the question interdisciplinary, especially in the proposed model of testimony without damage. Urgently needed are partnerships between the actors of the process (the public prosecutor, GPCA, Defender, Judiciary and safety net).

Key words: Child. Legality. Sexual abuse.

22 HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997, p. 203.

23 *Idem*, p. 16.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Princípio da Legalidade – Da dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOBBIO, Norbert. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Polis: Brasília, 1989.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1983.

BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e Direito**. Bahia: José Luiz da Fonseca Magalhães Editor: 1896.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAMPOS TÔRRES, Anamaria. Da Progressão do Regime Prisional. **Revista da ESMape**, Recife, v. 9, n. 19, 2004.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v. 1.

DIAS, Figueiredo. Aos Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, 1983.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.



HABERMAS, J. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MÜLLER, Pierre. **Le Principe de la Proportionnalité in Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht**. Neue Folge: Basel, 1978.

SANTOS, Boaventura. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. Cortez, São Paulo: Cortez, 1996.

ZAFFARONI. **Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal**. Revan: Rio de Janeiro, 1991.

Referência deste artigo

BRANDÃO, Paulo Roberto de Sousa. Princípio da Legalidade: A garantia da proteção integral às crianças vítimas de abuso sexual – breve reflexão sobre depoimento sem dano. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 375-398, jan./jun. 2010.

* *Artigo recebido em: 23 mar. 2010. Aprovado em: 20 mai. 2010.*

O uso da arbitragem nas parcerias público-privadas e o princípio da indisponibilidade do interesse público

Sâmia Caroline dos Santos Silva

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-graduanda em Licitações, Contratos Administrativos e Lei de Responsabilidade Fiscal pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE

Resumo

A necessidade em atender à demanda social fez com que o Estado buscasse novos meios para possibilitar a retomada do desenvolvimento no país. Nesse contexto, as Parcerias Público-Privadas foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro mediante a Lei n. 11.079/04, a qual prevê a utilização de

procedimentos alternativos privados, como a arbitragem, para a solução de controvérsias entre a Administração Pública e os investidores privados.

Palavras-chaves: Arbitragem. Parcerias Público-Privadas. Contratos. Interesse Público.

1 Introdução

Sensível aos reclamos de modernização para alavancar o crescimento econômico do Estado, mediante a inserção de políticas estruturantes que atendam às necessidades dos cidadãos, verifica-se nos últimos anos a preocupação concreta do legislador em aproximar o sistema de gestão pública a esse ideal.

Essa preocupação é perceptível nas diversas normas recentemente inseridas no ordenamento brasileiro, tanto de caráter programático, a

exemplo dos artigos 22, XXVII, 37, XXI, 173, §1º, III e 175 da Constituição Federal, que estabelecem normas gerais para as licitações e contratações administrativas, quanto de aplicabilidade imediata e direta, como a Lei n. 8.666/93 e a de n. 8.987/95, a lei das concessões e permissões de serviços públicos, alterada pelas leis federais n. 9.047/95, n. 9.648/98, n. 9.791/99 e n. 11.196/05.

Nesse contexto, ensejando importante discussão no meio jurídico, destaca-se a Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que implanta a Parceria Público-Privada no Brasil, comumente chamada de PPP, um novo modelo de concessão, no qual o ente privado recebe uma contraprestação do ente público para a execução de serviços e obras públicas de grande valor, com o fito de diminuir os riscos de investimento do privado.

A necessidade de dar maior flexibilidade à relação contratual, em busca do equilíbrio entre as partes, dá-se em razão das contratações de PPPs caracterizarem-se pelo vulto dos empreendimentos, nos quais o Estado necessita de contribuição financeira das empresas privadas para poder realizá-los. A par disso, paradigmas entre dar maior relevo à igualdade de tratamento entre as partes e à obediência de princípios inerentes à Administração Pública e presentes nos contratos administrativos, carecem de uma resposta dinâmica aos conflitos criados por essa relação Administração Pública e particular, contratante e contratado, respectivamente.

Contrariando a tradição brasileira, a Lei das PPPs consignou no artigo 11, inciso III, a possibilidade de utilização de mecanismos privados para a solução de controvérsias, como a arbitragem, ainda que tenham como parte a Administração Pública. Como a Lei n. 9.307/96, em seu artigo 1º define os direitos patrimoniais disponíveis como objeto de litígio e as pessoas capazes de contratar como as partes que podem se submeter à arbitragem, o presente trabalho objetiva fazer uma análise pormenorizada de tal dispositivo à luz da doutrina, da jurisprudência e dos princípios constitucionais da Administração Pública, em especial o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Essa discussão torna-se propícia em razão do nosso atual contexto político-econômico, já que em 2010 serão iniciados os contratos de PPPs no Brasil de serviços e obras públicas para a Copa do Mundo de 2014 onde, uma simples contratação de serviços ou alienação de bens pela Administração Pública poderá se transformar em um campo fértil para fraudes se não for bem regulamentada, além de atrasar a solução de possíveis conflitos, caso não sejam julgados adequadamente.

Nesse particular, o presente trabalho propõe defender a utilização da arbitragem na solução de litígios de contratos administrativos de parcerias público-privadas. Para isso, far-se-á uma exposição histórica da arbitragem no Brasil, bem como seu conceito e natureza jurídica.

As parcerias público-privadas mereceram a mesma abordagem, além de sua distinção com a figura da privatização, são apresentadas as inovações trazidas pela Lei n.11.079/04 e as vantagens na adoção da arbitragem para dirimir os conflitos em seus contratos, com ênfase nos conceitos doutrinários de direito patrimonial disponível e de interesse público.

Para isso, o presente trabalho teve como sede o Direito Constitucional e Administrativo, com incursões pela Teoria Geral do Direito e Direito Econômico-Financeiro. Foi obedecida a técnica de pesquisa teórica, por meio dos procedimentos de coleta e análise de conteúdo de artigos, textos e legislação relativos ao tema.

2 Aspectos gerais da arbitragem

2.1 Arbitragem no Brasil

Na Constituição de 1824 é que encontramos o primeiro sinal de arbitragem no direito privado, contudo a sua origem no Brasil remonta às Ordenações Filipinas, e continuou vigorando mesmo depois da Proclamação da Independência.

Francisco Wildo Dantas (1997, p. 742) lembra que a arbitragem é anterior ao surgimento da jurisdição, em virtude de as partes recorrerem inicialmente ao Pretor para serem encaminhadas ao árbitro – um particular, que não era juiz, que decidia a lide. Posteriormente, no período conhecido como cognição extraordinária o pretor tomou as vezes do árbitro e passou a decidir os conflitos.

Em 1850 foi que a arbitragem passou a ser regulamentada pelo Código Comercial e pelo Regulamento n.737. Neles ficou disposta a sua obrigatoriedade para a solução de conflitos, independente da vontade das partes, nos casos em que envolvessem locação mercantil, matéria de ordem societária, naufrágios, avarias e quebras. Somente em 1886 que essa modalidade obrigatória foi retirada do ordenamento jurídico brasileiro, com a edição da Lei n.1.350/86 (TIBÚRCIO, 2001, p. 81).

Como os Estados-Membros após a Proclamação da República passaram a editar seus próprios Códigos de Processo, foi dado para cada ente federativo tratamento diverso à arbitragem, tanto voluntária como obrigatória. Posteriormente, a arbitragem passou a ser regulada pelo Código Civil, agora tão-somente voluntária, ganhando também espaço no Código de Processo Civil (TIRBÚCIO, 2001, p. 81).

2.2 Conceito

Selma Lemes (2007) define a arbitragem como uma modalidade extrajudicial de solução de controvérsias, em que as partes escolhem-na e se submetem voluntariamente à decisão do árbitro, cuja sentença alcança os mesmos efeitos da tutela jurisdicional do Estado, acarretando a mesma eficácia e segurança jurídica sobre a lide.

Verifica-se que a Lei n. 9.037/96 ampliou os poderes do árbitro ao tornar a sentença arbitral um título executivo, que não mais necessita de homologação do Poder Judiciário, salvo as sentenças arbitrais estrangeiras, que necessitam da homologação do STF. Contudo, a lei prevê hipóteses de atuação do judiciário no juízo arbitral, como no

caso de determinações cautelares ou coercitivas, no qual o juiz é chamado para praticar ato de império, cabendo a ele indeferir situações em que haja violação à ordem pública e/ou ausência de formalidade essencial (PEREIRA, 1999), já que o árbitro não possui esse poder de coerção.

Quanto ao objeto e a legitimidade para ser parte, o artigo 1º da lei de arbitragem dispõe que a matéria a ser submetida pela arbitragem deverá ser de direito patrimonial disponível e que todas as pessoas capazes de contratar podem ser partes em conflitos a serem solucionado por árbitros, ou seja, como a lei não fez distinção entre pessoa pública ou privada, todas as entidades da Administração direta e indireta podem se submeter à convenção de arbitragem quando firmar contratos, em razão de estarem exercendo a função gestora do Estado, como se verá adiante (GAMA E SILVA, 1945 Apud LEMES, 2007, p. 124).

2.3 Natureza jurídica

Arbitragem e jurisdição não se confundem. Jurisdição “é ao mesmo tempo poder, função e atividade” (GRINOVER, 2004, p.131). É a capacidade do Estado de decidir imperativamente, impor uma solução mediante um complexo de atos do juiz no processo, ao passo que arbitragem é heterocomposição. Esta se trata de uma técnica de solução de conflito, em que as partes escolhem um terceiro imparcial e de sua confiança para resolver o litígio. DANTAS (1997) acrescenta que o critério definidor de jurisdição em detrimento de arbitragem é o demonstrado por Calmon de Passos, quer seja, a aplicação coercitiva do direito, uma vez que o árbitro não possui poderes de executar o que foi decidido por ele, ainda que tenha o consentimento das partes. Esse trabalho cabe ao juiz instituído pelo Estado.

Quanto à natureza jurídica da arbitragem há uma dissonância na doutrina. Há três correntes: a contratual, a jurisdicional e a híbrida. A primeira é defendida por autores como Carlos Alberto Carmona, os

quais aduzem que a arbitragem nasce do acordo entre as partes, vez que a convenção delimita o poder de atuação dos árbitros (CARMONA, 1988 Apud LEMES, 2007, p.60-61). Já a jurisdicional seria por conta do resultado, em virtude de a decisão ser tomada por um terceiro imparcial, enquanto a híbrida, defendida por Selma Lemes, seria contratual na fonte e jurisdicional no objeto.

Lemes (2007) alerta para uma quarta natureza jurídica da arbitragem que vem sendo difundida por Cândido Dinamarco, que se refere à função do árbitro, a qual seria a parajurisdicional, nomenclatura criada por Mauro Cappelletti (DANTAS, 1997). Nela, alguns elementos jurisdicionais estão presentes na decisão do árbitro, como as sentenças arbitrais que apresentam de título executivo.

3 As parcerias público-privadas no Direito brasileiro

3.1 Parcerias público-privadas no Brasil: o que as distingue as privatizações?

Reflexo de uma nova concepção de Administração Pública – participativa, menos impositiva, sujeita a negociações e a concessões mútuas – as parcerias público-privadas surgiram em 1992 no Reino Unido como uma alternativa à falta de recursos orçamentários para investimentos em obras e serviços públicos.

