REVISTA DA ESMAPE

ISSN 1415-112X

VOLUME 15 • n. 32 • julho a dezembro 2010

Homenagem
ao centenário de
Lula Cardozo Ayres

A Esmape

Idealizada pela diretoria da Associação de Magistrados de Pernambuco – AMEPE, em 1985, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE teve seus cursos reconhecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado, através da Resolução n.24, publicada no Diário Oficial do Estado, em 04 de abril de 1987.

A Escola funcionou inicialmente na Avenida João de Barros, no antigo Colégio Leão XIII. Depois passou para as dependências do Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley e Colégio Americano Batista, até adquirir sua sede própria, em 2004.

Hoje, a ESMAPE é a escolha certa para quem quer se aperfeiçoar. Com 20 anos de existência, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco oferece ferramentas para a formação e o aperfeiçoamento, tanto ético quanto profissional, de magistrados e demais operadores do Direito. Situada na Rua do Imperador Pedro II, 221 - Recife, a ESMAPE possui um leque variado de opções em Cursos de Pós-graduação Lato Sensu, além do Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas.

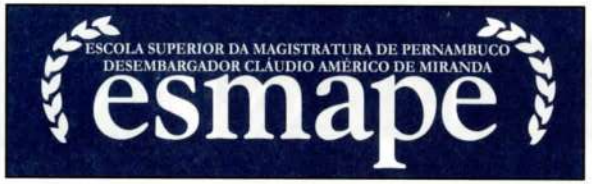
Com uma infra-estrutura dotada de biblioteca, lanchonete com terraço panorâmico e auditório, a ESMAPE promove também mini-cursos, palestras, simpósios, jornadas e congressos, regularmente, nos quais participam renomados expositores do Brasil e exterior.

Contando com um corpo docente altamente qualificado, composto de doutores, mestres e especialistas, a ESMAPE garante a qualidade dos seus serviços com pessoal comprometido, graduado e treinado.

Buscando fomentar o debate acadêmico e a produção intelectual, principalmente dos juristas pernambucanos, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco investe na edição de publicações como a Revista da ESMAPE, que se tornou uma referência editorial dentro e fora do Brasil.

Sintonizada com a celeridade do mundo moderno, a ESMAPE dispõe também do portal www.esmape.com.br, onde os magistrados e operadores do Direito podem acompanhar os acontecimentos do mundo jurídico, além de seu informativo institucional, o Esmape Notícias, que divulga os acontecimentos que fazem parte do dia-a-dia da Escola.

ISSN 1415-112X



Volume 15 – Número 32
jul/dez – 2010

Publicação Científica e Semestral

Revista da ESMAPE

Revista da ESMAPE – Recife – v. 15 – n. 32 – p. 001-564 – jul./dez. 2010

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.

Base de dados indexadora

Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal latindex

Rede Virtual de Bibliotecas RUBI Congresso Nacional

Revisão: autores e *Profa. Esp.* Euliene Staudinger
Designer gráfico: Joselma Firmino de Souza
Imagem cedida pelo Instituto Cultural Lula Cardoso Ayres
Tiragem: 800 exemplares

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

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2012

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

Juiz 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
Juiz Sílvio Romero Beltrão
Coordenador de Estudos Internacionais

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

Juiz Rafael Cavalcanti Lemos
Coordenador Adjunto da Assessoria Jurídica Virtual

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

Juíza Fernanda Pessoa Chuahy de Paula
Coordenadora dos Juizados Especiais

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

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

Lula Cardoso Ayres em sua residência na Av. Boa Viagem.
Foto: Alcir Lacerda - Acervo Fundação Joaquim Nabuco, 1979

Para Gilberto Freyre, "O que ele desejava era impregnar-se de povo, de região, de tradição... Nenhum pintor brasileiro de qualquer época, dentre os maiores, que tenha sido ou seja ao mesmo tempo tão moderno e tão da sua terra; tão da sua gente; e, ainda, tão sobrecarregado do que há de misterioso, de irracional, de espiritual na vida, no passado, nos sofrimentos, nas alegrias, nas esperanças, nas ansiedades dessa sua gente"...

Frase dita por Gilberto Freyre em seu livro "Mestre Cardoso Ayres: seu novo triunfo" (1956).

Sumário

Contents

Cem anos após seu nascimento, Lula Cardoso Ayres é lembrado como um dos mais relevantes artistas pernambucanos de sua época. Em sua capa, esta edição da Revista da ESMAPE homenageia, postumamente, esse ilustre pernambucano a respeito do qual Gilberto Freyre escreveu que estava "impregnado de povo, de região e tradição", e que é conhecido hoje, em seu centenário de nascimento, como um dos nomes mais importantes e prolíficos do modernismo brasileiro.

Um dos pioneiros do modernismo no Brasil, além de pintor, Lula Cardoso Ayres foi fotógrafo, ilustrador, desenhista, designer e cenógrafo. Além disto, dedicou-se a criar painéis em grandes dimensões para espaços públicos e privados. Os murais que fez para o Aeroporto Internacional dos Guararapes e para o Cinema São Luiz são, certamente, a face mais conhecida do artista em Pernambuco.

Nasceu no Recife, embora sua infância tenha transcorrido na zona da mata. Sua carreira teve início na transição da infância para a adolescência, quando começou a estudar desenho e pintura com o arquiteto, escultor, decorador, pintor e vitralista alemão Heinrich Moser (1886-1947), o qual morava no Recife (autor dos magníficos vitrais do Palácio da Justiça de Pernambuco) e era membro da Academia de Belas Artes de Munique, na Baviera.

Foi estudar em Paris, onde teve seu primeiro contato com a arte moderna. De volta ao Brasil, morou no Rio de Janeiro, de 1930 até o final de 1932, período em que estudou pintura em cursos livres da Escola Nacional de Belas Artes e onde conheceu Cândido Portinari, de quem passou a ser amigo íntimo. Em 1932, voltou para Pernambuco e percorreu o interior do estado estudando sua realidade regional e suas festas populares.

Apesar de professar várias tendências modernistas, Lula também foi um artista profundamente ligado à identidade pernambucana e nordestina. Essa identidade marca a grande importância do seu trabalho para Pernambuco, onde percorreu uma trajetória que levou elementos regionais para as tendências européias da arte. Muitos dos seus quadros integram hoje o acervo de museus brasileiros e coleções particulares da América do Norte, da América do Sul e da Europa.

A Revista da ESMAPE chega ao número 32, volume 15, referente a julho a dezembro de 2010, reconhecida nacionalmente como um importante instrumento de divulgação científica de assuntos jurídicos e, com muito louvor, Lula Cardoso Ayres foi o escolhido para receber esta justa homenagem.

Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo
Diretor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

Artigos

Articles

O "novo" direito dos tratados e as "velhas" questões não respondidas

Alexandre Pereira da Silva
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.
Professor Adjunto de Direito Internacional Público da Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife (UFPE/FDR).

Resumo

O presente artigo objetiva contrastar a recente ratificação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, por parte do Brasil, com a perpetuação dos antigos dilemas relacionados à dimensão processual dos atos internacionais no país. Assim, visa a demonstrar que, embora a incorporação de um importante tratado internacional que regula tal disciplina devesse ter mitigado as discussões a ela atinentes a inexistência de uma dinâmica constitucional no que tange aos dispositivos que regulam a matéria no Brasil durante todo o período republicano contribuiu sobremaneira para que velhos embates conservem sua atualidade, principalmente as questões relativas à legitimidade e limite das competências do Legislativo e Executivo nesse contexto.

Palavras-chave: Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Legitimidade. Executivo. Legislativo.

Introdução

Pouco mais de um ano após a ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, é momento de se fazer uma avaliação sobre o tema, em especial sobre as diferentes repercussões em âmbito nacional, abordando os temas mais controversos e ainda não resolvidos internamente.

Depois de um longo processo de tramitação pelo Congresso Nacional, o governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação desse importante tratado internacional; todavia, as velhas questões em torno da processualística dos atos internacionais no Brasil seguem gerando grandes controvérsias, de maneira especial, sobre a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Entre as principais de maneira especial sobre a possibilidade de o Legislativo apresentar emendas e/ou reservas aos tratados internacionais, seguida da necessidade ou não de autorização prévia do Congresso Nacional para denunciar tratado ou retirar o Brasil de organização internacional e, por fim, o debate em torno dos acordos em forma simplificada.

1 A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969

Quando o tema é o direito dos tratados, a referência mais importante e recorrente é sempre a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969 (CVDT-1969, doravante). E é sempre importante fazer menção não só ao local e tema desse grande tratado internacional, mas especialmente ao ano de sua conclusão. Isso por dois motivos: primeiramente, em razão de que existem outras convenções firmadas na capital austríaca e, segundamente, porque existe, ainda, outra convenção sobre tratados internacionais, também assinada em Viena, mas, em 1986: a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, que ainda não entrou em vigor internacionalmente.

A CVDT-1969 marcou o encerramento com sucesso de vinte anos de estudos e debates na Assembleia-Geral das Nações Unidas, na Co-

missão de Direito Internacional e, finalmente, nas duas longas sessões da conferência realizada em Viena, em 1968 e 1969. Representa o mais importante marco no processo de codificação do direito internacional, haja vista a complexidade e a importância da matéria, que versa sobre todo e qualquer tratado firmado; é um tratado sobre tratados[1].

A CVDT-1969 só entrou em vigor internacional depois de preenchidas as exigências do artigo 84: "a presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia que se seguir à data do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão". Isso ocorreu em 27 de janeiro de 1980.

Desde essa data, a CVDT-1969 vem se consolidando na prática internacional por sua ampla aceitação e utilização, mesmo para aqueles Estados que ainda não fazem parte da Convenção. É interessante destacar também que, mesmo esse processo de codificação dos tratados em um grande tratado sobre tratados, não exclui o eventual recurso a outra importante fonte do direito internacional, que é o costume, visto que no preâmbulo da CVDT-1969 consta que "as regras do Direito Internacional consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas pelas disposições da presente Convenção".

2 O Brasil e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969

Apesar de o Brasil ter participado ativamente da conferência que resultou na aprovação da CVDT-1969, e tendo mesmo assinado no encerramento dos trabalhos a convenção, longo foi o percurso até sua ratificação por parte do Estado brasileiro.

1 NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Conferência de Viena sobre o direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1957. p. 5.

Somente em abril de 1992, ou seja, mais de vinte anos após o encerramento da conferência e mais de doze anos depois de a CVDT-1969 entrar em vigor internacionalmente, foi que o Executivo enviou a Mensagem 116, encaminhando o texto da convenção à apreciação do Congresso Nacional. Na oportunidade, o ministro das Relações Exteriores, Celso Lafer, ressaltou a importância da CVDT-1969 no processo de codificação do direito internacional e da participação de juristas brasileiros na elaboração da convenção. Lembrou ainda, na mensagem, que os impedimentos à ratificação eram injustificados, já que era possível fazer-se no momento da ratificação alguma reserva ou declaração interpretativa, se assim fosse o desejo do poder Legislativo. No entanto, ressaltou também o ministro que as dúvidas acerca da compatibilidade de algumas cláusulas sobre entrada em vigor de tratados e prática constitucional brasileira em matéria de atos internacionais haviam surgido no próprio Poder Executivo[2].

A convenção recebida foi encaminhada à Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados. O parecer recomendava aprovação da convenção, mas com reservas aos artigos 25 e 663.[3]

O artigo 25 estabelece que um tratado, ou parte dele, aplica-se provisoriamente, enquanto não entra em vigor, se o próprio tratado assim dispuser, ou os Estados negociadores acordarem de outra forma. Já o artigo 66 considera que qualquer parte em uma controvérsia sobre aplicação ou interpretação dos tratados poderá submetê-la a decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem.

Em março de 1994, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação aprovou o projeto da Comissão de Relações Exteriores, confirmando,

2 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados:** competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 274.