No Brasil as PPPs foram inseridas no ordenamento jurídico com a Lei n. 11.079/2004. Curiosa foi a observação de Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira, em seu estudo sobre as PPPs, de que o caput do art. 1º não define as parcerias, apresenta tão-somente as modalidades administrativa e patrocinada. Em relação à primeira, há uma similaridade com as concessões comuns, com o aditivo de a contraprestação ser paga pelo parceiro público e por tarifa cobrada aos usuários. Já a segunda, inova ao colocar a Administração como usuária direta ou indireta. (FERREIRA, 2006, p. 31).

Elas diferem das concessões comuns por abrangerem obras de infra-estrutura precedidas de serviços como a construção e manutenção de rodovias, portos e ferrovias. Trabalham com um objeto de alta complexidade, o que acarreta elevado risco financeiro por conta do alto valor empreendido e da incerteza quanto à concretização do objeto, da contraprestação prevista no contrato e do retorno econômico esperado. Diante do exposto, buscando diminuir esses riscos, as PPPs apresentam um sistema de garantias, um prazo mínimo para o contrato e cláusulas de repartição de riscos e de penalidades. Outra peculiaridade é encontrada no inciso III, do §4º do art. 2º da Lei das PPPs¹, que veda fazer uso delas para atingir apenas um objeto, uma vez que essa faceta cabe às concessões comuns.

No que atina à garantia, há uma exigência no art. 8º de que elas sejam feitas em prol do particular, como forma de diminuir o risco financeiro e assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela Administração Pública. Nos contratos comuns elas são facultadas.

Gustavo de Oliveira (2005b, p. 22) observa que as cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos comuns das Leis n. 8.666/93 e n. 8.987/95 não estariam a princípio nas PPPs, justamente para equilibrar a relação contratual entre a Administração Pública e o particular, possibilitando maior negociação entre eles.

Embora haja dificuldade para atender satisfatoriamente todas as partes envolvidas – Administração Pública, entidades privadas e a sociedade em geral – as PPPs se mostram mais vantajosas do que as privatizações, vez que estas transferem para a iniciativa privada a tarefa de melhorar os serviços públicos e, em contrapartida, reduzem o papel do Estado a mero regulador e supervisor desses serviços (FRANCO, 2005, p.13). Inversamente, para a obtenção de resultados satisfatórios, as PPPs possibilitam que o Estado assuma a liderança na relação e busque alianças

1 Art. 2º da Lei n. 11.079/04: (...)

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

(...)

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

com os privados para juntos participarem do processo de investimento e modernização do país.

Agindo dessa forma, temos Chile, Inglaterra e Irlanda como os melhores exemplos de utilização das PPPs. Isabel Franco credita à estrutura institucional-política e jurídica o sucesso das PPPs no Chile, que se pautou na repartição de riscos, no planejamento, na análise minuciosa dos contratos, do ponto de vista técnico e econômico, além de consultas à sociedade com o fito de dar transparência e fazer com que ela se sentisse inserida ao processo. Da mesma forma, o Reino Unido tornou-se referência por compartilhar riscos para estimular investimentos privados. Tudo isso contribuiu para dar credibilidade às PPPs (LEMES, 2007).

3.2 As parcerias público-privadas na Copa do Mundo de 2014

Eleito em outubro de 2007 como país-sede da Copa do Mundo de 2014, o Brasil corre contra o tempo para atender às exigências da Federação Internacional de Futebol (FIFA) quanto ao melhoramento da segurança e da infraestrutura, já que o prazo estipulado para adequações expira em meados de 2012. Para cumprir com as metas, o governo brasileiro lançou a segunda etapa do Plano de Aceleração Econômica – PAC 2, que prevê entre outros, o investimento em obras aeroportuárias nas cidades-sedes dos jogos da Copa.

Quanto à construção e melhoramento dos estádios das doze cidades-sedes, uma das recomendações da FIFA foi a que os governos locais fizessem parcerias com a iniciativa privada em função dos vultosos empreendimentos². Outra preocupação da Federação, deveras importante, foi em relação à sustentabilidade econômica desses estádios pós-Copa, ante o exemplo do estádios da África do Sul, que possivelmente

2 Notícia veiculada dia 22 mar. 2010, no site oficial da Copa de 2014. Disponível em: <http://www.copa2014.org.br/noticias/2340/DOIS+CONSORCIOS+DISPUTAM+ARENA+CAPIBARIBE.htm>> Acesso em: 27 mar. 2010.

não terão utilidade com o término do torneio mundial e só acarretarão despesas aos investidores do projeto, em razão da pobreza da população local e do alto custo provocado pela tecnologia empregada nas arenas, que obviamente será repassada aos ingressos.

No Estado pernambucano, o governo utilizará a parceria público-privada para a construção de estádio em São Lourenço da Mata, Região Metropolitana do Recife. O estádio a ser construído, denominado Arena do Capibaribe, custará R\$ 472 milhões aos cofres públicos e o procedimento licitatório foi iniciado dia vinte e dois de março de dois mil e dez com a apresentação de proposta de dois candidatos, o grupo Odebrecht e o consórcio Andrade Gutierrez/OAS³.

A proposta pública é que o vencedor da licitação permaneça responsável pela operação do estádio durante trinta e três anos, sendo três de construção. O consórcio também fará a construção da Cidade da Copa, que inclui a construção de nove mil unidades habitacionais.

De fato, é inegável a vantagem de o empreendimento ser realizado com investimentos público-privados, contudo há uma preocupação no que se refere à Arena do Capibaribe tornar-se inacessível economicamente à população local ou um famoso elefante branco, sem utilidade alguma. Programas de incentivos foram propostos pelo Estado de Pernambuco, como a utilização da arena pelos clubes por determinado tempo, mas ofertas como essa se apresentaram tímidas, carecendo de ampliação de debate para as comunidades em geral.

O término das obras está previsto para o dia trinta e um de dezembro de dois mil e doze, exigência da FIFA, o que requer uma solução célere e adequada para dirimir eventuais conflitos entre as partes e assegurar-las quanto ao cumprimento das cláusulas acordadas. Por isso, o uso da arbitragem nos contratos de PPPs demonstra ser um valioso mecanismo, para atender à demanda de forma eficaz, consoante os fundamentos a seguir.

3 Informações retiradas do site "Portal Transparência", do Governo do Estado de Pernambuco. Disponível em: <http://www2.portaltransparencia.pe.gov.br/web/portaldatransparencia/exibirartigo?companyId=communis.com.br&articleId=3804>. Acesso em: 2. abr. 2010.

4 O uso arbitragem nas parcerias público-privadas

Diante da dificuldade do Poder Judiciário dar uma resposta aos litígios em tempo razoável, por conta do volume de ações judiciais, da insuficiência de juízes para atender adequadamente a demanda, seguida da falta de aparelhamento dos órgãos judiciários, a arbitragem mostra-se um procedimento alternativo célere e econômico às partes.

Primeiro porque a arbitragem passa confiabilidade às partes, vez que elas mesmas escolhem o terceiro imparcial para dirimir o conflito. As partes ao nomear o árbitro anuem previamente a utilização da arbitragem e o seu resultado (QUEIROZ, 2003).

A escolha de terceiros com especialidade técnica no assunto diminui o número de decisões equivocadas e demoradas, o que também representa economia às partes e aumento de qualidade das decisões. Decisões demoradas impedem que as partes disponham sobre os bens e direitos em litígio, fazendo com que elas arquem com o custo de oportunidade (PUGLIESE, 2008), ou seja, o *quantum* que as partes deixam de ganhar, por permanecerem à espera do efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado.

Embora a arbitragem se mostre inicialmente cara, nela o custo de transação cai em relação à prestação jurisdicional comum, pois, em geral, os árbitros contam com infra-estrutura adequada, suas audiências são menos solenes, o procedimento apresenta prazos reduzidos e não se submete a inúmeros recursos (DINAMARCO, 2001), logo há uma economia em longo prazo, haja vista a agilidade na sua conclusão, (PUGLIESE, 2008). A experiência do Chile demonstra que o uso da arbitragem nas parcerias público-privadas é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro, pois acelera a conclusão dos contratos, tornando-os mais atrativos aos investidores privados (FRANCO, 2005). Em síntese, ela é mais prática, segura e vantajosa e, com a redução do custo de transação, o negócio jurídico torna-se mais atrativo para ambas as partes.



4.1 A arbitragem e os princípios da Legalidade Administrativa e da Inafastabilidade do Poder Judiciário

Mesmo com todas as vantagens apresentadas acima e o comando legal (art. 11, III da Lei n. 11.079/04), diante da visão clássica do princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), por muito tempo se pensou que o uso da arbitragem em contratos celebrados pela Administração Pública violaria o princípio acima por carecer de legislação específica autorizadora.

A exigência de prévia autorização específica vem da noção já superada, de que a legalidade administrativa se restringe à legislação positiva. Nessa perspectiva, até mesmo as legislações de caráter geral não seriam suficientes para autorizar a Administração a submeter à arbitragem, como as encontradas no artigo 54 da Lei n. 8.666/93, no art. 23, XV, da Lei n° 8.987/95, no art. 1° da Lei n° 9.307/96, vejamos:

O artigo 54, *caput*, da Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre as licitações e os contratos administrativos, autoriza a utilização de forma supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado. O artigo 23, XV, da Lei n.º 8.987/95, que versa sobre as concessões, admite o modo amigável de solução de controvérsias contratuais. Já a lei de arbitragem (Lei n. 9.307/96) em seu artigo 1° dispõe sobre a arbitralidade subjetiva, ou seja, define aqueles que poderão se submeter à arbitragem e ela não estabelece qualquer restrição em relação à legitimidade das entidades públicas. Por fim, a Lei 11.079 de 2004, art.11, inciso III, previu expressamente o emprego da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas e ainda sim foi alvo de questionamentos.

Em verdade, o princípio da legalidade está inserido em um sistema de princípios do Estado Democrático de Direito, os quais regem a Administração Pública, não se reduzindo à mera legislação positiva. A idéia de legalidade desdobra-se conjuntamente com outros princípios constitucionais como o da boa-fé, razoabilidade-proporcionalidade, fi-

nalidade, segurança jurídica, contraditório, ampla defesa, interesse público e eficiência (LEMES, 2007, p. 98), os quais devem ser analisados sistemática e teleologicamente ordenados.

Assim, encara-se a lei como um simples de meio para atingir metas de interesse público, ao contrário da visão superada do modelo burocrático, que a trata como um compromisso a ser cumprido estritamente.

Nas circunstâncias atuais, a exigência de autorização legislativa específica se mostra anacrônica e exarcebadamente legalista e deve dar espaço aos imperativos da eficiência administrativa, que flexibiliza os meios utilizados pela Administração a fim desta realizar suas ações em detrimento do aumento do controle por resultados. Logo, não prospera o argumento de que falta legislação específica para autorizar a arbitragem em contratos regidos pela Administração Pública.

Da mesma forma, não prospera o argumento de que a arbitragem fere o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, esculpido no art. 5º, XXXV da CF/88, pelo caráter voluntário e alternativo de as partes escolherem a arbitragem para resolver seus conflitos.

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dispõe que a lei não deverá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito, mas não proíbe que as partes interessadas afastem da apreciação judicial suas questões ou conflitos. A arbitragem é uma faculdade e sua opção por ela não subtrai a jurisdição ordinária para apreciar questões suscitadas pelas partes (CUNHA, 1997). O que a CF/88 veda é a presença de dispositivos legais que obriguem as partes a se submeterem ao juízo arbitral em detrimento da via jurisdicional. A arbitragem é, portanto, mais um meio de solução de controvérsias, logo, não viola o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.



4.2 Arbitragem e o Princípio da Indisponibilidade do interesse público

Igualmente, não há qualquer violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

O artigo 1º da Lei nº 9.307/1996 estabelece que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para solucionar conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis. Em uma análise apresada, poderia se inferir pela impossibilidade do uso da arbitragem nos contratos administrativos em função do princípio da indisponibilidade do interesse público. Contudo, antes, faz-se necessário demonstrar o que é interesse público e de que modo o Estado atua para atingi-lo, haja vista nem todo ato emanado pelo Estado seja de interesse público.

Bandeira de Mello (2004, p.53) define o interesse público, não como um somatório de interesses individuais ou um interesse de um todo abstrato, mas o interesse de cada indivíduo, “enquanto partícipe da Sociedade”. Tal concepção afasta a idéia de que o interesse público pode não ser defendido por particulares e que essa tarefa cabe tão-somente ao Estado. Em verdade, o Estado foi criado com o propósito de atender aos interesses da sociedade e não às suas próprias vontades, de modo que os particulares não são estranhos à composição desses interesses e, em razão disso, a doutrina fez uma distinção entre os interesses públicos propriamente ditos (interesses primários) e os interesses do Estado, os chamados interesses secundários.

Foi o jurista italiano Renato Alessi o qual expôs a distinção entre interesse público primário – interesse da sociedade, da coletividade e interesse público secundário – o interesse do Estado ou fazendário (LEMES, 2007 b). O trabalho de Alessi permitiu evidenciar que o interesse público primário nem sempre coincide com o secundário, não havendo como confundir o interesse geral com o interesse da administração.

Os interesses primários englobam a Administração Pública no exercício pleno de sua função, como ente imparcial, enquanto que os inte-

resses secundários apresentam-se no desempenho das suas atividades de gestão, objetivando, por exemplo, a maior arrecadação dos cofres públicos, ainda que isto afronte à lei, logo o Estado pode apresentar objetivos contrários ao interesse geral. Para impedir isso, os interesses públicos da Administração (secundário) devem atender aos interesses públicos da sociedade (primários) e só poderão ser realizados quando coincidentes com estes (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p.57).

Quanto à indisponibilidade, verifica-se a existência de interesses da Administração Pública que podem ser mensurados ou não-satisfeitos (interesses secundários). São eles que podem ser submetidos à arbitragem. Contrariamente, aqueles que se referem ao atendimento imediato do interesse público primário são indisponíveis.

Sobre o assunto, verifica-se que o STJ se posicionou favoravelmente à aplicação da arbitragem nos contratos das sociedades de economia mista, com fulcro na distinção doutrinária entre interesse público primário e secundário e nos precedentes do STF⁴. Para o ministro relator Luiz Fux:

O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspondente indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

Mandado de Segurança concedido (STJ. 2008b)

Dessa forma, é perfeitamente cabível a previsão de compromisso arbitral nos contratos administrativos, uma vez que se objetiva atingir a economicidade e a continuidade dos serviços públicos, que nada mais

4 Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE-5206 AgR/EP, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382.

são do que a realização do princípio da indisponibilidade do interesse público. Ele se faz presente na arbitragem quando na decisão consideram-se os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, economicidade, motivação e continuidade do serviço público (MENEZELLO, 1997, p.825 apud GRINOVER, 2006, p.264).

4.3 Uma conciliação necessária: arbitragem e as parcerias público-privadas

A lei de arbitragem é geral e não faz distinção entre contratos privados e contratos administrativos. Comprovada a capacidade de contratar e possuindo direitos patrimoniais disponíveis, nada impede o uso da arbitragem nos contratos administrativos.

Para Selma Lemes (2007, p. 99), negar à Administração o uso da arbitragem nos contratos administrativos constitui uma ilegalidade, por reduzir o comando legal (Lei n. 9.307/96), e ao mesmo tempo uma inconstitucionalidade, por violar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, economicidade e eficiência, presentes na CF/88. Graças à combinação desses princípios é que a gestão administrativa modernizou-se, deu maior agilidade, economia e eficiência em sua atuação.

Contudo, Gustavo de Oliveira (2005a) alerta para a necessidade de uma compatibilização do procedimento arbitral com as peculiaridades dos contratos firmados pela Administração Pública, como é o caso das PPPs, como a previsão expressa no edital de licitação a possibilidade de convenção arbitral entre as partes, em função do princípio da legalidade e da vinculação do edital.

Outra peculiaridade da arbitragem é a possibilidade das partes escolherem quais as normas de direito material serão aplicadas na arbitragem, podendo optar pelo julgamento com fulcro em princípios gerais de direito, usos e costumes, todavia, em se tratando de contratos admi-

nistrativos, as partes não poderão eleger as formas de direito para dirimir litígios, haja vista as decisões acerca dos contratos administrativos, deverão ser tomadas segundo a legislação especial que os disciplina e pautadas no art. 37 da CF.

Igualmente, o sigilo, característica marcante no juízo arbitral não deverá ser atendido, em função do princípio da publicidade, salvo nos casos previstos na Lei federal n. 8. 159/91 e dos artigos 59 e 60 do Decreto n. 4553/02 (OLIVEIRA, 2005a).

5 Conclusão

No modelo como está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem cumpre com a finalidade almejada pela Constituição Federal, a de ser uma ferramenta alternativa capaz de dar uma resposta célere e eficaz à solução litígios.

Restou demonstrado ser perfeitamente aplicável a arbitragem aos contratos celebrados pela Administração Pública, desde que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, não sendo necessária legislação específica autorizadora, ante o princípio de legalidade administrativa, o qual está inserido em um complexo de princípios constitucionais que devem ser interpretados sistemática e teleologicamente. A arbitragem se mostrou não só cabível como necessária para atingir a finalidade pública, por conta da celeridade, economicidade e praticidade que apresenta.

No que tange às parcerias público-privadas, experiências alienígenas comprovam a possibilidade de desenvolver o país trabalhando junto com a iniciativa privada. E, para que seja aproveitado o potencial de participação do investidor privado em projetos fundamentais para o desenvolvimento do país, o Estado deverá assumir a liderança das parcerias, estabelecendo regras claras, treinando seus servidores para a nova realidade, a fim de garantir segurança contratual e diminuir os custos de transação.

Verifica-se, por oportuno, que não houve completa inovação nas modalidades contidas na Lei n. 11.079/04, são modalidades já conhecidas, mas que ampliaram o leque de atuação em relação aos contratos administrativos já existentes, tanto é que estão sendo amplamente utilizadas nos projetos de infra-estrutura da Copa de 2014, que será sediada por doze capitais brasileiras. Diante disso, é preciso que a população civil seja inserida nas discussões sobre as parcerias público-privadas, pois é ela quem arcará com os prejuízos de empreendimentos que desrespeitam o interesse comum, o interesse público primário.

Arbitration usage, Public-Private Partnerships and the non-availableness of Public Interest principle”

Abstract

The need to attend the social demand has led the State for the search to new measures to enable the resumption of development in the country. In this context, Public-Private Partnerships have been inserted into the Brazilian legal system by the Statute no.

11.079/04, which provides for the use of private alternative procedures such as arbitration to solve disputes between the government and private investors.

Key words: Arbitration. Public-Private. Partnerships. Contracts. Public Interest.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11308 / DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão unânime. Brasília, 28.06.2006. **Diário da Justiça** de 19.05.2006, p. 251. Disponível a partir de: <<http://juris.cjf.gov.br/Jurisp/Jurisp.asp>>. Acesso em: 01 abr..2010.

_____. 1ª Seção. Mandado de Segurança nº 11308 / DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão unânime. Brasília, 09.04.2008. **Diário da**

Justiça de 19.05.2008, Disponível a partir de: <<http://juris.cjf.gov.br/Jurisp/Jurisp.asp>>. Acesso em: 01 abr. 2010

CAMPOS, Ana Cecília Moura. Parcerias Público-Privadas: principais aspectos. **Revista da ESMape**, Recife, v. 10, n. 21, p.21-32, jan./jun. 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Arbitragem e Execução. Cognição e *Imperium*. Medidas Cautelares e Antecipatórias. *Civil Law e Common Law*. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, n. 109, p. 281-284, mar. 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. Arbitragem e o Princípio do Juiz Natural. **Revista da ESMape**, Recife, v.2, n.4, p. 282-295, abr./ jun. 1997.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Arbitragem – Considerações sobre a Constitucionalidade da Lei n. 9.307/96. **Revista dos Tribunais**, Recife, a. 86, v. 743, p. 741-744, set. 1997.

DELGADO, José Augusto. A Arbitragem no Brasil – Evolução Histórica e Conceitual. **Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, a. 11, v. 22, p. 115-147, jul./dez. 2003.

DINAMARCO, Júlia Raquel de Quiroz. Arbitragem e Administração Pública. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 26, p. 264-282, jan./mar. 2001.

DOMINGUES FILHO, Flávio Luiz Avelar. A Incompatibilidade entre a Parceria Público-Privada e os Princípios Inerentes ao Estado Regulador: Uma visão a partir da reforma do aparelho do Estado brasileiro. **Revista da ESMape**, Recife, v. 11, n. 24, p. 129-152, jul./dez. 2006.

FRANCO, Isabel. Experiências Alienígenas: Lições para o Brasil. **Revista Conexão Migalhas: PPPS – Parcerias Público-Privadas**, a.1, n.1, p.167, Campinas, 2005.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Parcerias Público-Privadas: aspectos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos. **Revista Científica de Direito Argumentum**, Recife, v. 2, p. 249-264, 2006.

LEMES, Selma. M. Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 115, jul./set., p. 441-468, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo Malheiros, 2004..

MOROLLI, Fábio Giusto. A Evolução do Direito Público e a Parceria com a Iniciativa privada. Transferência de Serviços Públicos de Natureza Social. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 51, p. 65-80, 1998.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio jun./jul. 2005a. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

_____. Parceria Público-Privada e Direito ao Desenvolvimento: uma Abordagem Necessária. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 3, ago./set./out., 2005b. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

_____. Direito ao Desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 16, nov./dez./jan., 2009c. Disponível em: <<http://www.direitodo-estado.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

PEREIRA, Valdsen da Silva Alves. et al. Aspectos Controvertidos sobre a Arbitragem. **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará**, a. 3, n. 06, p. 261-270, jul./ dez. 1999.

PILATI, José Isaac. Arbitragem: aspectos teóricos e a experiência catarinense. **Revista da ESMESC**. a. 5, v. 7, p.421-427, out. 1999.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. et. al. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jul. 2008.

QUEIROZ, Cristina Câmara Wanderley. Arbitragem como Forma de Alternativa de Solução de Conflitos de Interesse. **Revista do TRT 6ª Região**, Recife, v. 14, p.181-194, 2003.

RIGOLIN, Ivan Barbosa et al. **Manual Prático das Licitações** (Lei n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993). 7.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Gilberto Soares. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) como Instrumento Preponderante para a Retomada do Crescimento Econômico e suas Implicações em Face dos Novos Objetivos Estabelecidos pelo Programa de Aceleração e Crescimento. (PAC). **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 12, n. 25, p.737-762, jan./ jun. 2007a.

_____. A Efetividade das Parcerias Público-Privadas (PPPs) em Face da Necessidade de uma Maior Confiabilidade para Investimentos pelo Parceiro Privado, em Razão dos Elevados Riscos Apresentados para Concretização de Projetos. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 12, n. 26, p.73-94, jul./ dez. 2007b.