3 Idem, ibidem.

portanto, as reservas aos artigos 25 e 66 da CVDT-1969. Em maio de 1994, quando o Presidente da Câmara dos Deputados estava para submeter o projeto à votação do plenário, um deputado apresentou emenda, propondo a supressão das reservas pretendidas, e alegou séria divergência sobre a possibilidade de o Congresso poder aprovar tratado parcialmente, ou seja, com as reservas propostas[4] – questão a ser desenvolvida adiante.

Assim, a CVDT-1969 voltou para a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, a qual, em agosto de 1994, aprovou por unanimidade, parecer do relator da matéria, entendendo válida e oportuna a aposição de reservas aos artigos 25 e 66 da CVDT-1969.

Superado esse óbice, em fevereiro de 1995, o projeto de decreto legislativo contendo o pronunciamento do Congresso Nacional a respeito da CVDT-1969 estava pronto para a Ordem do Dia do plenário da Câmara dos Deputados, mas lá ainda teve que aguardar mais catorze anos!

Somente em julho de 2009, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 496, a CVDT-1969, com reservas aos artigos 25 e 66. Posteriormente, o governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da convenção junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 25 de setembro de 2009. Só então foi expedido o Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009, promulgando a CVDT-1969, com as reservas propostas pelo Legislativo.

3 Questões polêmicas sobre o direito dos tratados no Brasil

Apesar desse recente passo positivo no tema do direito dos tratados, no Brasil ainda há uma série de dúvidas a esse respeito entre essas interrogações, destacam-se: a capacidade de o Legislativo propor reser-

4 Ibidem, p. 276.

vas e/ou emendas aos tratados internacionais que lhe são submetidos à aprovação, o tema da denúncia de tratado por parte do Executivo – sem consulta ao Legislativo – e o debate em torno dos acordos em forma simplificada (*executive agreeements*).

3. 1 Emendas e/ou reservas aos tratados internacionais

Mesmo a recente ratificação da CVDT-1969 não trouxe solução definitiva para longo debate doutrinário, que vem, pode-se dizer, desde a Constituição de 1891, sobre a possibilidade de o Congresso Nacional formular reservas e/ou emendas aos tratados internacionais. Isso se deve ao fato de que a polêmica existe em razão da ausência de dispositivos constitucionais claros a tal respeito.

A CVDT-1969, em seu artigo 2º (1) (d) define reserva como:

> Uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.

A reserva é sempre possível, desde que, em relação ao tratado, não esteja vedada por ele, não se enquadre entre as hipóteses de reservas por ele admitidas ou quando seja incompatível com o seu objeto e a sua finalidade.

Já a emenda é uma modificação ao texto do tratado, também permitida pela CVDT-1969. Neste caso, o termo emenda abarca tanto a modificação das disposições particulares como a modificação geral de todo o tratado. O termo se emprega, portanto, para denotar uma emen-

da formal do tratado dirigida a alterar suas disposições com respeito a todas as partes no tratado[5].

Portanto, a pergunta que se coloca é: uma vez que se submete ao Congresso Nacional determinado tratado, pode este recusar a aprovação de certos dispositivos contidos no acordo internacional, ou seja, introduzir reservas e/ou propor emendas, ou caberia ao Legislativo tão-somente aceitar ou recusar o tratado na íntegra?

Como não há dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais sobre o questionamento, as posições na doutrina variam: alguns rejeitam a possibilidade de emendas e reservas; outros afirmam ser possível tanto as emendas como as reservas; há aqueles que entendem possíveis as reservas, mas não as emendas; e outros ainda entendem possível a emenda, quando cabível e aceita pelos outros Estados contratantes.

Entre os que entendem que o Congresso Nacional deve aprovar o texto na íntegra ou rejeitar integralmente os acordos celebrados internacionalmente, encontram-se Clóvis Bevilaqua, João Hermes Pereira de Araújo e Antonio Augusto Cançado Trindade. Para estes, a rejeição parcial de um ou mais artigos ou a proposta de quaisquer alterações importariam em última análise na rejeição total do tratado. É o que afirmava o então consultor jurídico do Itamaraty e hoje juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ), Cançado Trindade:

> O ato internacional, negociado pelo Executivo e submetido à aprovação do Legislativo, é resultado de um acordo de vontades, que não pode ser posterior e unilateralmente alterado por um dos Estados em questão, porquanto tal pretendida modificação (e.g., por meio de ressalva a um ou mais de seus dispositivos) implicaria na renegociação de novo acordo pelos Estados interessados, o que só poderia efetuar-se constitucionalmente pelo Poder Executivo. Assim sendo, o Poder Legislativo, ao examinar o texto de um acordo submetido

5 LA GUARDIA, Ernesto de. **Derecho de los tratados internacionales.** Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 247.

> ao seu crivo, haverá de aprová-lo ou, então, rejeitá-lo e devolvê-lo ao Executivo para que este busque renegociá-lo – se assim entender – por outro acordo contendo as alterações julgadas essenciais pelo Legislativo para sua aprovação. Ao Congresso Nacional escapa a competência para, ele próprio, promover alterações ou introduzir ressalvas no texto de um acordo já negociado, no Decreto Legislativo para sua aprovação[6].

Filiando-se em outra posição, encontra-se Carlos Maximiliano, que, comentando a Carta constitucional de 1891, afirmou que "o texto não se opõe a que, em vez de rejeitar pura e simplesmente os tratados, o Congresso sugira modificações que, levadas ao plenipotenciário estrangeiro e por ele aceitas, determinariam uma aprovação definitiva"[7]. Assim, entende Maximiliano possível a apresentação de emendas ou reservas, desde que as demais partes as aceitem.

Entre os que entendem possíveis apenas as reservas, encontra-se José Francisco Rezek. Para o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e ex-juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ):

> Não pode haver dúvida de que, atento aos limites porventura fluentes do tratado que examina, tem o Congresso Nacional o poder de aprová-lo com *restrições* – que o governo, à hora de ratificar, traduzirá em *reservas* –, como ainda o de aprová-lo com declaração de desabono às reservas acaso feitas na assinatura – e que não poderão ser confirmadas, desse modo, na ratificação[8].

A posição do internacionalista brasileiro Celso Albuquerque Mello é semelhante, visto que entende possíveis as reservas, mas não as emendas, na medida em que:

6 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Acordos Internacionais: as Atribuições Distintas de Negociação pelo Poder Executivo e de Aprovação pelo Poder Legislativo. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, v. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. p. 465.

7 *Apud* MEDEIROS, **O poder de celebrar tratados**, p. 441.

8 REZEK, J. F. **Direito dos tratados.** Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 347-348.

> A emenda apresentada pelo Congresso é uma interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação. Já a reserva [...] o Legislativo poderá apresentá-la desde que seja cabível [...] entretanto, caberá ao Executivo apreciar a vantagem de ratificar o tratado aprovado pelo Congresso com reserva, ou deixar de fazê-lo[9].

Em uma posição muito especial está o professor Vicente Marotta Rangel, também um ex-consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, que admite: "em relação a tratado encaminhado à sua apreciação, o Congresso Nacional ao invés de aprová-lo ou de rejeitá-lo totalmente, prefira seguir uma terceira via: sugerir que a este tratado determinada emenda se incorpore". Assim, as emendas devem ser analisadas caso a caso, existindo três possibilidades de emendas aos tratados. São elas, segundo Marotta Rangel:

> a) se, em sendo bilateral, houver concordância da outra Parte Contratante com a emenda proposta; b) se, em sendo multilateral, houver concordância das demais Partes Contratantes; c) se, em sendo multilateral e havendo discrepância de Parte Contratante, existirem cláusula a respeito de emenda e modificação do próprio tratado e a emenda proposta com estas cláusulas se harmonize[10].

No entanto, Marotta Rangel frisa duas importantes ideias sobre a possibilidade de emendas aos tratados internacionais: primeiro, a decisão do Congresso Nacional de "interpor emenda deve ser tomada com extrema prudência", e, segundo, decidido o oferecimento de emenda, "não tem o Congresso Nacional competência de propô-las diretamente às Partes Contratantes, mas, sim, o de sugerir ao Poder Executivo que as proponha"[11].

9 MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 238.

10 RANGEL, Vicente Marotta. Emendas dos tratados internacionais. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty,** v. IX (1990-2000). Brasília: FUNAG, 2009. p. 93-94.

11 Ibidem, p. 95.

32. A denúncia ou retirada de organização internacional

Ainda no âmbito do debate do direito dos tratados, em especial da participação dos Poderes Legislativo e Executivo, no Brasil, interessante questão – e como anterior, tampouco resolvida – é de se saber, qual seria o papel do Congresso Nacional, se é que o tem, na hipótese de o Executivo denunciar um tratado internacional ou retirar-se de organização internacional.

Alguns doutrinadores sugerem que se empregue o termo *denúncia* para a retirada de um Estado-parte em um tratado que provoca a extinção deste por exemplo, no caso dos tratados bilaterais; e, de outro lado, utilizar-se-ia o termo *retirada* para o abandono do tratado de uma das partes, com extinção para a parte que se retirou, mas subsistindo para as demais. No entanto, não estamos seguros de que essa distinção responda à prática internacional; assim, utilizaremos ambos os termos indistintamente[12].

A pergunta que se faz é: visto que é da competência exclusiva do Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (art. 49, I, CF/88), ou seja, o Poder Legislativo deve ser consultado sobre o tratado e, caso responda afirmativamente, autoriza o Executivo a ratificá-lo será que o Congresso Nacional também deve ser consultado no momento de o Brasil denunciar um tratado ou retirar-se de uma organização internacional?

Também aqui não há uma resposta definitiva – tampouco a CVDT-1969 pode ajudar –, visto que a Constituição Federal não contém disposição expressa acerca da competência para desligar o País do tratado. É longo o debate da doutrina brasileira sobre o tema.

12 ESPADA, Cesáreo Gutiérrez; HORTAL, María José Cervell. *El derecho internacional en la encrucijada*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 220.

Para Celso Albuquerque Mello, "a denúncia de um tratado não necessita no Brasil de aprovação do Legislativo"[13], posição defendida pela maioria dos internacionalistas pátrios.

A questão da competência do Executivo para, sem consultar o Congresso Nacional, denunciar tratados ou retirar-se de organização internacional que, na sua formação, haviam recebido aprovação legislativa surgiu em 1926, quando o Brasil decidiu retirar-se da Liga das Nações. Clóvis Bevilaqua, então consultor jurídico do Itamaraty, opinou à época pela desnecessidade de o Presidente da República obter autorização do Poder Legislativo para desligar-se de acordo que estabeleça, no seu texto, o procedimento de denúncia[14].

Assim, expressou-se Bevilaqua na oportunidade:

> Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das organizações internacionais de um tratado, que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia, como é o caso do Pacto da Sociedade das Nações, art. 1º, última parte. Essa proposição parece evidente, por si mesma. Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, porquanto numa de suas cláusulas se acha consignado o direito de dar por extinto[15].

Ainda que reconheça na tese exposta grande engenho, Rezek entende que a tese de Bevilaqua é inconsistente, isso porque, ao invocar a previsão convencional da denúncia, entende que essa cláusula é como

13 MELLO, *op. cit.*, p. 259.

14 GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação dos tratados internacionais pelo Brasil**: possíveis opções para acelerar seu processo. Brasília: FUNAG, 2010. p. 60.

15 *Apud* REZEK, **Direito internacional público:** curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 110-111.

outra qualquer do tratado, ideia que Rezek entende como "elementarmente inaceitável", lembrando que tal pensamento levaria o Poder Executivo a prescindir da anuência do Congresso Nacional para levar a termo emenda ou reforma dos tratados, sempre que prevista no texto primitivo. Conclui o ex-juiz da CIJ: "e semelhante pretensão, ao que se saiba, não foi jamais exteriorizada pelo governo brasileiro, ou por outro que se encontre sujeito a uma disciplina constitucional parecida"[16].

Para Gabsch, o que na verdade fundamenta a tese de Bevilaqua é que a Constituição de 1891 conferia ao Congresso Nacional a competência para aprovar ou rejeitar acordos internacionais, sendo forçoso, nas palavras do então consultor jurídico do Itamaraty "reconhecer que a denúncia é ato estranho à sua esfera de ação", ou seja, Bevilaqua interpretou restritivamente a alçada constitucional do Poder Legislativo no que se refere a tratados[17].