SOARES, Guido Fernando Silva. A Arbitragem Comercial Internacional no Direito brasileiro, nos termos da Lei n. 9.307 de 23.09.1996: Alguns aspectos. **Revista da Faculdade de Direito – USP**, São Paulo, v. 96, p. 475-499, 2001.

TIBURCIO, Carmén. A Arbitragem no Direito Brasileiro: Histórico e Lei n. 9. 307/96. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 26, n.104, p. 79-99, out./dez. 2001.

ULISSES FILHO, José Viana. Lex Mercatoria, Arbitragem e Contratos Econômicos: novas perspectivas internacionais. **Revista da ESMAPE**, Recife, a.1, n.1, p. 310-338. nov. 1996.

WALD, Arnaldo. A Evolução do Regime Constitucional da Parceria Público-Privada e do Capital Estrangeiro. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 179, p. 403-410, jul./set. 2008.

Referência deste artigo

SILVA, Sâmia Caroline dos Santos. O uso da arbitragem nas parcerias público-privadas e o princípio da indisponibilidade do interesse público. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 31, p. 399-420, jan./jun. 2010.

* Artigo recebido em: 23 mar. 2010. Aprovado em: 20 mai. 2010.

Audiências públicas: uma análise do instituto após a reforma do Estado

Wanilza Marques de Almeida Cerqueira

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE com linha de pesquisa referente a Relações Contratuais Privadas Supranacionais. Especialista em Direito Administrativo – UFPE. Oficiala de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

O artigo tem como propósito analisar o instituto das audiências públicas, sobretudo sua relevância dentro do atual contexto de Reforma do Estado e sua função legitimadora no processo decisório. Para melhor compreensão do tema, serão estudados alguns aspectos das audiências, tais como sua base normativa, suas características, sua

relação com o processo administrativo e seus efeitos. Serão debatidas, também, algumas decisões dos Tribunais brasileiros envolvendo a problemática.

Palavras-chaves: Audiências públicas. Participação popular. Legitimidade. Reforma do Estado.

Introdução

A audiência pública, quando estabelecida por lei, integra obrigatoriamente o processo administrativo, e através dela a autoridade competente abre espaço para o cidadão manifestar-se sobre uma decisão em vias de ser tomada.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto define audiência pública como

um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual¹.

Há uma necessidade de incremento da participação popular no processo político e administrativo, em virtude da “transposição do modelo tradicional da democracia representativa para o paradigma da democracia participativa e deliberativa”².

Acresça-se que as audiências públicas atendem aos princípios democrático e republicano, na medida em que insere o indivíduo nos debates sobre os assuntos de interesse coletivo. É interessante, neste sentido, a afirmação de Antônio Cabral de que

sem embargo, no Estado Democrático de Direito, não basta a observância da legalidade. Deve haver um constante e diário retorno à vontade popular, permitindo-se, com diversos mecanismos de consulta pública, que o verdadeiro titular do poder estatal oxigene, democrática e pluralisticamente, a atividade de seus representantes. A busca pela legitimidade das decisões estatais perpassa então a noção de democracia deliberativa, exercida por meio do debate público entre os diversos setores sociais envolvidos³.

Com isso, o instituto das audiências públicas torna-se cada vez mais importante diante das transformações do Direito Administrativo, pois confere transparência e legitimidade às decisões administrativas.

1 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Audiências Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 14, out./ dez. 1997.

2 CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**, São Paulo, a. 22, n. 7, p. 789, jul. 2006.

3 Idem, p. 790.

Este artigo tem por meta estudar as audiências públicas sob o enfoque da legitimação do processo decisório. Para tanto, preliminarmente serão debatidas as características essenciais das audiências, seus efeitos e sua relação com o processo administrativo. Posteriormente, passar-se-á à análise da relevância do instituto no cenário de reforma estatal. Por fim, serão trazidas a lume algumas posições adotadas pelos Tribunais brasileiros ao confrontarem a matéria.

1 Audiências públicas: base normativa e traços característicos

1.1 Audiências públicas como instrumento de participação popular

Diogo de Figueiredo Moreira Neto bem repara que

é na gestão no dia-a dia dos interesses públicos submetidos ao Estado, o que se contém e se promete na afirmação de um Estado Democrático de Direito. De Direito, porque fundado na legalidade do agir dos Poderes Públicos, e democrático, porque comprometidos com a legitimidade de suas decisões⁴.

Como ponto de partida do estudo sugerido deve-se esclarecer, afinal, o que é legitimidade. Nelson Saldanha define legitimidade da seguinte forma:

Proveniente também (como “legalidade”) de *lex*, *legis*, a palavra legitimidade encerra como uma ênfase qualitativa especial, na indicação ética que contém. Legitimar é, sob certo aspecto, justificar: dar um fundamento a uma pretensão, uma opinião, ma relação. Seu sentido se acha freqüentemente preso a um dado formal (pode por exemplo estar ligado ao da legalidade ou a algo equivalente), mas em princípio a exigência

4 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Audiências Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 15, out./dez. 1997.

de legitimidade vai além, e aponta para um nível mais fundo. Assim, o “legítimo” pode ser o “verdadeiro”, o “genuíno”, o “originário”, aludindo a uma qualificação específica, que abrange um plano normativo mas ultrapassa-o. Historicamente, todas as instituições contêm em si suas próprias formas de legitimação, que as justificam e as ajudam a impor-se: legitimação religiosa, ética, jurídica, etc⁵.

Não se pode deixar de citar as lições de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, os quais rejeitam a tese que o consenso é o elemento qualificador da legitimidade, pois há a manipulação do consenso até mesmo em Estados Democráticos e afirmam:

Ora, uma vez que o poder é o determinante, pelo menos parcial, do conteúdo do consenso e que, conseqüentemente, podem existir nele diferentes níveis de liberdade e de coação, não parece justo caracterizar como legítimo, nem um Estado democrático, nem um Estado tirânico, pelo simples fato de que em ambos se manifesta a aceitação pelo sistema⁶.

Diante de tal constatação, os autores formulam uma nova definição de legitimidade com intuito de superar as limitações e incongruências que este termo agrega. Para tanto, eles integram na definição

o aspecto de valor, elemento constitutivo do fenômeno. Podemos, pois, afirmar que a Legitimidade do Estado é uma situação nunca plenamente concretizada na história, a não ser como aspiração, e que um Estado será mais ou menos legítimo na medida em que torna real o valor de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes, isto é, na medida em que consegue aproximar a idéia-limite da eliminação do poder e da ideologia nas relações sociais⁷.

5 SALDANHA, Nelson. **Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1987. p.172.

6 BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. 12. ed. Trad. Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. v.2, p. 678.

7 BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. 12. ed. Trad. Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. v.2, p. 679.

A audiência pública é apenas um dos institutos que viabilizam a participação popular na Administração pública, os quais aumentam o grau de legitimidade do Estado, pois ajudam a construir um consenso a partir da manifestação de uma comunidade consciente e autônoma. Segundo definição precisa de Marcos Augusto Peres, esses institutos são

instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, ou através de representantes escolhidos especificamente para esse fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca de adesão, do consentimento, e do consenso dos administrados e, ao final, da abertura e transparência dos processos decisórios⁸.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a participação popular no processo administrativo está sedimentada em três institutos: a coleta de opinião, o debate público e a audiência pública.

A coleta de opinião é um processo de participação administrativa aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado exerce direito de manifestar sua opção, orientadora ou vinculativa, com vistas a melhor decisão do Poder Público.

O debate público, por sua vez, é um processo de participação administrativa, aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado tem direito de confrontar seus pontos de vista, tendências, opiniões, razões e opções com os de outros administrados e os do próprio Poder Público, com o objetivo de contribuir para melhor decisão administrativa.

8 PEREZ, Marcos Augusto. Institutos de participação popular na Administração Pública. Dissertação de Mestrado, Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientação: Profª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 1999. p. 77; *apud* SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito Brasileiro a partir da experiência norte-americana. **Fórum Administrativo**, jun. 2002, p. 752.

A audiência pública, já conceituada, acresce á características dos dois institutos anteriores um maior rigor formal de seu procedimento, tendo em vista a produção de uma específica eficácia vinculatoria, seja ela absoluta, obrigando a Administração a atuar de acordo com o resultado do processo, seja ela relativa, obrigando a Administração a motivar suficientemente uma decisão que contrarie aquele resultado⁹.

Os instrumentos de participação numa democracia são tão necessários para a configuração desta em sua plenitude que alguns autores como Augustin Gordillo, lembrado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, estabelecem uma sinonímia entre democracia e participação, ressaltando que as sociedades subdesenvolvidas carecem de sistemas participativos, enquanto as desenvolvidas os possuem das formas mais variadas.

A participação política, como observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

atende ao que se convencionou denominar de responsividade, dimensão ético-pragmática da ação política que complementa a responsabilidade política. Os dois conceitos são talvez os mais importantes da teoria democrática porque, em conjunto, trazem a chave da conciliação, sempre problemática, entre a expressão da vontade democrática e a racionalidade da ação política.

É por isso que o termo responsividade é apresentado em Política como complementar à responsabilidade: se se deseja que o Governo responda à influência válida dos governados, a solução há de estar na participação, pois tanto ela é instrumento de responsabilidade política, ou seja, de racionalidade, como de responsividade política, ou seja, de legitimidade¹⁰.

9 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Audiências Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, op.20, ut./ dez. 1997.

10 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Audiências Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 19, out./dez. 1997.

1.2 Base normativa das audiências públicas

As audiências públicas estão positivadas em algumas leis do ordenamento jurídico brasileiro, não tendo sede constitucional, tal como ocorre na Argentina, onde estão expressas na Constituição da Cidade de Buenos Aires.

Com isso, o desenvolvimento de estudos sobre as audiências públicas é importante no contexto do Mercosul. Além de a Argentina ter experiência mais avançada com este instituto, a integração comunitária entre países de realidades e culturas diferentes clama ainda mais pela aplicação de instrumentos de participação popular para legitimar as decisões.

A Constituição brasileira de 1988, no entanto, tem dispositivos que representam o incremento à participação popular, a começar pelo art. 1º, parágrafo único, o qual prescreve um modelo de democracia representativa e participativa ao ditar que “Todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição”.

O princípio da participação popular na gestão da Administração Pública encontrou abrigo na Constituição brasileira de 1988, conforme nota Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹, que pontifica como exemplo, os arts. 10, 187, 194, 194, VII, 198, III, 204, II, 206, VI e 216, §1º, bem assim os instrumentos de controle, como se vê, entre outros, no art. 5º, XXXIII, LXXI e LXXIII, e no art. 74, §2º.

Pode-se apontar como previdentes da audiência os seguintes dispositivos: art. 39 da Lei nº 8.666/93; arts. 19, III, e 42 da Lei nº 9.472/97; art. 19 da Lei nº 9.478/97; arts. 29, 31, 32 e 34 da Lei nº 9.784/99; art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99; art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; art. 9º, § 4º, da LC nº 101/00; art. 40, § 4º, I, da Lei na 10.257/01; art. 68 da Lei nº 10.233/01; e ainda a Resolução nº 9/87 do Conama, art. 2º.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, s.d. p. 518.

Além de servir ao Direito Administrativo, a audiência pública no Brasil também se presta para subsidiar o desempenho da função legislativa, conforme art. 58, §2º, II, da Constituição da República de 1988, da função judiciária (art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/1999) e da missão institucional do Ministério Público (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/1993)¹².