Mas, independentemente do real fundamento da posição de Clóvis Bevilaqua sobre a possibilidade de denúncia sem anuência do Congresso Nacional, José Francisco Rezek também esposa essa tese, com argumento diverso, ao considerar:

> (...) é de todo indiferente que o tratado disponha ou não sobre a perspectiva de sua própria denúncia. Tudo quanto importa é que o tratado seja validamente denunciável: se não o é, por sua natureza, ou por impedimento cronológico convencionado, não há cogitar de denúncia lícita, e, pois, de quem seria competente, segundo o direito interno de uma das partes, para decidir a respeito[18].

Rezek vai além, ao abrir também a porta para que o Congresso, contra a vontade do governo, possa denunciar tratado, porquanto "[o] ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado", dessa forma, "a vontade do Congresso é hábil para provocar a denúncia de um pacto internacional, mesmo quando não coincidente com as intenções do poder Executivo"[19].

16 REZEK, **Direito internacional público**, p. 111.

17 GABSCH, *op. cit.*, p. 61.

18 REZEK, **Direito internacional público**, p. 111-112.

Esta tese nos parece absurda, já que o Congresso Nacional, ou qualquer outro órgão legislativo, não tem capacidade própria para se manifestar no plano internacional. Poderia no máximo, internamente, aprovar determinado decreto legislativo determinando que o Poder Executivo, dentro de referido prazo, denunciasse o tratado. Se houvesse um veto presidencial ao decreto legislativo, haveria ainda a hipótese de a maioria absoluta das duas casas legislativas, em sessão conjunta, promulgar no plano interno o ato, mesmo contra a vontade do presidente.

No entanto, mesmo que o Parlamento conseguisse derrubar um eventual veto presidencial, não forçaria, no plano internacional, que o Executivo denunciasse o tratado. Poderia, no máximo, sustar os efeitos do tratado no plano interno, mas, com a ausência da denúncia, ele continuaria valendo para o Estado brasileiro internacionalmente, e o eventual descumprimento geraria, além de um grande desconforto diplomático, uma casual responsabilidade internacional do Brasil.

Todas essas polêmicas sobre o tema acerca do limite das competências do Executivo e do Legislativo, originadas pela total ausência de dispositivo para regular a matéria, estão refletidas de maneira concreta na ADI 1625, que vem sendo julgada pelo Supremo Tribunal Federal desde meados de 1997.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) ingressaram com a re-

19 Ibidem, p. 112.

ferida ação para obter a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), devidamente aprovada e promulgada pelo Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992, e Decreto nº 1.855, 10 de abril de 1996. Ou seja, a convenção teve vida curta no Brasil, apenas sete meses, visto que o Poder Executivo denunciou a convenção mediante nota diplomática assinada pelo Embaixador-chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra, em 20 de novembro de 1996[20].

A denúncia da Convenção 158 da OIT ocorreu sem a consulta ao Congresso Nacional, o que, no entendimento das partes, conforme acesso à petição inicial, configuraria violação ao disposto no art. 49, I da Constituição Federal.

De acordo com as informações disponibilizadas no sítio oficial do STF, até o momento votaram apenas quatro ministros. De relatoria originária do ministro Maurício Corrêa, votou este pela procedência, em parte, da ação, emprestando ao Decreto nº 2.100 interpretação conforme o art. 49, I, da CF/88, entendendo que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena. Acompanhou o relator o ministro Carlos Britto. Já o ministro Nelson Jobim, em voto-vista, julgou improcedente a ação. Posteriormente, o ministro Joaquim Barbosa julgou o pedido totalmente procedente, seguido de pedido de vista da ministra Ellen Gracie, em 3 de junho de 2009, com quem até agora se encontram os autos do processo.

Dessa forma, são três votos pela necessidade de referendo do Congresso Nacional em caso de denúncia de tratado, e apenas um voto no sentido de que a decisão é do chefe do Poder Executivo, porque somente a ele compete o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão do tratado internacional no âmbito interno. Entretanto, o julgamento está totalmente em aberto.

20 DALLARI, Pedro. **Constituição e tratados internacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77.

3.3 O debate em torno dos acordos em forma simplificada

Se os dois temas acima, no âmbito do direito dos tratados no Brasil, são controversos, o debate em torno dos acordos em forma simplificada – também conhecidos como *executive agreements* – é ainda mais polêmico que os anteriores.

A controvérsia se dá nos seguintes termos: é preciso que o Congresso Nacional examine *todos* os tratados assinados pelo Executivo ou apenas alguns desses? Se efetivamente apenas alguns tratados precisam do referendo do Legislativo, quais são os que necessitam passar pelo crivo do Parlamento?

Infelizmente, como às duas questões anteriores inexistem respostas objetivas que possam apontar dispositivos legais, ficam por isso alvo de considerações doutrinárias.

A partir do final do século XVIII, especialmente do advento das constituições dos Estados Unidos de 1787 e da França de 1791 e 1793, foi corrigido o déficit democrático anterior, ao se exigir que o Poder Executivo obtivesse do Legislativo uma autorização para vincular o país definitivamente ao tratado[21].

O modelo passou a ser adotado nos demais países democráticos. Em regra, os textos constitucionais passaram a ser de dois tipos: *a)* aqueles que submetem ao crivo do Legislativo todo e qualquer acordo internacional, como é – pelo menos em tese – o caso do texto constitucional de 1988; *b)* aqueles outros que dispõem expressamente quais tratados necessitam do referendo parlamentar e quais dispensam tal aprovação. Estes que adotam a segunda modalidade, portanto, optam ou por criar um sistema de lista positiva – elencando quais os tratados

21 GABSCH, *op. cit.*, p. 154.

ferida ação para obter a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), devidamente aprovada e promulgada pelo Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992, e Decreto nº 1.855, 10 de abril de 1996. Ou seja, a convenção teve vida curta no Brasil, apenas sete meses, visto que o Poder Executivo denunciou a convenção mediante nota diplomática assinada pelo Embaixador-chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra, em 20 de novembro de 1996[20].

A denúncia da Convenção 158 da OIT ocorreu sem a consulta ao Congresso Nacional, o que, no entendimento das partes, conforme acesso à petição inicial, configuraria violação ao disposto no art. 49, I da Constituição Federal.

De acordo com as informações disponibilizadas no sítio oficial do STF, até o momento votaram apenas quatro ministros. De relatoria originária do ministro Maurício Corrêa, votou este pela procedência, em parte, da ação, emprestando ao Decreto nº 2.100 interpretação conforme o art. 49, I, da CF/88, entendendo que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena. Acompanhou o relator o ministro Carlos Britto. Já o ministro Nelson Jobim, em voto-vista, julgou improcedente a ação. Posteriormente, o ministro Joaquim Barbosa julgou o pedido totalmente procedente, seguido de pedido de vista da ministra Ellen Gracie, em 3 de junho de 2009, com quem até agora se encontram os autos do processo.

Dessa forma, são três votos pela necessidade de referendo do Congresso Nacional em caso de denúncia de tratado, e apenas um voto no sentido de que a decisão é do chefe do Poder Executivo, porque somente a ele compete o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão do tratado internacional no âmbito interno. Entretanto, o julgamento está totalmente em aberto.

20 DALLARI, Pedro. **Constituição e tratados internacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77.

3.3 O debate em torno dos acordos em forma simplificada

Se os dois temas acima, no âmbito do direito dos tratados no Brasil, são controversos, o debate em torno dos acordos em forma simplificada – também conhecidos como *executive agreements* – é ainda mais polêmico que os anteriores.

A controvérsia se dá nos seguintes termos: é preciso que o Congresso Nacional examine *todos* os tratados assinados pelo Executivo ou apenas alguns desses? Se efetivamente apenas alguns tratados precisam do referendo do Legislativo, quais são os que necessitam passar pelo crivo do Parlamento?

Infelizmente, como às duas questões anteriores inexistem respostas objetivas que possam apontar dispositivos legais, ficam por isso alvo de considerações doutrinárias.

A partir do final do século XVIII, especialmente do advento das constituições dos Estados Unidos de 1787 e da França de 1791 e 1793, foi corrigido o déficit democrático anterior, ao se exigir que o Poder Executivo obtivesse do Legislativo uma autorização para vincular o país definitivamente ao tratado[21].

O modelo passou a ser adotado nos demais países democráticos. Em regra, os textos constitucionais passaram a ser de dois tipos: *a)* aqueles que submetem ao crivo do Legislativo todo e qualquer acordo internacional, como é – pelo menos em tese – o caso do texto constitucional de 1988; *b)* aqueles outros que dispõem expressamente quais tratados necessitam do referendo parlamentar e quais dispensam tal aprovação. Estes que adotam a segunda modalidade, portanto, optam ou por criar um sistema de lista positiva – elencando quais os tratados

21 GABSCH, *op. cit.*, p. 154.

que precisam do crivo do Legislativo – ou, ao contrário, por criar um sistema de lista negativa – dispondo quais tratados não precisam ser enviados ao Parlamento.

Teoricamente, o Brasil adota, como se disse, a primeira corrente, ou seja, que todo tratado firmado pelo Executivo precisa de aprovação do Congresso Nacional. Isto se depreende basicamente de dois dispositivos constitucionais, semelhantes a vários outros de constituições brasileiras anteriores – os atuais artigos 49, I, e 84, VIII.

No entanto, existe uma longa e consolidada prática diplomática formada, à margem do texto constitucional, pela qual o Executivo conclui vários tipos de acordos sem o assentimento do Poder Legislativo. Ou seja, apesar do não reconhecimento na Constituição de 1988 – e nenhuma outra anterior Carta Magna brasileira – sobre a existência de acordos em forma simplificada, que poderiam ser concluídos sem autorização expressa do Congresso Nacional, a prática indica que inúmeros acordos firmados pelo Executivo não passam pelo Legislativo.

Houve, no final da década de 1940, um acirrado debate entre dois grandes internacionalistas pátrios, Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão, em torno do tema. De um lado, Accioly, entendendo que nem todos os acordos firmados precisam de anuência do Legislativo. Para ele, a ratificação não é geralmente exigida nos seguintes casos: *a)* os acordos sobre assuntos que sejam da competência privativa do Poder Executivo; *b)* os concluídos por agentes que tenham competência para isto, sobre questões de interesse local ou de importância restrita; *c)* os que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado vigente; *d)* os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento; *e)* os de *modus vivendi* quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer as bases para negociações futuras[22].

22 GABSCH, *op. cit.*, p. 160.

No entendimento de Accioly, existiria entre nós já de muitos anos – e continuaria até os dias atuais, visto que os dispositivos constitucionais hodiernos são muito semelhantes aos da época de Accioly – um costume *extra legem* de não se exigir a aprovação do Congresso Nacional para certos atos internacionais. Sobre esse ponto específico, afirma Rezek: "Concedendo-se, pois, que tenha Accioly abonado, a seu tempo, uma prática, na amplitude com que tenciona convalidar acordos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar, não se possa hoje defender senão *contra legem*"[23].

A tese mais constitucionalista foi exposta por Valladão, que rejeitava o "princípio da competência privativa dos órgãos constitucionais" sustentado por Accioly, o qual postula que a matéria versada no tratado seria o critério para a necessidade da aprovação legislativa, conforme recaia na competência exclusiva do Legislativo ou na alçada privativa do Executivo. Para Valladão, os constituintes brasileiros não quiseram olhar a matéria dos tratados, mas sim subordinar o Poder Executivo ao Congresso Nacional no que se refere à assunção de quaisquer responsabilidades na ordem internacional[24]. Por fim, entende Valladão que "a doutrina exposta por Hildebrando Accioly está ligada, qual ele próprio confessa, ao direito doutros povos, em especial, ao dos Estados Unidos"[25].

O momento atual sobre o debate histórico entre Accioly e Valladão é, infelizmente, o mesmo, ou seja, uma discussão em aberto. A rigor, cabe ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (CF/88, art. 49, I), mas a prática desde longa data consolidada é de se enviar apenar alguns tratados ao Congresso Nacional, ainda que não fique muito claro quais desses

23 REZEK, **Direito dos tratados**, p. 305-306.

24 GABSCH, *op. cit.*, p. 161.

25 *Apud* REZEK, **Direito dos tratados,** p. 302.

que precisam do crivo do Legislativo – ou, ao contrário, por criar um sistema de lista negativa – dispondo quais tratados não precisam ser enviados ao Parlamento.

Teoricamente, o Brasil adota, como se disse, a primeira corrente, ou seja, que todo tratado firmado pelo Executivo precisa de aprovação do Congresso Nacional. Isto se depreende basicamente de dois dispositivos constitucionais, semelhantes a vários outros de constituições brasileiras anteriores – os atuais artigos 49, I, e 84, VIII.

No entanto, existe uma longa e consolidada prática diplomática formada, à margem do texto constitucional, pela qual o Executivo conclui vários tipos de acordos sem o assentimento do Poder Legislativo. Ou seja, apesar do não reconhecimento na Constituição de 1988 – e nenhuma outra anterior Carta Magna brasileira – sobre a existência de acordos em forma simplificada, que poderiam ser concluídos sem autorização expressa do Congresso Nacional, a prática indica que inúmeros acordos firmados pelo Executivo não passam pelo Legislativo.

Houve, no final da década de 1940, um acirrado debate entre dois grandes internacionalistas pátrios, Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão, em torno do tema. De um lado, Accioly, entendendo que nem todos os acordos firmados precisam de anuência do Legislativo. Para ele, a ratificação não é geralmente exigida nos seguintes casos: *a)* os acordos sobre assuntos que sejam da competência privativa do Poder Executivo; *b)* os concluídos por agentes que tenham competência para isto, sobre questões de interesse local ou de importância restrita; *c)* os que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado vigente; *d)* os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento; *e)* os de *modus vivendi* quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer as bases para negociações futuras[22].

22 GABSCH, *op. cit.*, p. 160.

No entendimento de Accioly, existiria entre nós já de muitos anos – e continuaria até os dias atuais, visto que os dispositivos constitucionais hodiernos são muito semelhantes aos da época de Accioly – um costume *extra legem* de não se exigir a aprovação do Congresso Nacional para certos atos internacionais. Sobre esse ponto específico, afirma Rezek: "Concedendo-se, pois, que tenha Accioly abonado, a seu tempo, uma prática, na amplitude com que tenciona convalidar acordos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar, não se possa hoje defender senão *contra legem*"[23].

A tese mais constitucionalista foi exposta por Valladão, que rejeitava o "princípio da competência privativa dos órgãos constitucionais" sustentado por Accioly, o qual postula que a matéria versada no tratado seria o critério para a necessidade da aprovação legislativa, conforme recaia na competência exclusiva do Legislativo ou na alçada privativa do Executivo. Para Valladão, os constituintes brasileiros não quiseram olhar a matéria dos tratados, mas sim subordinar o Poder Executivo ao Congresso Nacional no que se refere à assunção de quaisquer responsabilidades na ordem internacional[24]. Por fim, entende Valladão que "a doutrina exposta por Hildebrando Accioly está ligada, qual ele próprio confessa, ao direito doutros povos, em especial, ao dos Estados Unidos"[25].

O momento atual sobre o debate histórico entre Accioly e Valladão é, infelizmente, o mesmo, ou seja, uma discussão em aberto. A rigor, cabe ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (CF/88, art. 49, I), mas a prática desde longa data consolidada é de se enviar apenar alguns tratados ao Congresso Nacional, ainda que não fique muito claro quais desses

23 REZEK, **Direito dos tratados**, p. 305-306.

24 GABSCH, *op. cit.*, p. 161.

25 *Apud* REZEK, **Direito dos tratados,** p. 302.

tratados é que devem ser remetidos ao Legislativo. Nesse tópico, reina grande controvérsia entre os doutrinadores brasileiros.

Em razão dos limites deste artigo, seria impossível vermos todas as posições doutrinárias; por isso, exporemos sobre o tema tão-somente a posição do atual Consultor-Jurídico do Itamaraty, o professor Cachapuz de Medeiros, que espelha a atual prática diplomática brasileira:

> Tenho defendido que a fórmula que melhor se ajustaria às exigências da vida internacional contemporânea consistiria em reiterar que os tratados são sujeitos ao referendo do Congresso Nacional, mas admitindo a celebração de acordos em forma simplificada: 1) quando se destinem a executar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes devidamente aprovados pelo Legislativo; 2) quando forem estritamente inerentes à rotina diplomática ordinária e puderem ser desconstituídos mediante comunicação à outra parte, eficaz desde logo, sem necessidade de denúncia.
>
> Entretanto, o Congresso Nacional sempre seria informado da existência desses acordos, imediatamente após a celebração dos mesmos. Se entender que determinado acordo tiver modificado o ato que lhe deu origem ou não for estritamente inerente à rotina diplomática ordinária, o Congresso Nacional poderia rejeitá-lo, através de decreto legislativo, ficando o Executivo obrigado a denunciar ou desconstituir o acordo[26].

Também nesse acirrado debate em torno da existência ou não de acordos em forma simplificada no Brasil, a ratificação da CVDT-1969 não contribui muito para esclarecer, visto que, apesar das tentativas de se definir na convenção internacional o que seria um *executive agreement,* foi impossível fazê-lo. Cumpre ressaltar, porém, que apesar da existência das controvérsias expostas durante o presente artigo, acreditamos que a ratificação desse "tratado sobre tratados" dará uma expressiva contribuição ao direito dos tratados no Brasil.

26 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os novos desafios do direito dos tratados. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 489-490.

4 Conclusão

O que se procurou levantar ao longo desse artigo foram essencialmente dois tópicos: o primeiro corresponde à importância da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e como foi fundamental a adesão do Brasil a esta o que comprova que também no âmbito dos compromissos internacionais o Brasil experimenta uma crescente inserção na sociedade internacional. No entanto, e nesse ponto encontra-se o segundo destaque do artigo, fica patente pela leitura que a ausência de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais sobre a processualística de aceitação de tratados e a não clareza sobre a divisão da atuação dos poderes Legislativo e Executivo levam a um debate acirrado na doutrina brasileira, que já vem de longa data, mas, que se espera, no futuro possível possa ser melhor resolvido.

The "new" Law of Treaties and the "old" unanswered questions

Abstract

This paper aims to contrast the recent ratification of the Vienna Convention on the Law of Treaties by Brazil to the continuity of the old dilemmas related to the procedural dimension of the international acts in this country. Therefore, it aims to demonstrate that although the incorporation of an important international treaty that regulates such discipline should have mitigated the discussions relating thereto, the lack of dynamics in the constitutional devices that regulate the subject in Brazil during the Republican period contributed greatly to keep current the old discussions, especially matters relating to Legislative and Executive competence and legitimacy in this context.

Key-words: Vienna Convention on the Law of Treaties. Legitimacy. Executive. Legislative.

tratados é que devem ser remetidos ao Legislativo. Nesse tópico, reina grande controvérsia entre os doutrinadores brasileiros.

Em razão dos limites deste artigo, seria impossível vermos todas as posições doutrinárias; por isso, exporemos sobre o tema tão-somente a posição do atual Consultor-Jurídico do Itamaraty, o professor Cachapuz de Medeiros, que espelha a atual prática diplomática brasileira:

> Tenho defendido que a fórmula que melhor se ajustaria às exigências da vida internacional contemporânea consistiria em reiterar que os tratados são sujeitos ao referendo do Congresso Nacional, mas admitindo a celebração de acordos em forma simplificada: 1) quando se destinem a executar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes devidamente aprovados pelo Legislativo; 2) quando forem estritamente inerentes à rotina diplomática ordinária e puderem ser desconstituídos mediante comunicação à outra parte, eficaz desde logo, sem necessidade de denúncia.
>
> Entretanto, o Congresso Nacional sempre seria informado da existência desses acordos, imediatamente após a celebração dos mesmos. Se entender que determinado acordo tiver modificado o ato que lhe deu origem ou não for estritamente inerente à rotina diplomática ordinária, o Congresso Nacional poderia rejeitá-lo, através de decreto legislativo, ficando o Executivo obrigado a denunciar ou desconstituir o acordo[26].

Também nesse acirrado debate em torno da existência ou não de acordos em forma simplificada no Brasil, a ratificação da CVDT-1969 não contribui muito para esclarecer, visto que, apesar das tentativas de se definir na convenção internacional o que seria um *executive agreement,* foi impossível fazê-lo. Cumpre ressaltar, porém, que apesar da existência das controvérsias expostas durante o presente artigo, acreditamos que a ratificação desse "tratado sobre tratados" dará uma expressiva contribuição ao direito dos tratados no Brasil.

26 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os novos desafios do direito dos tratados. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 489-490.

4 Conclusão

O que se procurou levantar ao longo desse artigo foram essencialmente dois tópicos: o primeiro corresponde à importância da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e como foi fundamental a adesão do Brasil a esta o que comprova que também no âmbito dos compromissos internacionais o Brasil experimenta uma crescente inserção na sociedade internacional. No entanto, e nesse ponto encontra-se o segundo destaque do artigo, fica patente pela leitura que a ausência de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais sobre a processualística de aceitação de tratados e a não clareza sobre a divisão da atuação dos poderes Legislativo e Executivo levam a um debate acirrado na doutrina brasileira, que já vem de longa data, mas, que se espera, no futuro possível possa ser melhor resolvido.

The "new" Law of Treaties and the "old" unanswered questions

Abstract

This paper aims to contrast the recent ratification of the Vienna Convention on the Law of Treaties by Brazil to the continuity of the old dilemmas related to the procedural dimension of the international acts in this country. Therefore, it aims to demonstrate that although the incorporation of an important international treaty that regulates such discipline should have mitigated the discussions relating thereto, the lack of dynamics in the constitutional devices that regulate the subject in Brazil during the Republican period contributed greatly to keep current the old discussions, especially matters relating to Legislative and Executive competence and legitimacy in this context.

Key-words: Vienna Convention on the Law of Treaties. Legitimacy. Executive. Legislative.

Referências

DALLARI, Pedro. **Constituição e tratados internacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ESPADA, Cesáreo Gutiérrez; HORTAL, María José Cervell. **El derecho internacional en la encrucijada**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 220.

GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação dos tratados internacionais pelo Brasil:** possíveis opções para acelerar seu processo. Brasília: FUNAG, 2010.

LA GUARDIA, Ernesto de. **Derecho de los tratados internacionales.** Buenos Aires: Depalma, 1997.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados:** competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. O Brasil e os novos desafios do direito dos tratados. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433-524.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Conferência de Viena sobre o direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1957.

RANGEL, Vicente Marotta. Emendas dos tratados internacionais. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty,** v. IX,(1990-2000). Brasília: FUNAG, 2009. p. 85-95.

REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito internacional público:** curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Acordos Internacionais: as Atribuições Distintas de Negociação pelo Poder Executivo e de Aprovação pelo Poder Legislativo. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty**, v. VIII (1985-1990). Brasília: Senado Federal, 2004. p. 463-465.

Referência deste artigo

SILVA, Alexandre Pereira da. O "novo" direito dos tratados e as "velhas" questões não respondidas. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 17-38, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 25 abr. 2011. Aprovado em: 10 jun. 2011.*

Dimensões do direito fundamental à igualdade: um breve estudo

Ana Cecília de Morais e Silva Dantas
Mestra em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, analista judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

A partir da formulação de um conceito de igualdade, o trabalho aborda sua evolução jurídica, o tratamento constitucional dado a esse princípio – que chega a ter seu significado confundido com a própria ideia de justiça – a fim de propor uma compatibilização entre suas dimensões formal e material para, por fim, analisar a face promocional do Estado em sua concretização na realidade. Propõe-se ainda o aprofundamento teórico de conceitos como os de igualdade de oportunidades, igualdade de resultados, obrigatoriedade de diferenciação e mesmo a distinção entre diferença e desigualdade. Busca-se o estabelecimento de requisitos que possibilitem uma melhor definição do que é admitido, proibido ou mesmo obrigado por nossa Constituição, e se introduzem as ideias de distribuição de bens, e a do reconhecimento das particularidades dos indivíduos como estratégias de eliminação das subordinações sociais, essencial para a harmonia da sociedade.