1.3 Características e requisitos para uma audiência pública ideal

A audiência pública, como leciona Lúcia Valle Figueiredo¹³, serve para defesa do interesse público, da coletividade, representando, assim, autêntico direito difuso. Não se trata de um direito individual, mas de direito público subjetivo de defesa da comunidade, que só mediatamente tem natureza individual. Não é direito do administrado ou interessado apenas, mas do cidadão.

Um requisito da audiência, para ser considerada válida, é sua oralidade, como já sugere a etimologia da palavra – proveniente de ouvir. A autoridade administrativa deverá convocar a sociedade para efetivamente discutir propostas. O diálogo entre a Administração e os indivíduos é fundamental, e, portanto, não pode ser celebrada uma sessão em que o público permaneça passivo e silente.

Deve-se, também, dar ciência ao público da realização da audiência com antecedência, para que todos possam participar e preparar-se para o debate. A divulgação da audiência deve ser feita por meios de comunicação que permitam à comunidade tomar conhecimento desta.

12 SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145>>. Acesso em: 24 nov. 2007.

13 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 8. v.1, nov. 2001, p. 1. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 mar. 2007.

Só com a publicidade, a transparência, finalidade da audiência e princípio da Administração, poderá ser assegurada. Se o prazo mínimo entre a convocação e a reunião (que deve ser aberta) não for prescrito em lei, deve-se atender à razoabilidade.

As audiências públicas são um instrumento de participação e conferem legitimidade ao processo decisório, como visto, mas deve-se cuidar para que haja a legitimidade dentro das próprias audiências, por isso a participação do cidadão deve ser efetiva.

A falta de representatividade da população nas audiências é um problema grave, pois na prática percebe-se que só comparecem a elas os partidários de certa posição política, que foram convocados à surdina, enquanto os demais interessados são excluídos sem nem sabermos disto.

Deve-se mitigar, então, a possibilidade de manipulação política do instituto, e para isso a publicidade da realização do debate em um prazo razoável e a possibilidade de cada interessado falar e opinar é fundamental.

O registro da audiência é outra necessidade, pois as atas das audiências podem servir tanto para a Administração provar que agiu de acordo com a vontade popular, como para os cidadãos que desejem posteriormente contestar uma decisão administrativa ou judicial contrária à conclusão da audiência. Além da ata escrita é interessante ter o registro da audiência em áudio e vídeo, também para atender à referida finalidade probatória.

No Brasil, as conclusões das audiências não são vinculantes, pois tal efeito não é previsto em lei. Não se pode com isso, no entanto, desrespeitar-se a etapa da audiência, pois se esta é prescrita como procedimento deve ser realizada devidamente, sob pena de anulação do processo ou ato administrativo deste resultante. Ademais, apesar de não vinculantes, as audiências públicas produzem relevantes efeitos jurídicos.

2 Principais efeitos das audiências públicas quando integrantes do processo administrativo

De antemão, nota-se que o debate prévio entre Administração e indivíduos acaba refutando litígios. As audiências funcionam como instrumento para uma Administração consensual, pois efetiva uma ponderação de interesses e fiscalização prévia da atividade administrativa.

Além de colaborar para o consenso no âmbito administrativo, a realização da audiência gera relevantes efeitos processuais, pois representa o princípio do contraditório no processo administrativo em seu sentido contemporâneo e impõe um ônus argumentativo ao administrador e ao magistrado.

A audiência pública mostra-se como mecanismo hábil a promover o equilíbrio entre as esferas estatal e individual, possibilitando a participação do administrado na formação das decisões que irão atingi-lo e permitindo que as pessoas informem-se das diretrizes da Administração. Como avalia Gustavo Henrique Justino de Oliveira, as audiências cumprem um duplo papel informativo, pois

de um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de outro, habilitam o órgão administrativo “decididor”, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, pois estabelece um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa¹⁴.

A colaboração dos interessados, via audiência pública, representa uma garantia da ampla defesa e do contraditório, e, mais precisamente, da existência no processo decisório do devido processo legal material ou substantivo.

14 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 209, p.277, jul. /set. 1997.

Agustín Gordillo¹⁵ ensina que a aplicação do princípio da audiência individual às audiências públicas, hoje universal, tem origem do direito anglo-saxão, pois o direito inglês fundamenta-se no princípio de justiça natural – que também informa a garantia de defesa no caso particular – e o direito norte-americano baseia-se na garantia do devido processo legal. Este princípio teoricamente consagrado deve ser observado também nas audiências, com a ouvida da população antes da emissão de normas jurídicas administrativas e, inclusive, legislativas de caráter geral, bem como antes da aprovação de projetos de grande importância, que causem impacto ao meio ambiente ou à comunidade. A audiência pública integra, portanto, a garantia constitucional do devido processo legal em seu sentido substantivo, como parte da clássica garantia de audiência prévia.

Ainda quanto ao contraditório, Antonio Cabral¹⁶ observa que na atualidade ele representa o direito de influenciar, condicionar as decisões do Estado, a partir do direito de expressão aberto e pluralista. Decompondo-se o princípio em sua concepção contemporânea, percebe-se que este pressupõe: a) informação prévia; b) direito de manifestação; c) o direito de ver seus argumentos levados em consideração, correlato com o dever de atenção imposto à autoridade a quem cabe decidir.

15 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, p. XI-2. Disponível em: <http://www.gordillo.com/Pdf/2-6/2-6*XI.pdf>. Acesso em: 05 de jul. 2007. Eis um trecho significativo sobre o tema “En el derecho inglés se fundamenta en el principio de justicia natural que también informa la garantía de defensa en el caso particular y en el derecho estadounidense en la garantía del debido proceso legal que nuestra propia Constitución e interpretación constitucional también han recibido. En otras palabras, es ya un principio al menos teórico suficientemente reconocido que también debe cumplirse la audiencia, esta vez con el público, antes de emitir normas jurídicas administrativas e incluso legislativas de carácter general, o antes de aprobar proyectos de gran importancia o impacto sobre el medio ambiente o la comunidad. Se trata pues, en este segundo supuesto, de la audiencia pública, que integra como parte de la garantía clásica de audiencia previa, la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo. Pero el derecho comparado ya de antaño introduce una segunda forma de cumplir con el antiguo principio audi alteram partem y es la necesidad política y jurídica de escuchar al público antes de adoptar una decisión, cuando ella consiste en una medida de carácter general, un proyecto que afecta al usuario o a la comunidad, al medio ambiente, la designación de un magistrado de la Corte Suprema, etc. Su campo de aplicación es sumamente amplio y si se la considera en el marco ampliado de la participación ciudadana ostenta diversas variantes y ramificaciones. Su funcionamiento supone necesariamente que la autoridad pública someta un proyecto al debate público, proyecto que debe tener el suficiente grado de detalle como para permitir una eficaz discusión. Según WADE, “la regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte del campo de la administración,” “esta regla abarca toda la noción de procedimiento leal (fair procedure), o debido proceso, y es apta de gran elaboración en detalle.” Dicho acceso y participación pública es, al igual que en la garantía individual de defensa, para que pueda ser oído com debate y prueba, con conocimiento pleno y directo del expediente y del proyecto oficial con los detalles de su instrumentación, con la posibilidad de hacer un alegato y el derecho a obtener una decisión fundada sobre sus peticiones”.

16 CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**. São Paulo, a. 22, n. 7, p. 791, jul. 2006.

Neste sentido, acerca da relação entre o instituto da audiência pública e o atendimento ao princípio do devido processo legal, é oportuno destacar que

todas as vezes que a Administração Pública resolve limitar o exercício de direitos individuais, deve assegurar ao interessado o direito de ser previamente ouvido, relacionando-se essa garantia com o direito de defesa, o princípio do contraditório e com o devido processo legal. Esse princípio clássico da audiência prévia se projeta para a audiência pública, como regra de validade quase universal, expressando a garantia constitucional do devido processo legal em sentido substantivo, visto que ela deve se realizar antes de ser adotada uma providência de caráter geral, tal a edição de normas jurídicas administrativas ou mesmo legislativas e a aprovação de projetos de grande impacto ambiental. Com efeito, além de efetivar a garantia de receber informações da Administração e de ser ouvido por ela, a audiência pública também possibilita o pleno exercício da defesa e do contraditório pelo cidadão, individualmente ou através de associações¹⁷.

No que se refere ao ônus argumentativo ao administrador e ao magistrado, pode-se dizer que é consequência do contraditório descrito e representa a atuação da audiência como vetor interpretativo e concretizador do interesse público. Alguns autores como Lúcia Valle Figueiredo denominam este fenômeno de “inversão do ônus da prova”.

Vale a pena citar o trecho em que a referida autora identifica essa consequência, quando afirma que a audiência não é vinculante ao administrador,

que poderá justificar a necessidade de realização da obra ou serviço da maneira pretendida, e realizá-los. Todavia, como se poderá inferir, passa ser questionável a legitimidade de obra ou serviço recusados pela comunidade, ou, mesmo, questionados, até, às vezes, no tocante à maneira de realizá-los. Destarte, a primeira grande consequência, verificada por nós: inverte-se, em termos de controle, o ônus da prova. Há

17 SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145>>. Acesso em: 24 nov. 2007.

necessidade de a Administração provar que sua decisão, não obstante desacolhida ou questionada pela comunidade interessada, ou acolhida em outros termos, foi bem tomada. Nota-se, em consequência, a presunção de que a obra ou o serviço poderia entrar em atrito com os princípios vetoriais da Administração Pública¹⁸.

Antônio Cabral, com mais precisão técnica, denomina de ônus argumentativo esse efeito aludido, o qual é imposto aos órgãos administrativos e judiciais que desejarem afastar-se da conclusão popular. Em direito processual esse ônus argumentativo representa um incremento ao dever de fundamentação em determinados casos em que o ordenamento estabelece um primado apriorístico (prima facie Vorrang) de certos valores, interesses e direitos em detrimento de outros. Assim, quando observada essa “hierarquia” valorativa, para que o magistrado faça prevalecer o bem, valor ou direito que não aquele prima facie prevalente, deve ter “razões mais fortes”(stärkere Gründe) do que seria necessário para justificar a decisão em benefício do interesse privilegiado pela ordem jurídica¹⁹.

Desta forma, os Poderes Executivo e Judiciário quando desejarem se afastar de uma conclusão da audiência pública, formulada pelo verdadeiro titular do Poder (povo), deverão fundamentar e justificar plenamente tal decisão.

4 Audiências Públicas e Reforma do Estado

4.1 Panorama histórico

A multiplicidade e a pluralidade de interesses públicos provenientes da ampla competência assumida pelo Estado em nível constitucional,

18 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 8. v.1, nov. 2001, p. 4. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 mar. 2007.

19 CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**. São Paulo, a. 22, n. 7, p. 793, jul. 2006.

inaugurada pelo Estado Social e pelo Estado Democrático de Direito, ainda existem mesmo em face ao neoliberalismo. Há vários interesses tutelados pela Constituição e se reconhece a necessidade de participação das minorias e de respeito a estas.

Ao mesmo tempo, o Estado tem dificuldade de assegurar tais direitos econômicos, sociais e culturais conferidos em nível constitucional a seus cidadãos. A falta de prestação dos direitos assegurados provoca a erosão da consciência constitucional e a perda da credibilidade do Estado e de suas Instituições. Por isso, percebe-se que há uma tendência em se redefinir o papel do Estado.

As garantias de índole social provenientes do Estado Social devem ser mantidas, afinal foram conquistadas através da luta e do sofrimento de muitos, mas ao mesmo tempo a Administração estatal não é capaz de assegurá-las de modo satisfatório. A solução proposta para a crise foi a redução do aparelho estatal, um modelo de Estado mínimo. Não se pode, no entanto, acreditar-se novamente no próprio Mercado como capaz de reger a vida em sociedade, como se pensava quando o Estado Liberal estava em voga.

Caio Tácito²⁰ identifica o objeto do direito administrativo em face das funções que a Administração Pública assume em razão das transformações sociais e históricas, e com isso ajuda a compreender-se o fenômeno reforma do Estado. O autor afirma que atualmente o direito público restaura a presença do empresário na economia e valoriza a participação popular na gestão – até mesmo no controle da atividade administrativa.

Seria como se o pêndulo retornasse ao período de retração de ingerência direta estatal, tal como no Estado Liberal, com a distinção de que agora se busca uma harmonia entre o estímulo à dinâmica da iniciativa privada e a maior responsabilidade pública em áreas essenciais ao bem-estar social. Vigê atualmente a “era do direito administrativo participativo”, em que há “o casamento do poder com a cidadania no plano

20 TÁCITO, Caio. As transformações do direito administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, fev. 1999, p. 82.

interno e a comunhão da soberania com a cooperação internacional no direito comunitário”²¹.

A Reforma do Estado brasileiro, iniciada na década de 90, é um reflexo dessa necessidade de reorganização. A Administração Pública sofreu alguns ajustes, sobretudo com a Emenda Constitucional nº 19. A eficiência passou a ser um princípio expresso e a função reguladora do Estado foi acentuada, em decorrência do crescente movimento de desestatização.

4.2 Principais mudanças e suas implicações nas audiências públicas

O modelo clássico de Administração Pública foi rompido. As agências reguladoras, por exemplo, quebraram a unidade no interior da Administração Pública. Como observa Gustavo Binembojm²² não há mais a recondução direta de todas as ações administrativas ao governo e o desenho piramidal de Administração Pública deu lugar a uma configuração policêntrica.

A crise do paradigma da unidade administrativa é de difícil superação, mas o caminho a ser trilhado para sua aceitação e harmonização com o Estado Democrático de Direito brasileiro passa, obrigatoriamente, pela adoção de instrumentos de legitimação. Eis a importância das audiências públicas diante do policentrismo assistido, já que configuram uma forma de participação popular na atividade administrativa.

O exercício do poder pelo povo e para o povo é assegurado pelo princípio democrático, que gera, além dos direitos de elaboração legislativa, os direitos participativos, que “fundamentam pretensões à satisfação dos fins sociais, culturais e ecológicos da igualdade de gozo das liberdades privadas e dos direitos de participação política”, de sorte que o

21 *Idem*, p. 84

22 BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista brasileira de Direito Público: RBDP**, Belo Horizonte, a. 4, n. 14, p. 14, jul./ set. 2006.

próprio conceito de democracia se assenta no princípio participativo, o qual integra o conceito de Democracia Social. Consulta popular (ou enquête) e audiência pública constituem técnicas de execução desse processo participativo verificado na Administração Pública. O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela participação direta, referindo-se à terceira fase de evolução da Administração Pública, em que o particular, individual e pessoalmente, influencia na gestão, no controle e nas decisões do Estado, como decorrência do princípio democrático. A democracia participativa, assim, é conseqüência da insuficiência da democracia representativa reinante no final do Século XX e decorre da exigência da presença direta dos particulares na tomada de decisões coletivas, através das audiências públicas, por exemplo²³.

Como acentua Diogo Moreira Neto²⁴ a consensualidade na atividade administrativa contemporaneamente não só substitui as expressões imperativas tradicionais, como as complementa de modo vantajoso. Assim, para o melhor atendimento de inúmeros interesses públicos, é mais profícuo para o Estado atuar como parceiro do que como órgão de coerção. As clássicas relações de subordinação cederam espaço para as de coordenação, nas quais o Estado pode agir com mais eficiência e menores custos. Enquanto a administração pública é caracterizada como unilateral, hierarquizada e linear, a coordenativa é multilateral, equiordinada e radial.

Maria Sylvia Zanella de Pietro²⁵ destaca que nesta terceira fase da Administração Pública, do Estado Democrático de Direito, a participação do particular já não se faz por delegação do poder público, nem por colaboração em uma atividade paralela, mas mediante a atuação direta do particular na gestão e controle da Administração Pública. Há a diminuição das barreiras entre a sociedade e o Estado, o princípio democrático norteia este novo modelo de Administração e a burocracia tende a ser reduzida.

23 SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145>>. Acesso em: 24 nov. 2007.

24 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Audiências Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 12, out./dez. 1997.

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 32, jan./mar. 1993.

A participação popular como mecanismo de legitimação visa efetivar os direitos fundamentais conquistados na fase do Estado Social e representa nesta nova etapa evolutiva da Administração Pública a mão visível, ou melhor, voz audível do povo, em oposição à “mão invisível do Mercado” do Estado Liberal.

Deve-se destacar, então, a relevância das audiências públicas para o alcance do princípio da eficiência, pois este é a pedra de toque para a transposição do modelo de Estado burocrático para o gerencial, no qual o controle sobre a Administração é finalístico. A burocracia é importante na medida que garante a igualdade entre os administrados e impede favorecimentos e perseguições administrativas. No novo modelo estatal a burocracia é admitida como forma de garantir tal igualdade, mas não pode servir como barreira entre os particulares e a Administração ou para dificultar a prestação da atividade administrativa, tornando-a morosa e inadequada.

A eficiência caracteriza-se pelo atendimento ao interesse público, resultando em maior proveito aos administrados e, se possível, com menor custo aos cofres públicos. Edílson Pereira Nobre Júnior resume tal princípio e afirma que ele precedeu à Emenda Constitucional nº 19/98 e

representa imperativo a que a Administração Pública melhor atenda à consecução de seus objetivos, com o menos custo possível, satisfazendo as exigências de atuação média do aparato administrativo, sem descuidar do respeito às regras de boa administração, juntamente com o propósito de simplificar suas posturas e de proceder à resolução de conflitos por mecanismos consensuais²⁶.

Com as audiências públicas o interesse público, conceito juridicamente indeterminado, pode ser identificado no caso concreto com maior facilidade, já que a Administração ouve o cidadão e entra em contato com a realidade social.

26 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, a. XXXIII, n. 103, p. 67, set. 2006.

Além disso, as audiências acabam funcionando como um importante instrumento da Administração Pública consensual e atingindo a eficiência, pois agrada aos administrados e não se perde tempo nem recursos com litígios. O diálogo prévio além de garantir o contraditório, o devido processo legal em seu sentido material, funciona como forma de ponderação de interesses.

Particularmente, no que tange à regulação, as audiências públicas são elementares, pois como enfatiza Marcos Juruena Villela Souto

Não se cuida, aqui de um poético “direito de participação”, nem está em jogo, “apenas”, o “princípio democrático”(não fosse ele, como Fundamento da República, CF art. 1º, já suficiente).

O caso é que regulação, insista-se, é um processo de “ponderação de interesses”; se estes não se manifestam, não há regulação²⁷.

Ainda quanto às reformas do *Welfare State*, deve-se registrar o aumento da procedimentalização do Direito Administrativo. Benjamin Zymler relata tal fato com precisão:

Surge a procedimentalização como uma reação à impossibilidade de se regular por meio do direito substantivo, detalhadamente, todos os campos pelos quais a Administração deve, à luz da Constituição Federal, trafegar. Com efeito, surge um balanceamento: aumenta-se o detalhamento das normas adjetivas e diminui-se o das substantivas. Como consequência desta interação Administrado X Administração, por meio de normas adjetivas, tem-se, outrossim, o surgimento de conceitos mais coerentes com a realidade regulada²⁸.

A procedimentalização pode ser vista como um movimento “contracircular”, em oposição ao “circular”, característico do modelo ortodoxo

27 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência pública e regulação. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, n. 04, v. 01, p. 154, out./dez. 2003.

28 ZYMLER, Benjamin. **A 'procedimentalização' do Direito Administrativo**. p. 07. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/MpjTcdf/palestras/palestra_zimler.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2007.

de Administração Pública. Benjamin Zymler²⁹ esclarece que o Estado Social causou uma sobrecarga no modelo ortodoxo, cujos elementos integrantes são as eleições, os atos políticos e os atos administrativos.

Em trecho, abaixo transcrito, Benjamin Zymler explica como funciona a nova sistemática, mais adequada ao Estado de bem-estar social:

Neste modelo heterodoxo (contracircular), a Política, por meio de pautas partidárias preestabelecidas, sugere ao público o quê (o programa partidário) e quem (os candidatos) eleger. O Público, por sua vez, exerce sua influência sobre a Administração, mediante exercício do direito de petição e pela participação em processos administrativos de formação da vontade estatal. Finalmente, a Administração, por intermédio de seus especializados corpos técnicos de assessoria e direção, produz e influencia a seleção de projetos para a Política. Assim sendo, surge o procedimento administrativo como faceta da contracircularidade, que é fruto da saturação do movimento circular. Nota-se, mais uma vez, que a procedimentalização do direito administrativo longe de ser mero casuísmo ou de ser, tão-somente, a manifestação de uma preocupação com a manutenção de garantia dos direitos dos administrados, é, com efeito, fruto de uma necessidade de reação evolutiva do próprio Estado Social, que não mais consegue buscar seus objetivos escorado, apenas, nos mecanismos clássicos de interação entre Público, Administração e Política³⁰.

As audiências públicas são, portanto, necessárias no modelo heterodoxo. Como Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta, as audiências

situam-se como um instrumento de vanguarda para o aperfeiçoamento da legitimidade, contribuindo para que a democracia não seja apenas uma técnica formal de escolha periódica de quem queremos que nos governe, mas, muito mais do que isso, uma escolha permanente de como queremos ser governados³¹.

29 *Idem*, p. 10.

30 *Idem*, p. 11.

31 *Idem*, p. 15.

Em relação à controlabilidade do ato administrativo, a reforma administrativa abalou a dicotomia ato vinculado versus ato discricionário. A discricionariedade deve agora ser encarada como espaço carecedor de legitimação, não mais se podendo falar de um campo de escolhas subjetivas, mas sim de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados³².

O grau de controlabilidade do ato é variável. A intensidade do controle é menor na falta de parâmetros objetivos para a atuação do Judiciário. Como Gustavo Binbenbojm menciona

há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão³³.

Por outro lado, o controle judicial será maior de acordo com o grau de restrição aos direitos fundamentais imposto pelo ato discricionário. Se não houver proporcionalidade e razoabilidade na decisão administrativa o Judiciário poderá invalidá-la.

Desta forma, as considerações a respeito da nova concepção de controle judicial sobre os atos administrativos relacionam-se com as audiências públicas, pois um ato administrativo expedido após um processo em que se teve como etapa a realização de audiência pública gozará de maior legitimidade e o controle judicial será de menor intensidade.

A falta de previsão legal de uma força vinculante ao instituto das audiências públicas não significa que o resultado da realização destas seja despojado de efeito jurídico. Gustavo Justino de Oliveira, em sintonia com a moderna concepção de controle dos atos administrativos, defende que a eficácia vinculatória comporta diferentes graus de intensidade

32 BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista brasileira de Direito Público: RBDP**, Belo Horizonte, a. 4, n. 14, p.26, jul./set. 2006.