Palavras-chave: Igualdade. Diferenciação. Democracia. Estado.

1 Introdução

Bobbio ensina que a sociedade democrática é "regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência"[1]. Ora, se tomarmos a sério tal

1 BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 08.

proposta, mostra-se mais do que relevante a investigação de que igualdade se está falando.

Desde o final da década de 1980 cresce no mundo a ideia da remoção de qualquer desigualdade, social ou econômica, que não possa ser racionalmente justificada. Junto a isso se desenvolve uma nova concepção de justiça que já não prega a eliminação das diferenças, mas sim a da degradação humana[2].

A igualdade de direitos, base do constitucionalismo democrático e dos direitos fundamentais, embora já se tenha tornado ponto de importância incontroversa no direito, tendo muitas vezes seu significado confundido com o de justiça, jamais alcançou em sua mera proclamação formal a repercussão social desejada.

É por isso que, após a fase de luta pela igualdade em direitos, vivemos agora uma de luta pela igualdade real, donde emerge a face promocional do Estado, assim como medidas de compensação de desigualdades, que podem se traduzir tanto na promoção de uma igualdade de oportunidades, quanto na igualdade de resultados, conceitos que apropriadamente aprofundaremos no desenvolver do trabalho.

Dentro dessa evolução da igualdade, já se vem mesmo falando em uma obrigatoriedade de diferenciação.

Cabe destacar que *desigualdade* e *diferença* não são palavras sinônimas. *Diferença* é conceito que se liga à tolerância, às particularidades de cada indivíduo, que devem ser consideradas e valorizadas em uma sociedade pluralista. *Desigualdade*, por outro lado, relaciona-se à injustiça, na medida em que representa a ausência de igualdade de oportunidades a todos na sociedade. É marca da democracia o respeito às diferenças e combate às desigualdades.

2 HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. *In:* SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007, p. 79.

Ressalte-se aqui que não defendemos todas e quaisquer formas de diferenciação na sociedade, tanto é assim que buscaremos propor requisitos que possibilitem uma melhor definição do que é admitido, proibido ou mesmo obrigado por nossa Constituição.

Também são palavras de Bobbio que "onde a regra é a igualdade, deve ser justificado o tratamento desigual"[3], a que Vera Lúcia Carapeto Raposo completa: "enquanto para a igualdade não se requer um motivo específico, para a diferenciação assim é"[4], Em outras palavras, deve prevalecer em nosso ordenamento a presunção genérica e absoluta da igualdade, só cabendo distinções dentro da lei, que tem o dever de cuidar das diferenças sob pena de inconstitucionalidade, ainda que por omissão.

Não obstante seja comum a diferenciação entre igualdade formal e material (ou substancial), hoje evoluímos para, dentro do que se tem por igualdade material, a distinção entre igualdade de oportunidades e igualdade de resultados, ou igualdade de partida e de chegada.

Nesse contexto, surgem como estratégias à eliminação das subordinações sociais as idéias de *distribuição* de bens, e a do *reconhecimento* das particularidades dos indivíduos, as quais analisaremos a fim de verificar como a eliminação – ou ao menos diminuição – das desigualdades sociais é essencial para a harmonia da sociedade.

2 O que é igualdade?

O princípio da igualdade, fundamento da democracia, é o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais; tanto que vários pensadores antigos já confundiam os conceitos de igualdade e justiça,

3 BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 10.

4 RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. **O Poder de Eva**: O princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos – Problemas suscitados pela discriminação positiva, Coimbra: Almedina, 2004. p. 250.

dentre os quais se destaca a concepção de Platão, defensor da ideia da igualdade de oportunidades entre os indivíduos para vários aspectos da vida social, para quem igualdade conferida a coisas desiguais só poderia resultar em desigualdade[5].

Mesmo Aristóteles, defensor da ideia das desigualdades naturais, através da qual defendia a perpetuação da escravidão, asseverava que só através da igualdade a justiça poderia ser alcançada. Só com Cícero e Sêneca a natureza igualitária de toda a espécie humana ganhou valor[6].

Sem que se pretenda negar a relação feita pelos antigos, interessa o pensamento de Bobbio, para quem na mera constatação da igualdade entre duas coisas não há justiça ou injustiça, pois a igualdade é um fato, enquanto a justiça é valor; de modo que a igualdade, para ser considerada politicamente relevante, deve se ater às relações sociais[7].

Antes de qualquer coisa, deve-se dizer que, quando se fala em igualdade, fala-se em contraste, em que se deve determinar entre "quais" e "no que" se quer estabelecer a igualdade. Ora, não existe associação de pessoas em que apenas um seja igual, é necessário o estabelecimento de um paradigma de comparação[8]. Assim, consideram-se em situação idêntica pessoas determinadas, quanto a determinados fatores considerados relevantes para exame.

Ainda no âmbito da conceituação, pode-se extremar uma corrente *nominalista*, para a qual a desigualdade é característica da natureza humana, sendo qualquer declaração de igualdade uma formalidade sem real significação; de outra *idealista*, a qual propaga um igualitarismo absoluto

5 BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do direito:** a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 09.

6 *Idem*, p. 09.

7 BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 16.

8 ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 22.

ligado ao estado de natureza. Já em uma posição *realista* se reconhece que não obstante as pessoas sejam diferentes sob vários aspectos, são também iguais quanto ao valor de suas vidas[9].

Ataliba ressalta a íntima relação entre a legalidade e isonomia[10], na medida em que esta só é assegurada por meio daquela, de modo que a captação do conteúdo jurídico da isonomia exige a consideração de inúmeros princípios constitucionais[11].

Como decorrência direta do princípio republicano[12], a isonomia representa não só essa igualdade perante a lei ou perante a Constituição, mas também deve inspirar todo e qualquer ato estatal. E não obstante sua ampla legitimação histórica e cultural (ou por isso mesmo) jamais pode ter seu sentido desvinculado do princípio da legalidade[13].

3 Evolução conceitual

Em termos evolutivos, percebemos que a igualdade em sua relação com a legalidade passou por três fases principais. Num primeiro momento confundia-se com a prevalência de lei, donde derivava a ideia de tratamento igual em termos absolutos. Em seguida passou a ser vista mais como uma proibição às discriminações e ao arbítrio. Por fim, atualmente percebemos que, embora nenhum dos sentidos

9 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 211.

10 Do grego "isos" (igual) e "nomos" (forma), indicando a igualdade de todos perante a lei.

11 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 159.

12 Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Morais ensinam que República é uma forma de governo em que o povo possui o poder soberano, e tem por características fundamentais a temporariedade do mandato do chefe de governo ou Estado, eletividade dos governantes pelo povo e a responsabilidade do chefe de governo ou Estado, que deve prestar contas de sua orientação política na condução de sua administração (**Ciência Política e Teoria do Estado.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 174 e 175). Já Rousseau chega a dizer que todo governo legítimo é republicano, contudo, submete a legitimidade dos governos à vontade geral e ao interesse público (**O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 54).

13 ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 159.

dentre os quais se destaca a concepção de Platão, defensor da ideia da igualdade de oportunidades entre os indivíduos para vários aspectos da vida social, para quem igualdade conferida a coisas desiguais só poderia resultar em desigualdade[5].

Mesmo Aristóteles, defensor da ideia das desigualdades naturais, através da qual defendia a perpetuação da escravidão, asseverava que só através da igualdade a justiça poderia ser alcançada. Só com Cícero e Sêneca a natureza igualitária de toda a espécie humana ganhou valor[6].

Sem que se pretenda negar a relação feita pelos antigos, interessa o pensamento de Bobbio, para quem na mera constatação da igualdade entre duas coisas não há justiça ou injustiça, pois a igualdade é um fato, enquanto a justiça é valor; de modo que a igualdade, para ser considerada politicamente relevante, deve se ater às relações sociais[7].

Antes de qualquer coisa, deve-se dizer que, quando se fala em igualdade, fala-se em contraste, em que se deve determinar entre "quais" e "no que" se quer estabelecer a igualdade. Ora, não existe associação de pessoas em que apenas um seja igual, é necessário o estabelecimento de um paradigma de comparação[8]. Assim, consideram-se em situação idêntica pessoas determinadas, quanto a determinados fatores considerados relevantes para exame.

Ainda no âmbito da conceituação, pode-se extremar uma corrente *nominalista*, para a qual a desigualdade é característica da natureza humana, sendo qualquer declaração de igualdade uma formalidade sem real significação; de outra *idealista*, a qual propaga um igualitarismo absoluto

5 BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do direito:** a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 09.

6 *Idem*, p. 09.

7 BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 16.

8 ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 22.

ligado ao estado de natureza. Já em uma posição *realista* se reconhece que não obstante as pessoas sejam diferentes sob vários aspectos, são também iguais quanto ao valor de suas vidas[9].

Ataliba ressalta a íntima relação entre a legalidade e isonomia[10], na medida em que esta só é assegurada por meio daquela, de modo que a captação do conteúdo jurídico da isonomia exige a consideração de inúmeros princípios constitucionais[11].

Como decorrência direta do princípio republicano[12], a isonomia representa não só essa igualdade perante a lei ou perante a Constituição, mas também deve inspirar todo e qualquer ato estatal. E não obstante sua ampla legitimação histórica e cultural (ou por isso mesmo) jamais pode ter seu sentido desvinculado do princípio da legalidade[13].

3 Evolução conceitual

Em termos evolutivos, percebemos que a igualdade em sua relação com a legalidade passou por três fases principais. Num primeiro momento confundia-se com a prevalência de lei, donde derivava a ideia de tratamento igual em termos absolutos. Em seguida passou a ser vista mais como uma proibição às discriminações e ao arbítrio. Por fim, atualmente percebemos que, embora nenhum dos sentidos

9 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 211.

10 Do grego "isos" (igual) e "nomos" (forma), indicando a igualdade de todos perante a lei.

11 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 159.

12 Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Morais ensinam que República é uma forma de governo em que o povo possui o poder soberano, e tem por características fundamentais a temporariedade do mandato do chefe de governo ou Estado, eletividade dos governantes pelo povo e a responsabilidade do chefe de governo ou Estado, que deve prestar contas de sua orientação política na condução de sua administração (**Ciência Política e Teoria do Estado.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 174 e 175). Já Rousseau chega a dizer que todo governo legítimo é republicano, contudo, submete a legitimidade dos governos à vontade geral e ao interesse público (**O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 54).

13 ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 159.

anteriores tenha se perdido, a eles se soma a concepção da realização da igualdade *por meio* da lei[14].

A partir dessa evolução, costumam-se reconhecer três dimensões ao princípio da igualdade: a proibição ao arbítrio, a proibição de discriminações e a obrigatoriedade de diferenciação[15].

A proibição do arbítrio veda que situações iguais sejam tratadas desigualmente e que situações diferentes sejam tratadas de maneira igual. Essa é a dimensão da igualdade através da qual o Judiciário controla as funções do Legislativo, sempre em respeito à separação dos poderes.

A vedação às discriminações impossibilita que pessoas sejam negativamente discriminadas com base em caracteres subjetivos. É a face da igualdade de combate ao preconceito, que não veda todas as formas de diferenciação, mas apenas aquelas indesejadas.

Por fim, a obrigatoriedade de diferenciação é a dimensão que objetiva viabilizar uma igualdade jurídico-material através da atenuação das desigualdades sociais, econômicas e culturais[16].

O preceito isonômico, intuitivo não só no mundo ocidental, nem sempre foi valor respeitado no correr da história. Não obstante tenha origem na escola do direito natural, no mundo moderno o referido princípio surge interligado à Revolução Francesa, que o relacionava à universalidade da lei.

Os revolucionários distinguiam, contudo, as desigualdades naturais (de gênero, raça, força física) das sociais (referentes à concentração de renda, poder, etc), buscando corrigir as sociais pela mera edição de leis uniformes para todos, e esquecendo as naturais, tidas como insuperáveis.

14 BELLINTANI, Leila Pinheiro. op. cit., p. 10 et seq.

15 *Idem*, p. 34.

16 *Idem*, p. 35 et seq.

Essa primeira visão, liberal, hoje considerada restrita por já se ter como demonstrado que não foi capaz de promover uma isonomia efetiva, nem por isso é destituída de importância. Pelo contrário, a igualdade perante a lei foi uma das principais garantias individuais de segurança jurídica e de combate a privilégios de nascimento e condição social, mas, conforme ressalta Canotilho, "a igualdade perante a lei confundia-se, de certo modo, com o princípio objetivo da prevalência da lei"[17]. Tal visão estática, ao proibir qualquer forma de diferenciação, criou tantas injustiças quanto se visava combater com a aplicação indistinta das normas.

O conceito de igualdade evolui, abandonando a visão abstrata de existência de uma equidade absoluta entre todos. Surgem, assim, duas visões do princípio da igualdade: a vedação a discriminações e a proibição do arbítrio, que objetivavam eliminar o preconceito da sociedade através da tipificação penal das discriminações, como no caso do racismo[18]. Essa é a visão democrática da igualdade.

Até esse ponto, não obstante a popularidade da assertiva de que os iguais devem ser tratados igualmente, assim como os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades, ainda não se admitiam os tratamentos diferenciados. Todavia, passou-se a perceber que unicamente a proibição das discriminações não era suficiente para efetivar a igualdade jurídica, pois só combatia os atos intencionais e manifestos de preconceito, o que é muito diferente de promover a igualdade.

Dessas conclusões, surgiu o atual entendimento que se tem da igualdade, também chamado de social, com suas duas concepções principais que se somam: uma negativa, que se confunde com a proibição a dis-

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 381.

18 Leila Pinheiro Bellintani, na nota de rodapé 16 de seu "Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil", ensina que no Brasil as leis que tipificam penalmente as discriminações não têm a capacidade de eliminar o preconceito. Mesmo porque só se condenam penalmente (quando se condenam) as discriminações intencionais, enquanto que as não intencionais continuam a ocorrer sem qualquer tipo de combate.

criminações; e outra positiva, coerente com a proposição de medidas promocionais de realização efetiva da igualdade. À igualdade perante a lei, junta-se a igualdade *através* da lei, que passa a ser entendida como meio de criação de igualdade onde ela não existe. Tal possibilidade de atuação positiva normalmente relaciona-se a medidas de caráter temporário, que só perduram enquanto persistentes as desigualdades fáticas que lhe derem causa.

A igualdade é princípio a que já não cabe a conotação negativa da mera proibição a discriminações. Cada vez mais se torna um instrumento posto nas mãos dos legisladores e aplicadores do direito com o fim de aproximar da realidade a igualdade teórica.

Essa visão da igualdade se coaduna com a missão do legislador de colocar todos os membros da sociedade em condições de igualdade de competição pelos bens essenciais da vida. É pressuposto do exercício efetivo dos demais direitos fundamentais.

Serpa observa que o Estado tem o dever de lutar pela redução, não eliminação completa, das desigualdades, pois, em sua visão, a promoção de uma igualdade material absoluta guardaria uma dimensão totalitária[19].

Aqui se destaque que igualdade e diferença não são conceitos incompatíveis. Em verdade, são até complementares, visto que a igualdade é permeada pela tolerância e respeito às individualidades, e só se podem combater as desigualdades ao se reconhecerem as particularidades de cada um.

Desigualdade e diferença não são palavras sinônimas. Diferença é conceito que se liga à tolerância, às particularidades de cada indivíduo, que devem ser consideradas e valorizadas em uma sociedade pluralista. Desigualdade, por outro lado, relaciona-se à injustiça, na medida em que

19 SERPA, José Hermílio Ribeiro. **Direito Constitucional Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 133.

representa a ausência, na sociedade, de igualdade de oportunidades a todos. É marca do Estado democrático o respeito às diferenças e combate às desigualdades.

Temos, assim, que as diferenças devem ser reconhecidas e respeitadas, sem que possam servir de justificativa às discriminações no sentido negativo em que normalmente tal palavra é empregada.

Desigualdade, assim, representa injustiça, enquanto que diferença é uma característica positiva da sociedade. O direito à liberdade inclui, dentre outras coisas, o direito à individualidade, particularidades, não homogeneização.

Tanto que não é nem mesmo desejável uma uniformização entre as pessoas que prejudique a multiculturalidade e a riqueza da pluralidade. O que não pode haver é uma desigualdade tão injusta que impeça uma existência plena e feliz às pessoas. Ao que lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha que o desejável é uma igualdade jurídica "que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas"[20].

Ao que completa Hannah Arendt, ao dizer que as pessoas não nascem iguais, mas diferentes, sendo a igualdade o resultado da ação humana organizada em comunidade política[21].

No escólio de Hans Kelsen:

> A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a

20 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990, p. 118. Citada por SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 212.

21 ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo** – Anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 266-330.

todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres[22].

4 Igualdade na Constituição

Em nossa Constituição hoje já resta incontroverso que o princípio da isonomia propõe um tratamento de igualdade real, não apenas nominal. Tal fica patente logo em seu preâmbulo, que além da liberdade, segurança, bem-estar e desenvolvimento, eleva a igualdade, justiça e a dignidade da pessoa humana a valores supremos do nosso ordenamento. Adiante, já no artigo 1º, III, elenca como objetivos fundamentais à construção de uma sociedade livre, justa e solidária: a erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos sem qualquer forma de preconceito, dentre outros, ficando clara a imposição constitucional pela eliminação – ou ao menos redução – das desigualdades entre as pessoas[23]. Isso para não falar nos direitos sociais, promessas de igualdade material.

Quando a Constituição proclama a igualdade de todos perante a lei, não objetiva com isso uniformizar cegamente a sociedade, mas afirmar um igual valor[24] na essência e na vida humana, a despeito de diferenças sociais ou culturais, bem como garantir que uma lei seja igualmente aplicada a seus destinatários, ainda que essa lei só tenha como destinatários uma parcela reduzida da sociedade. Em outras palavras, quer-se dizer que pessoas de uma mesma categoria devem ser tratadas da mesma forma.

22 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 190.

23 SERPA, José Hermílio Ribeiro. op. cit., p. 132-133

24 Diferencia-se a igualdade absoluta da relativa, porquanto a primeira representaria uma identidade completa em todos os sentidos entre duas situações, sendo de ocorrência praticamente impossível, enquanto que a segunda indica similitude quanto a determinados pontos. Para a lei brasileira, as pessoas são relativa, não absolutamente, iguais, pois o que se toma por fator de consideração é o igual valor que a vida de todos possui, sendo possível que essas pessoas se diferenciem umas das outras quanto a outras características.

O tratamento igual não se refere a pessoas inteiramente iguais umas às outras, mas que sejam iguais em relação ao aspecto tomado em consideração pelo legislador, de modo que pessoas iguais em um aspecto podem ser totalmente diferentes em outros[25]. O legislador pode dar tratamento diferente a grupos sociais diferentes, cabendo ao aplicador da lei o dever de não distinguir dentro da distinção[26].

Ora, se as pessoas, iguais em seu valor humano, criaram o Estado para protegê-las, não haveria sentido em que permitissem a violação dessa igualdade que é o próprio pressuposto do regime republicano. Se a república é de todos, os poderes que recebe devem ser revertidos em benefícios e sacrifícios iguais para todos. De nada valeria a legalidade característica do Estado se desvinculada da igualdade que a legitima. A igualdade, portanto, condiciona a função legislativa, estando a lei a serviço do povo[27].

A relação entre igualdade e legalidade, assim, vincula-se a uma igual aplicação das leis a seus destinatários, ainda que os destinatários sejam selecionados na sociedade. O importante é que o objeto das leis seja geral, ou seja, a lei deve considerar "os súditos como corpo e as ações como abstratas, nunca um homem como indivíduo nem uma ação como particular. Assim, a lei pode perfeitamente estatuir que haverá privilégios, mas não pode conferi-los nomeadamente a ninguém"[28].

Diferenciam-se, portanto, a igualdade *perante* a lei, da igualdade *na* lei e mesmo da igualdade *através* da lei.

25 SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 215.

26 É claro que a depender do caso concreto a interpretação de uma mesma lei pode variar, podendo incluir pessoas não previstas pelo legislador, mas que se encontram na mesma situação descrita pela norma. Seria incoerente com a igualdade constitucionalmente propagada se o judiciário permitisse que uma norma inconstitucional (pois, se trata iguais de forma desigual, é inconstitucional) produzisse efeitos apenas para uma parcela da categoria, sendo injusta com os demais. Ao mesmo tempo, também não se deseja que uma norma legítima seja integralmente retirada do ordenamento porque omissa quanto a destinatários que deveria abarcar. Tal geraria injustiça para com seus destinatários iniciais. De todo modo, por ser demasiadamente complexa a discussão acerca dos limites a que se sujeita o poder judiciário em suas decisões, nos absteremos de aprofundar tal questão no presente trabalho, que cuida eminentemente do papel do poder legislativo.

27 ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 160.

28 ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 53-54.

todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres[22].

4 Igualdade na Constituição

Em nossa Constituição hoje já resta incontroverso que o princípio da isonomia propõe um tratamento de igualdade real, não apenas nominal. Tal fica patente logo em seu preâmbulo, que além da liberdade, segurança, bem-estar e desenvolvimento, eleva a igualdade, justiça e a dignidade da pessoa humana a valores supremos do nosso ordenamento. Adiante, já no artigo 1º, III, elenca como objetivos fundamentais à construção de uma sociedade livre, justa e solidária: a erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos sem qualquer forma de preconceito, dentre outros, ficando clara a imposição constitucional pela eliminação – ou ao menos redução – das desigualdades entre as pessoas[23]. Isso para não falar nos direitos sociais, promessas de igualdade material.

Quando a Constituição proclama a igualdade de todos perante a lei, não objetiva com isso uniformizar cegamente a sociedade, mas afirmar um igual valor[24] na essência e na vida humana, a despeito de diferenças sociais ou culturais, bem como garantir que uma lei seja igualmente aplicada a seus destinatários, ainda que essa lei só tenha como destinatários uma parcela reduzida da sociedade. Em outras palavras, quer-se dizer que pessoas de uma mesma categoria devem ser tratadas da mesma forma.

22 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 190.

23 SERPA, José Hermílio Ribeiro. op. cit., p. 132-133

24 Diferencia-se a igualdade absoluta da relativa, porquanto a primeira representaria uma identidade completa em todos os sentidos entre duas situações, sendo de ocorrência praticamente impossível, enquanto que a segunda indica similitude quanto a determinados pontos. Para a lei brasileira, as pessoas são relativa, não absolutamente, iguais, pois o que se toma por fator de consideração é o igual valor que a vida de todos possui, sendo possível que essas pessoas se diferenciem umas das outras quanto a outras características.

O tratamento igual não se refere a pessoas inteiramente iguais umas às outras, mas que sejam iguais em relação ao aspecto tomado em consideração pelo legislador, de modo que pessoas iguais em um aspecto podem ser totalmente diferentes em outros[25]. O legislador pode dar tratamento diferente a grupos sociais diferentes, cabendo ao aplicador da lei o dever de não distinguir dentro da distinção[26].

Ora, se as pessoas, iguais em seu valor humano, criaram o Estado para protegê-las, não haveria sentido em que permitissem a violação dessa igualdade que é o próprio pressuposto do regime republicano. Se a república é de todos, os poderes que recebe devem ser revertidos em benefícios e sacrifícios iguais para todos. De nada valeria a legalidade característica do Estado se desvinculada da igualdade que a legitima. A igualdade, portanto, condiciona a função legislativa, estando a lei a serviço do povo[27].