33 Idem, p. 28.

e níveis de profundidade. Com isso, pode-se verificar duas modalidades de audiências públicas: as que ocorrem na fase instrutória e aquelas que acontecem na fase decisória da ação administrativa.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, citando as lições de Gustavo Justino de Oliveira ressalta que apesar de tais audiências serem eficazes, “sê-lo-ão distintamente para vincular a Administração Pública, pois as orientações substantivas colhidas na fase instrutória só poderão ser contrariadas pelo órgão público competente para decidir sob motivação realista e razoável, ao passo que as diretrizes recebidas em fase decisória, ao revés, não podem ser afastadas pela Administração, salvo por vício de forma”³⁴.

Um dos efeitos da realização de uma audiência pública no processo administrativo audiências é gerar um ônus argumentativo em favor de suas conclusões. A Administração está obrigada a fundamentar a decisão que estiver avessa à conclusão de uma audiência pública pela necessidade de fundamentação dos atos discricionários, ou carentes de legitimação.

Antonio Cabral leciona que

a “área de livre apreciação” dos conceitos jurídicos indeterminados aumenta – diminui, portanto, a atuação do Juiz – na exata proporção em que o procedimento administrativo decisório prevê a participação de todos os interessados. Eis a importância da audiência pública³⁵.

A motivação é a exteriorização das razões que justificam o ato. A lógica do Estado de Direito, no exercício democrático do poder, reclama a necessidade de motivação. O princípio da motivação, embora não expresso no texto constitucional brasileiro, foi consagrado pela doutrina.

34 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Audiências Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 15, out./dez. 1997.

35 CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**, São Paulo, a. 22, n. 7, p. 795, jul. 2006.

Este preceito tem relação direta com outros dois princípios constitucionais: o da publicidade – pois só a explicitação de todos os elementos do ato pode dar ao cidadão seu pleno conhecimento – e o da ampla defesa – permitindo que se possa contestar o ato administrativa ou judicialmente. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, este princípio

implica para a Administração dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta com a lei que lhe serviu de arrimo³⁶.

O princípio da motivação é de fundamental importância para o controle dos atos administrativos, em especial daqueles que se mais exerce a competência discricionária. Como visto, a dicotomia ato vinculado versus ato discricionário abalada, impõe que se encare a discricionariedade como espaço carecedor de legitimação, não mais se podendo falar de um campo de escolhas subjetivas, mas sim de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados – eis a relevância da motivação.

Maria Silvia Zanela di Pietro entende

que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado³⁷.

Se o Judiciário vier a analisar uma decisão contrária à opinião popular, poderá analisar o mérito caso a motivação não corresponda à realidade, aplicando, portanto, a Teoria dos Motivos Determinantes. Por essa teoria, como destaca Edílson Nobre Pereira Júnior, o motivo invo-

36 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 108.

37 DI PIETRO, Maria Silvia Zanela. **Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

cado pela Administração para justificar a decisão deve sempre subsistir e “a motivação uma vez realizada, faz com que a validade do ato se subordine à real existência das razões de fato ali mencionadas, bem como de sua correspondência com os correlatos fundamentos de direito”³⁸.

Se o ato da Administração for condizente com a deliberação da audiência o grau de controle judicial será reduzido, como dito, e o ônus argumentativo será do Judiciário, que deverá fundamentar solidamente uma decisão de invalidação.

5 Posicionamento dos Tribunais quanto às audiências públicas

Ao pesquisar a aplicação do instituto audiências públicas pelos Tribunais brasileiros, percebe-se que tal matéria ainda não é tão abordada nos julgados já que sua relevância despontou sobretudo após a Reforma do Estado, mas se vislumbra contornos relevantes que estão sendo traçados pela jurisprudência.

O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso no processo nº 22.836-2/2005, em uma consulta solicitada pela Câmara Municipal de Aripuanã, manifestou-se acerca do instituto das audiências públicas e procurou fixar qual órgão seria responsável pela realização destas, se seria do Executivo ou do Legislativo.

A conclusão a que se chegou neste julgado foi que cabe ao Chefe do Poder Executivo convocar a sociedade para discutir a elaboração das peças de planejamento financeiro, tais como o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias – o art. 48, parágrafo único da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº101/2000), estabelece a adoção de mecanismos e procedimentos garantidores da transparência e um deles é a realização da audiência pública durante as fases de elaboração e discussão do orçamento. Registre-se também que o art. 9º da

38 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A motivação dos atos administrativos como garantia em face do abuso de poder. **O abuso de poder do Estado**. América Jurídica, p. 62

referida Lei de Responsabilidade Fiscal garante a participação popular na avaliação dos resultados das políticas públicas.

Nada impede que a participação popular ocorra nos recintos da Câmara Municipal e que os vereadores estejam presentes na rodada de audiências. Não há empecilhos, no entanto, para que o Legislativo convoque também as audiências, já que o art. 58 da Constituição de 1988 prevê a competência das Câmaras do Congresso Nacional para realização das audiências públicas com representantes da sociedade civil.

Ressaltou-se ainda que de acordo com o Estatuto das Cidades, Lei 10.257/2001, nos seus arts. 43, II e 44, a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas de planejamento da cidade é condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Para chegar a tais conclusões, o Tribunal deixou consignado que o Estado Democrático de Direito relaciona-se intimamente com o processo administrativo, consumando-se através do controle e da participação, de forma a viabilizar a participação popular na expedição dos atos administrativos. Em outro trecho, averbou-se que audiência pública

é um instrumento que leva a uma decisão política ou legal com legitimidade e transparência. Cuida-se de uma instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, através da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. É através dela que o responsável pela decisão tem acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com os interessados³⁹.

Ao final, destacou-se que o que qualifica a audiência pública

é a participação oral e efetiva do público, e não meramente como espectador. Não caracterizará como tal a sessão que, embora aberta ao

39 MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. Consulta, Processo nº 22.836-2/2005. Interessada: Câmara Municipal de Aripuanã. Relator: Cons. Branco de Barros. Audiência Pública – responsabilidade pela realização. Determinações do parágrafo único do art. 48 da LC n. 101/00 e do art. 44 da Lei 10.257/01 – Incumbência do chefe do Poder Executivo – Considerações. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**, São Paulo, p. 1058, set. 2006.

público, o comportamento dos presentes seja passivo, silencioso, contemplativo. Nesse caso, será apenas uma audiência. Outra condição é a de que o procedimento seja prévia e formalmente estabelecido, a fim de que não se transforme em uma mera reunião popular, com livre troca de opiniões entre administrador e os particulares acerca de determinado tema⁴⁰.

No mandado de segurança 24.184-5/ Distrito Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, concederam a segurança e determinaram a desconstituição do Decreto do Presidente da República de 27 de setembro de 2001, o qual ampliou os limites do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros e atingiu glebas de propriedades dos impetrantes.

O processo de criação e ampliação das unidades de conservação deve ser precedido da regulamentação da lei, de estudos técnicos e de consulta pública. No caso julgado, um parecer emitido pelo Conselho Consultivo do Parque não pode substituir a consulta exigida por lei, já que o mesmo não detém poderes para representar a população local.

O ato administrativo do Presidente da República foi invalidado por vício de forma, pois faltou a realização no processo administrativo um elemento indispensável, que é a consulta pública.

O Ministro Carlos Britto em seu voto anotou que não se pode confundir consulta à população com a manifestação de um órgão administrativo, mesmo que colegiado. Afirmou, ainda, ser verdade

que a Constituição de 1988 não trata de consulta pública, por si mesma, em matéria de meio-ambiente. No entanto, é claro que a lei pode instituir esses procedimentos eminentemente democrático, abrir espaços de participação popular para decisões administrativas, e homenagear, em última análise, a própria democracia, significando, exatamente, prestígio

40 MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. Consulta, processo nº 22.836-2/2005. Interessada: Câmara Municipal de Aripuanã. Relator: Cons. Branco de Barros. Audiência Pública – responsabilidade pela realização. Determinações do parágrafo único do art. 48 da LC n. 101/00 e do art. 44 da Lei 10.257/01 – Incumbência do chefe do Poder Executivo – Considerações. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**, São Paulo, p. 1060, set. 2006.

das bases e, não, das cúpulas. A democracia é cada vez mais compreendida como movimento que o poder político assume, não de cima para baixo, mas de baixo para cima. Metaforicamente falando, quer dizer, “tirando o povo da platéia e colocando no palco das decisões que lhe digam respeito”⁴¹.

O Supremo Tribunal Federal em sede de medida cautelar em Ação Cível Originária, ACO 876 MC/ BA-Bahia, decidiu algumas questões sobre a problemática do projeto de integração ou transposição do Rio São Francisco.

A polêmica da política pública escolhida pelo Governo para solucionar a necessidade de abastecimento de água, sobretudo no semi-árido nordestino, está judicializada em mais de um ponto do território nacional. Rodolfo de Camargo Mancuso pondera que

a política pública sobre manejo de um bem ambiental do porte do Rio São Francisco apresenta-se parametrizada por cogentes textos de regência, que não podem ser descumpridos nem minimizados; por outro lado, a abordagem do tema deve privilegiar o pluralismo, e, quanto à tomada de decisão, será determinante a avaliação técnico-ambiental que se mostre prevalente na comunidade científica e ao interno da população concernente⁴².

Na medida cautelar mencionada, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, as partes autoras da ação, entre elas o Ministério Público Federal, alegaram que o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EIA/RIMA) foram apresentados em audiência pública repletos de omissões, falhas e vícios, o que teria inviabilizado o pleno exercício pela sociedade civil do direito de informação e participação no licenciamento ambiental do Projeto. Desta forma, a comunidade interessada não teve a perfeita noção dos impactos ambientais,

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.284-5 – DF**. Impetrante: Aluisio Enéas Xavier de Albuquerque e outros. Impetrado: Presidente da República. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 13 de agosto de 2003.

42 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 10, n. 37, p. 47, jan./mar. 2005.

sociais e econômicos decorrentes da obra. Além disso, apontaram que houve um pequeno intervalo temporal entre a fixação da audiência e sua realização e que o local marcado situava-se longe da Bacia e das populações envolvidas.

Na decisão da cautelar o Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, registrou que é imprescindível para a efetivação do princípio da participação pública a realização de audiências públicas, e causava estranheza que se buscasse evitar a ocorrência destas. Citou, então, um parecer do IBA-MA que relatava que algumas audiências programadas foram realizadas, mas outras não. Alguns fatores teriam impedido a realização de algumas, tais como manifestações que colocaram em risco a segurança dos eventos. No parecer lê-se que

tais audiências públicas não atingiram o objetivo primordial, que é o de se dar oportunidade que a sociedade se manifeste quanto ao projeto proposto para ser implementado, sendo fundamental para a equipe de análise escutar as manifestações favoráveis ou contrárias. Percebeu-se, por parte da sociedade civil, um enorme desconhecimento do projeto, o que prejudica a discussão pública⁴³.

O relator com base neste parecer julgou não ser possível imputar ao IBAMA ou ao empreendedor a frustração das audiências e considerou que a falta de realização das audiências não consistiam em obstáculo intransponível para concessão da Licença Prévia. Disse ainda ser curioso haver coincidência entre o domicílio dos autores das diversas ações judiciais e as localidades onde se logrou obstacularizar a realização das audiências.

Associando o julgado sobre a transposição do Rio São Francisco e as lições do presente estudo, deve-se consignar que a possibilidade de manipulação política das audiências públicas existe. No caso em tela, o julgador entendeu que houve uma manipulação pelos grupos de

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação cível originária ACO 876 MC/ BA – Bahia**. Autor: Ministério Público Federal e outros. Réu: União. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de dezembro de 2006.

pressão e movimentos sociais envolvidos. A manipulação do instituto e do consenso, tanto pelo Governo quanto por particulares contrários a certa política deve ser evitada e, como se depreendeu do conceito de legitimidade comentado de início, é inerente ao jogo do poder, mas não pode ser confundida com a manifestação de uma opinião divergente – às vezes é difícil visualizar a fronteira que separa essas hipóteses.