A relação entre igualdade e legalidade, assim, vincula-se a uma igual aplicação das leis a seus destinatários, ainda que os destinatários sejam selecionados na sociedade. O importante é que o objeto das leis seja geral, ou seja, a lei deve considerar "os súditos como corpo e as ações como abstratas, nunca um homem como indivíduo nem uma ação como particular. Assim, a lei pode perfeitamente estatuir que haverá privilégios, mas não pode conferi-los nomeadamente a ninguém"[28].

Diferenciam-se, portanto, a igualdade *perante* a lei, da igualdade *na* lei e mesmo da igualdade *através* da lei.

25 SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 215.

26 É claro que a depender do caso concreto a interpretação de uma mesma lei pode variar, podendo incluir pessoas não previstas pelo legislador, mas que se encontram na mesma situação descrita pela norma. Seria incoerente com a igualdade constitucionalmente propagada se o judiciário permitisse que uma norma inconstitucional (pois, se trata iguais de forma desigual, é inconstitucional) produzisse efeitos apenas para uma parcela da categoria, sendo injusta com os demais. Ao mesmo tempo, também não se deseja que uma norma legítima seja integralmente retirada do ordenamento porque omissa quanto a destinatários que deveria abarcar. Tal geraria injustiça para com seus destinatários iniciais. De todo modo, por ser demasiadamente complexa a discussão acerca dos limites a que se sujeita o poder judiciário em suas decisões, nos absteremos de aprofundar tal questão no presente trabalho, que cuida eminentemente do papel do poder legislativo.

27 ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 160.

28 ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 53-54.

Temos assim que a igualdade *perante* a lei trata da obrigação de aplicação da norma geral ao caso concreto, ainda que dela resulte discriminação, sendo, portanto, conceito tradicionalmente ligado ao de igualdade formal. Igualdade *na* lei, por sua vez, exige que as normas não criem distinções, a menos que autorizadas pela Constituição[29]. Por fim, a igualdade *através* da lei traz um tipo de exigência diferente, que não só permite distinções constitucionalmente fundadas, mas praticamente as torna obrigatórias na medida em que reconhece na lei o instrumento adequado para a redução das desigualdades e respeito às diferenças. Entende que se não forem dadas as mesmas oportunidades a todos do início ao fim da vida, a igualdade constitucionalmente proclamada será apenas uma máscara às desigualdades reais[30].

Enquanto a primeira dessas modalidades de destina ao aplicador da lei, as outras duas destinam-se principalmente ao legislador[31], embora José Afonso da Silva considere essa distinção desnecessária em nosso País, pois há muito doutrina e jurisprudência dão à *igualdade perante a lei* o sentido que no exterior se dá à *igualdade na lei*[32].

29 SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 214.

30 ATALIBA, Geraldo. Ob. cit., p. 162.

31 A esse respeito há certa divergência doutrinária, pois frequentemente considera-se que a igualdade na lei e a igualdade através da lei dirigem-se tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito. O executor da lei também seria obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei, de modo que só o legislador poderia cuidar de tratamentos diferenciados, não tendo o aplicador suficiente discricionariedade para tanto. Discordamos de tal opinião na medida em que acreditamos que o ato de interpretação normativa, típico do aplicador do direito, não deixa de conter processo criativo e de adequação à realidade que frequentemente supera a literalidade da lei. No Brasil não existe norma jurídica que seja aplicada indistintamente a seus destinatários independentemente das circunstâncias, sendo o princípio da igualdade uma regra de interpretação ao juiz. À concretização da igualdade relaciona-se um tratamento não meramente uniforme, mas proporcional e compensatório, de modo que determinadas leis podem ter seu sentido ampliado ou restringido conforme o caso concreto, sempre, contudo, em conformidade com os critérios postos à disposição pelo ordenamento jurídico. A título de exemplo pode-se imaginar caso em que o legislador outorgue benefício legítimo a pessoas de um determinado grupo, excluindo, contudo outras pessoas na mesma situação. Cabe ao judiciário, portanto, corrigir a inconstitucionalidade da lei, estendendo o benefício de forma isônoma a todos a quem deveria afetar que recorram aos tribunais. Em caso assim a mera declaração de inconstitucionalidade genérica estaria, na verdade, retirando do ordenamento benefício legítimo, o que também não estaria de acordo com nossa Constituição, sendo, portanto, a igualdade dirigida, do mesmo modo, ao aplicador das leis.

32 SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 215.

Temos como exemplos de igualdade *na* lei aquelas restrições baseadas na razoabilidade, toleráveis, como é o caso da exigência de altura mínima em concurso público para seleção de agente de polícia, de pessoas unicamente do sexo feminino para trabalhar em presídios para mulheres, dentre tantas outras que prestigiam mesmo a eficiência da máquina pública.

Já exemplos de discriminações com o fito de incluir, a que chamamos de igualdade *através* da lei, seriam as cotas para afrodescendentes nos exames vestibulares, reserva de vagas para deficientes em concursos públicos e mesmo para mulheres em relação a cargos políticos.

Ataliba ensina que o Estado, em geral, reduz sua atuação à edição ou aplicação de leis, devendo, portanto, em respeito à Constituição, garantir que essas leis sejam isonômicas e sua interpretação leve a igualdade às últimas consequências no plano concreto[33].

Temos, assim, que os destinatários do princípio da igualdade são tanto os aplicadores da lei, na medida em que devem obedecer a seus mandamentos, aplicando-a indistintamente a todos a quem se dirija, como os legisladores, que no ato da elaboração normativa devem atender aos limites máximos e mínimos, de tolerância ou necessidade de inclusão, impostos por esse princípio.

Ora, considerando que as leis são abstratas (com relação a casos concretos) e impessoais (podendo abranger gêneros de pessoas e situações, mas nunca casos isolados), torna-se evidente que não podem estabelecer discriminações arbitrárias, senão aquelas que guardem relação lógica entre o fator de discrímen e a diferenciação[34].

33 ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 158.

34 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 33.

Em outras palavras, a lei só está autorizada a criar exceções quando amparada por fatores objetivos e em conformidade com a Constituição.

5 Igualdade formal e material: uma compatibilização possível

Muito embora tradicionalmente relacione-se a igualdade formal a um tratamento uniforme entre todos os indivíduos, que apenas aprofunda desigualdades existentes na sociedade, numa concepção mais atual tal passa a ser interpretado como igualdade em categorias, que podem ser criadas pelo legislador apartadas das demais, contanto que o tratamento para seus membros seja o mesmo. O momento de construção da igualdade formal não se dá na elaboração das leis, mas, em sua aplicação. Cuida, assim, de uma igualdade "na chegada", enquanto que os legisladores cuidam da igualdade "na partida"[35].

Bobbio ensina que essa igualdade, tomada em sua dimensão meramente formal, tem, dentre outras, a função de partilhar a injustiça na sociedade, tornando-a menos chocante[36].

Já a igualdade material, que se confunde com igualdade *na* lei ou *através* da lei, dirige-se principalmente ao legislador, autorizando-o a diferenciar a fim de uma *construção* da igualdade fáctica.

Bem ressalta Maria Ángeles Martín Vida:

> La actividad legislativa consiste precisamente en clasificar, en crear normas que identifican y delimitan situaciones de hecho concretas que exigen un concreto tratamiento. (...) lo proprio del Derecho es estabelecer diferencias, aunque a la vez el Derecho actúa como instrumento homogeneizador[37].

35 BELLINTANI, Leila Pinheiro. op. cit., p. 23-24.

36 BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 22.

A justiça material, para José Afonso da Silva, seria "a especificação da justiça formal, indicando a característica constitutiva da categoria essencial"[38]. Essa conciliação dos conceitos de igualdade formal e material vem sendo proposta pela nova hermenêutica constitucional, que não encara seus significados como contrapostos, mas complementares.

Assim, temos que a promoção dessa igualdade material, ou substancial, não implica derrocada da igualdade formal, mesmo porque esta é essencial para a aplicação da primeira.

6 Igualdade através do Estado

Se é incontroverso que os desiguais devem ser tratados de maneira desigual, por outro lado ainda não estão claro os limites a que se sujeitam as diferenciações. Tanto limites do máximo admissível de diferenciação ser admitida, como do mínimo de obrigação de diferenciar a que se sujeita o legislador.

Pontes de Miranda ensina que muitas das desigualdades presentes na sociedade não são naturais, mas, artificiais, muitas vezes mantidas por lei, como é o caso das desigualdades econômicas, cabendo, portanto, ao direito, que as criou, o dever de repará-las[39].

37 VIDA, Maria Ángeles Martín. **Fundamento y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 129. Citada por BELLINTANI, Leila Pinheiro. Ob. cit., p. 25, nota de rodapé 49. Em tradução livre: "A atividade legislativa consiste precisamente em classificar, em criar normas que identificam e delimitam situações de fato concretas que exigem um tratamento concreto. (...) é próprio ao Direito estabelecer diferenças, ainda que o Direito atue como instrumento homogeneizador".

38 SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 212.

39 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed., 6. v., São Paulo: RT, 1970. t. IV/689.

O Estado, o direito e também a democracia são todos construções sociais artificiais. Ora, se são construídos por pessoas a serviço das pessoas, por que esperar passivamente que uma realidade desigual se modifique, quando se pode agir como engenheiro de uma sociedade coerente?

Nancy Fraser exemplifica casos em que o próprio Estado impede a plena interação social de determinados grupos, como nas leis matrimoniais que proíbem a união homossexual, nas práticas de policiamento que associam determinadas raças à criminalidade, e nas políticas públicas que estigmatizam mães solteiras. Institucionalizam-se, assim, categorias de agentes sociais como inferiores[40].

Quando a mudança social acontece quase que espontaneamente a partir de individualidades que conseguem a adesão dos demais a ponto de utilizar-se da pressão social como meio coercitivo, temos o que se chama de evolução. Por outro lado, quando as pessoas inteligente e volitivamente optam por uma transformação na sociedade, estamos diante do conceito de reforma ou mesmo de revolução[41].

De fato, a igualdade é condição que até pode vir a ser alcançada pelo próprio desenvolvimento da sociedade, contudo, a realidade reclama reformas inadiáveis.

A abstenção do Estado perante as desigualdades sociais por si só já opera como fator de desigualação com consequência alarmantes, donde se tem que a elaboração de políticas e lislação compensatória são imposições constitucionais[42]. De modo que a falta de previsão legislativa em certos casos pode gerar até inconstitucionalidades por omissão.

40 FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? *In:* SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 118.

41 MACHADO NETO, A. J. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 205.

42 ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 163.

A previsão da igualdade já não pode ser interpretada como uma mera permissão constitucional, mas como uma imposição ao legislador ordinário.

Fernando Alves Correia, nesse sentido, salienta:

> O princípio da igualdade jurídica é, assim, entendido também como uma imposição constitucional dirigida ao legislador de criação efectiva de uma igualdade de oportunidades ou de chances entre os cidadãos. (...) está-se perante um dever-jurídico-constitucional do legislador que, no caso de não ser cumprido, legitima a censura da inconstitucionalidade por omissão[43].

Não há razão para estranhamento na adoção de medidas diferenciadoras, especialmente quando percebemos que nosso ordenamento jurídico está repleto de diferenciações, e seria ilógico se assim não fosse.

No âmbito do direito penal, por exemplo, observa-se a existência de uma pluralidade de formas de castigos, com intensidades e durações diferentes, dependentes da gravidade da infração cometida. Vemos que não há uma única pena para qualquer infração criminal. As penas são proporcionais ao ato cometido. Seria estranho ao princípio da igualdade se um homicida e um ladrão de galinhas fossem tratados da mesma maneira, pois a gravidade de suas condutas é outra, merecendo, portanto, outro tratamento.

Bem assim no direito tributário e o respeito à capacidade contributiva (quanto aos impostos), ao benefício (nas contribuições) e à compensação das despesas (nas taxas). Essas desigualações são na verdade meios de superação das desigualdades[44].

43 CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 407-410. Citado por BELLINTANI, Leila Pinheiro. Ob. cit., p. 14, nota de rodapé 20.