O caso foi julgado apenas em sede de cautelar, mas serve para verificar como a realização correta das audiências públicas é relevante no processo administrativo e, assim como os demais trazidos à baila, a consulta ao Tribunal de Contas do Mato Grosso e a anulação do decreto presidencial referente à ampliação da Chapada dos Veadeiros, estampa na prática os apontamentos desenvolvidos neste artigo.

Conclusões

Das reflexões que foram desenvolvidas, tiram-se algumas conclusões principais, as quais podem ser assim sumariadas para arremate:

As audiências públicas representam uma forma de participação popular na Administração pública, e asseguram o atendimento aos princípios democrático (entendido em seu sentido deliberativo) e republicano. Como mecanismo de participação popular, contribui para a existência da legitimidade, entendida esta como um consenso formulado por uma comunidade consciente, ativa e cidadã.

O princípio da participação popular está sedimentado na Constituição pátria, já as audiências públicas são previstas no ordenamento jurídico infraconstitucional. A audiência serve para cuidar do interesse da coletividade, deve consistir em debates orais, previamente divulgada a data de sua realização. Além disso, suas deliberações e conclusões devem ser registradas e, apesar de não vinculantes, devem ser respeitadas e produzem efeitos processuais.

A audiência pública é uma garantia do devido processo legal material e do contraditório, entendido também em seu novo sentido – o de ter, os cidadãos, seus argumentos levados em conta.

As audiências acarretam uma maior consensualidade administrativa, asseguram o contraditório e impõem um ônus argumentativo ao administrador e ao magistrado que se afastarem das suas conclusões.

As audiências são figuras cada vez mais relevantes, sobretudo diante da Reforma do Estado e da procedimentalização do direito administrativo. As audiências podem dotar de legitimidade as decisões provenientes da Administração policêntrica e garantir-lhes maior eficiência, uma vez que ajuda a identificar concretamente o interesse público. A audiência ajuda, também, a medir o grau de sindicabilidade do ato administrativo.

Public hearings: an analysis of the institute after the Reform of the State

Abstract

This article has as objective to analyze the institute of public hearings, especially its relevance within the current context of reform of the State and its legitimizing duty in decision making. For the better understanding of the theme, will be studied some aspects of audiences, such as its legal basis, their

characteristics, its relationship with the administrative procedure and its effects. Will be discussed, also, certain decisions of Brazilian courts involving this issue.

Key words: Public Hearings. Popular Participation. Legitimacy. Reform of the State.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público: RBDP**, Belo Horizonte, a. 4, n. 14, jul./set. 2006.

BOBBIO, Noberto. **Dicionário de política**. 12. ed. Trad. Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. v.2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.284-5 – DF**. Impetrante: Aluisio Enéas Xavier de Albuquerque e outros. Impetrado: Presidente da República. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 13 de agosto de 2003.

_____. **Medida cautelar na ação cível originária ACO 876 MC/ BA – Bahia**. Réu: União. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de dezembro de 2006.

CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**. São Paulo, a. 22, n. 7, jul. 2006.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanela. **Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan./mar. 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 8. v.1, nov. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 mar. 2007.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/Pdf/2-6/2-6aXI.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 10, n. 37, jan./mar. 2005.

MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. Processo nº 22.836-2/2005. Interessada: Câmara Municipal de Aripuanã.

Relator: Cons. Branco de Barros. Audiência Pública – responsabilidade pela realização. Determinações do parágrafo único do art. 48 da LC n. 101/00 e do art. 44 da Lei 10.257/01 – Incumbência do chefe do Poder Executivo – Considerações. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**, São Paulo, set. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Audiências Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, out./dez. 1997.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. A motivação dos atos administrativos como garantia em face do abuso de poder. **O abuso de poder do Estado**: [S. l.]: América Jurídica., [s.d.]

_____. Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. XXXIII, n. 103, set. 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, jul./set. 1997.

SALDANHA, Nelson. **Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1987.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145>>. Acesso em: 24 nov. 2007.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito Brasileiro a partir da experiência norte-americana. **Fórum Administrativo**, jun. 2002.

SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Audiência pública e regulação. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 4, v. 1, out./dez. 2003.

TÁCITO, Caio. As transformações do direito administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, fev. 1999.

ZYMLER, Benjamin. A **'procedimentalização'** do **Direito Administrativo**. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/MpjTcdf/palestras/palestra_zimler.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2007.

Referência deste artigo

CERQUEIRA, Wanilza Marques de Almeida. Audiências públicas: uma análise do instituto após a reforma do Estado. **Revista da ESMape**, Recife, v. 15, n. 31, p. 421-452, jan./jun. 2010.

* Artigo recebido em: 23 abr. 2010. Aprovado em: 20 mai. 2010.



Índice de assuntos

subject
index

A

Abuso sexual.....	375-398
Acesso à Justiça.....	251-288
Arbitragem.....	399-420
Audiências públicas.....	421-452
Autoridade Coatora.....	317-344

C

Comarcas do interior.....	17-30
Concreção normativa.....	145-178
Consumo e Economia.....	211-220
Contratos.....	399-420
Criança.....	375-398

D

Danos Extrapatrimoniais.....	289-316
Diário Oficial.....	17-30
Direito à informação.....	63-84
Direito à saúde.....	31-62
Direito de comunicação.....	63-84
Direito digital.....	107-144
Direito fundamental.....	31-62
Direito Penal.....	179-210
Direitos autorais.....	107-144
Direitos Fundamentais.....	107-144
Drogas.....	211-220

E

Efetiva Tutela Jurisdicional.....	317-344
Efetividade.....	221-250
Erro judiciário.....	345-374
Estado Democrático de Direito.....	179-210
Estatuto dos Juizados	
Especiais Cíveis.....	251-288
Estrutura Procedimental.....	251-288

F

Faculdade.....	85-106
Funções.....	179-210

I

Impunidade.....	221-250
Instrumento de Garantias.....	317-344
Interesse Público.....	399-420
Internet.....	107-144
Intimação.....	17-30

J

Jornalismo.....	63-84
-----------------	-------

L

Legalidade.....	221-250, 375-398
Legitimidade.....	179-210, 421-452

M

Mandado de Segurança 317-344

N

Norma jurídica 145-178

O

Obrigação e Sanção85-106

P

Parcerias Público-Privadas 399-420

Participação popular..... 421-452

Perda da Chance..... 289-316

Política Criminal..... 211-220

Prazos 17-30

Preclusão85-106

Princípio da Dignidade Humana 289-316

Proteção integral..... 375-398

R

Reforma do Estado 421-452

Reforma Processual 251-288

Regime nacional e europeu 345-374

Reserva do possível..... 31-62

Responsabilidade Civil63-84, 289-316

Responsabilidade do poder judicial..... 345-374

S

Semântica 145-178



Normas para publicação

Standards
for
publication

Normas para publicação de trabalhos

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE recebe trabalhos para serem analisados e, eventualmente, publicados na *Revista da ESMAPE*, que obedecem às exigências:

1 Da apresentação

1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos serão aceitos, desde que mencionem o evento em nota de rodapé.

1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new Roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhados de cd-rom e duas cópias impressas. Não devem ser encadernados.

1.3 Conter no máximo 25 (vinte) laudas e as partes do trabalho serem subdivididas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, mas um espaço.

1.4 O trabalho deverá apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 10

linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertence e exercício profissional atual.

2 Da estrutura do trabalho

O trabalho deverá obedecer à seguinte ordem:

- I. Título e subtítulo (se houver)
- II. Nome e titulação acadêmica
- III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR – 6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- IV. Introdução
- V. Desenvolvimento
- VI. Conclusão
- VII. Tradução do título do trabalho para a língua inglesa
- VIII. Resumo na língua inglesa (abstract) com até, no máximo, 250 palavras (NBR–6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves (keywords), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- VIII. Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMAPE* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve-se evitar o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMAPE* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado em todo o trabalho.

2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar três linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão – grifo nosso – entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico (exceto para palavras estrangeiras).

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, título, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências

2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)

a) Livro considerado como um todo

SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOVER), prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplos:

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, procedimentos especiais**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 – parte geral, 2106 p.

b) Capítulo de livro

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O CAPÍTULO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do capítulo. In: SOBRENOME DO AUTOR DO LIVRO, prenome. Título do livro; subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplo:

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Poder e justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Burueiri: Manole, 2005.

Notas

– Edição: quando o livro se trata da primeira edição, não é necessário citá-la na referência.

Use: 12. ed. Não use: 12º edição ou 12º ed.

– Livros escritos por mais de três autores: cita-se o primeiro autor seguido da expressão, em latim, “et al.”. Esta regra tem exceção em projetos de pesquisas e relatórios técnicos.

– Não use: “Referências Bibliográficas” para relação de livros consultados, incluindo trabalhos capturados na internet. Use: “Referências”.

2.3.1.2 Periódicos (revistas)

a) Periódico considerado como um todo

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a): ano de início da publicação – ano de encerramento (se houver).

Exemplos:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, 1996-.

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro: IBGE, 1939- .

b) Parte do periódico (fascículos, volume, números especiais) – regra

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a), numeração do ano e/ou volume, número do fascículo, informações de períodos e datas de publicação.

Exemplo:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005.

c) Artigo de periódico

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O ARTIGO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOVER), prenome. Título do artigo. Título do periódico, local de publicação, numeração do ano e/ou volume, fascículo ou número, páginação inicial – páginação final, mês, ano de publicação.

Exemplos:

BARRETO, Ricardo Paes. Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 1, n. 1, p.289-306, jun. 1996.

CARBONE, Artur; GALANTE, Luís Felipe. Delineamentos jurídicos sobre os contratos de utilização de embarcações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a.1, n.4, p.27-48, 2000.

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão “In”.

d) Artigos capturados na internet – devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. **Adoção à brasileira:** uma análise sociojurídica. Dataveni@, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em:<http://www.datavenia.inf.br/frame.artig.html>>. Acesso em: 10 set. 1998.

Notas

– Para indicação do “mês”, use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan., fev., mar., abr., maio, jun.

– Use “p.” para designação de página. Não use “pág.”

2.4 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

3 Das normas editoriais

3.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Na última página do seu artigo, o autor deverá informar seu endereço residencial, telefones e endereço eletrônico.

3.4 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

3.5 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu trabalho selecionado para publicação deverá comparecer à sede

da ESMAPE para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão.

3.6 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMAPE, edição que contou com sua colaboração.

3.7 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.8 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.9 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e à linha editorial da Revista.

3.10 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos.

3.11 A Revista da ESMAPE divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressarão, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

3.12 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
“Desembargador Cláudio Américo de Miranda” – ESMAPE
Revista da ESMAPE – Conselho Editorial – Biblioteca
Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE
CEP 50.010-240
biblioteca@esmape.com.br

Esta revista foi composta com a fonte Garamond corpo 12/15 e Myriad Pro.
O papel utilizado para o miolo foi o off-set 75 g/m²
e para a capa supremo 300 g/m²
Impressa no parque gráfico da CCS Gráfica e Editora.
Julho, 2010.



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA**

Fones: (81) 3224.0086 / 3224.1285 / 3224.0837

www.esmape.com.br

ISSN 1415-112X



9 771415 112006