44 ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 161.

Sendo assim, não há sentido em considerar as medidas diferenciadoras como antidemocráticas na medida em que "deturpam" a ordem "natural" das coisas, afinal, se a democracia é invenção humana que tem como pressuposto e fim a igualdade de todos, não há qualquer incoerência na criação de condições que a tornem verdadeiramente possível.

7 Meios de inclusão: igualdade de oportunidades x igualdade de resultados

Não obstante comumente se fale na criação de uma igualdade de oportunidades, por vezes o simples fomento das mesmas oportunidades não é suficiente para a possibilidade de obtenção de iguais resultados. Quando indivíduos em situação de desprivilégio concorrem em igualdade de condições com os demais, frequentemente não obtêm os mesmos resultados. Raça, sexo, origem ainda são fatores de exclusão mesmo quando as vítimas de discriminação possuem maiores qualificações que os demais.

Donde deriva a ideia da promoção de uma igualdade de resultados, de que as cotas seriam sua modalidade mais conhecida, pois colocariam os discriminados sociais nos lugares que deveriam ocupar, economizando o tempo que transformações sociais levam para ocorrer.

O individualismo dos regimes modernos considerava a igualdade apenas como um direito, não uma possibilidade de tornar-se efetiva, o que levou a uma impossibilidade de acesso real aos direitos fundamentais. A reação a essas desigualdades, por usa vez, como era de se esperar, levou a concepções mecânicas da igualdade, que em muito restringiram a liberdade. Hoje, ao se falar em igualdade de possibilidades é aproximar-se de uma solução harmoniosa que permite a existência de diferenças sem descuidar da construção da isonomia[45].

45 DALLARI, Dalmo. Citado por: ATALIBA, Geraldo. op. cit., p. 163.

Muito embora a distinção em igualdade de oportunidades e de resultados possa ter relevância para o estudo da constitucionalidade de medidas diferenciadoras, na prática, consideramos que qualquer distinção, no fundo, pode proporcionar apenas a igualdade de oportunidades, afinal o resultado que se busca obter com as medidas comumente classificadas como promotoras de uma igualdade de resultados nunca é a mera inclusão em determinada esfera da sociedade, mas a eliminação das barreiras. O resultado esperado pelas cotas para negros nas universidades, por exemplo, não é a mera inclusão do negro na universidade, mas a diminuição do preconceito. O esperado pelas cotas para mulheres no Legislativo não é a tão só ocupação dos cargos políticos pelas mulheres, mas a remoção das barreiras que as impedem de ascender a esses cargos. Sendo assim, entendemos que quaisquer medidas diferenciadoras admitidas por nossos legisladores, das quais as cotas são apenas um exemplo, são meramente os meios considerados adequados para que se chegue de fato aos resultados esperados – dão a oportunidade de realização da igualdade real. Sendo assim, entendemos que o que se chama de igualdade de resultados é apenas a forma adequada, em alguns casos, de proporcionar a igualdade de oportunidades.

8 Reconhecimento e redistribuição

Ultimamente as forças da política progressista vêm se dividindo em dois grupos: os proponentes da *redistribuição* de um lado e os do *reconhecimento* de outro, em que os primeiros procuram construir a igualdade através de uma distribuição mais justa dos bens, enquanto que os segundos simpatizam com as diferenças, entendendo que é através do reconhecimento das particularidades, não da imposição das normas culturais majoritárias, que se podem combater os preconceitos vigentes na sociedade[46].

46 FRASER, Nancy. op. cit., p. 113.

Embora essas duas perspectivas tenham por fim a inclusão social das minorias, comumente elas são colocadas como inconciliáveis, em que os partidários do reconhecimento consideram que a política distributiva não combate as verdadeiras causas das injustiças, sendo apenas materialista; enquanto que os proponentes da redistribuição acreditam que o reconhecimento das diferenças por si só não contribui para o alcance da justiça social.

Fraser acredita que essas concepções não são contraditórias, mas, complementares pois justiça exige tanto bens materiais quanto respeito ao diverso, e apresenta uma proposta que adequa a igualdade social ao reconhecimento das diferenças[47]. Para tanto, sugere uma releitura das formas tradicionais desses entendimentos (em que a ideia da igualdade social e justiça distributiva é associada à *moralidade*, enquanto que a do reconhecimento relaciona-se à *ética*)[48]. A fim de superar tal percepção, interpreta a política por reconhecimento como reivindicações por justiça em um sentido ampliado, de uma maneira que não as leve diretamente para o campo da ética, mais sujeita a subjetivismos, mas permita que passem pela moralidade.

O ponto fundamental da proposta conciliatória reside na superação do padrão tradicional de *identidade* característico do reconhecimento. Esse modelo, que busca a criação/identificação/valorização de identidades culturais de cada grupo, pode ser limitador das individualidades na medida em que leva os membros do grupo a produzir uma cultura de autoafirmação que as vezes os aprisiona na tentativa de se conformarem a seu padrão cultural interno[49].

47 FRASER, Nancy. op. cit., p.114.

48 Os partidários da justiça distributiva acreditam que as normas de justiça são universalmente vinculantes, independentemente dos valores dos agentes envolvidos. Confiam que o "correto" deve ter prioridade sobre o "bem", de modo que a busca por justiça é mais relevante que as demandas da ética, já que o reconhecimento das diferenças poderia ser encarado como uma violação à neutralidade liberal. Por outro lado, os seguidores do reconhecimento criticam a incoerência conceitual da moral universalmente vinculante, rejeitando o formalismo vazio que consideram característico dos distributivistas. Buscam criar condições qualitativas para o "florescimento humano" ao invés de se aterem a um tratamento de igualdade abstrata, pois demandam julgamentos de valor qualitativo que superam a capacidade das propostas distributivas. Segundo FRASER, Nancy. op. cit., p. 115-116.

49 FRASER, Nancy. op. cit., p. 116.

Em outras palavras, o padrão de identidade assume que os grupos marginalizados devem ser incluídos nos processos sociais por fazerem parte de setores da sociedade que merecem ter suas reivindicações de grupo ouvidas. Ao invés de estimular a participação democrática por meio da autonomia na interação de seus participantes, tende a fomentar o isolamento e separatismo, assim como a abafar discussões internas em nome de um poder autoritário que ditaria as necessidades e reivindicações de todos.

Se pensarmos no caso da demanda pela inclusão das mulheres no Legislativo, por exemplo, esse modelo legitimaria tal pleito na existência de uma pauta política típica do gênero feminino. O que não nos parece condizente com a realidade, pois, se assim fosse, os homens poderiam muito bem continuar a representá-las, bastando para isso que lhes fossem repassadas as demandas femininas.

Ora, a inclusão das minorias não se fundamenta apenas nos temas que tradicionalmente são ligados aos estereótipos de cada grupo, mas sim na concretização da igualdade, princípio e fim do direito.

Ou seja, para tal proposta, o que exige reconhecimento é a identidade, que enquanto negada pela cultura dominante lesiona *a razão de ser* dos membros do grupo.

Por isso Fraser propõe o *modelo de status*, em que a exigência de reconhecimento reside no status dos membros do grupo como parceiros na interação social. Entende que quando é negado o reconhecimento à cultura do grupo, as consequências residem no âmbito de um impedimento na participação plena na vida social, não em uma negação psicológica da identidade comum desse grupo.

Tal pensamento se mostra interessante na medida em que o reconhecimento das diferenças há muito fundamenta o conceito de igualdade, segundo o qual sujeitos de direitos são as pessoas individualmente,

não os grupos naturais; de modo que deve caber a cada um decidir *se* e *quando* é que sua identidade de sexo, raça, classe, integração cultural deverá orientar suas escolhas, não se podendo esperar homogeneidade em qualquer desses grupos, especialmente porque frequentemente as pessoas se encaixam em mais de um deles[50].

O modelo de status busca inserir os grupos não reconhecidos na dinâmica de participação da sociedade para, assim, superar a subordinação que os oprime. Toma os padrões culturais institucionalizados na sociedade e analisa quando esses padrões reconhecem os membros de cada grupo como igualmente aptos a participar da vida social, e quando os classifica como inferiores ou invisíveis. Considera que o não reconhecimento nasce quando as normas culturais impeditivas da paridade de participação são institucionalizadas[51]. Entende que padrões normativos institucionalizados podem perpetuar a exclusão, de modo que devem ser substituídos por padrões que favoreçam a participação e interação sociais[52].

Nesses casos, reivindicações com o fim desinstitucionalizar padrões que impeçam a plenitude de participação são válidas, diferentemente daquelas que buscam apenas a valorização da identidade do grupo.

O modelo de status, ao definir o reconhecimento como a paridade na participação, admite a conciliação das políticas de redistribuição e reconhecimento na medida em que associa esses conceitos na obtenção de meios para a superação das exclusões a que são submetidos diversos grupos sociais.

50 VARIKAS, Eleni. O Poder e as Mulheres. *In*: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). **Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 360.

51 Aqui relembramos alguns exemplos antes já citados de institucionalização do preconceito, como as leis, políticas públicas e práticas de policiamento que de fato colocam setores da sociedade em posição de inferioridade, como os homossexuais, mães solteiras e negros, excluindo-os da abrangência normativa, e negando seu status de paridade na participação.

52 FRASER, Nancy. op. cit., p. 117 e ss.

Para que esse acordo seja possível, Fraser apresenta duas razões possíveis para o reconhecimento: a promoção da justiça (associada à moralidade) ou da boa vida (ligada à ética)[53].

Como partidário das razões de boa vida pode-se citar Honneth, para quem os seres humanos só alcançam sua plena subjetividade quando reconhecidos pelos outros sujeitos. O não reconhecimento resultaria em uma redução das pessoas a papéis falsos ou incompletos estabelecidos pela sociedade[54], sendo o reconhecimento da dignidade dos indivíduos uma parte fundamental de seu conceito de justiça, pois, juntamente com a desaprovação pública, "constitui um mecanismo social que guia o indivíduo em direção à aquisição de virtudes desejáveis"[55].

Honneth diz mais:

> A atitude positiva que os sujeitos podem tomar em relação a si mesmos, quando eles adquirem esse reconhecimento legal, é de um autorespeito elementar. Eles se tornam capazes de compartilhar, na comunidade, os atributos de um ator moralmente competente.[56]

A esse respeito, interessa o estudo do antropólogo Luiz Eduardo Soares sobre a inserção de marginalizados no crime, em que ressalta a questão da "profecia que se autocumpre"[57], destacando o poder da estigmatização como anulador das identidades que aloca os indivíduos no papel que a sociedade lhes reserva. Esperar das pessoas determinados comportamentos é condená-las a esses papéis.

Já a fundamentação do reconhecimento na justiça, característica do modelo de status de Fraser, toma por injusta a negação do status de par-

53 *Idem*, p. 119.

54 *Idem*, p. 119.

55 HONNETH, Axel. op. cit., p. 80-81.

56 *Idem*, p. 86.

57 SOARES, Luiz Eduardo Soares; MV Bill; ATHAYDE, Celso. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 175.

ceria plena na interação social a determinados indivíduos, especialmente quando essas pessoas não podem contribuir na construção dos padrões culturais institucionalizados. Acredita que assim as reivindicações por reconhecimento podem ser feitas justificadamente, de maneira normativamente vinculante, e em respeito ao pluralismo. Critica a visão ligada à identidade por entender que não existe uma única concepção de boa vida, ou mesmo uma dominante, que possa se tornar vinculante. Busca, portanto, a elaboração de uma concepção de justiça capaz de ser aceita por pessoas com visões diferentes a respeito da boa vida[58].

Destaque-se aqui que não entendemos a concepção de Honneth como errônea ou desnecessária. Pelo contrário, estamos em total acordo com o referido autor quando ele descreve os efeitos do não reconhecimento na formação das personalidades que mais tarde se traduzirão em relações sociais injustas. O que não se pode perder de vista, todavia, é o fato de que dificilmente consequências psicológicas poderão ser tomadas como base para ações estatais. Concordamos com Fraser no sentido de que para um fortalecimento do poder normativo das reivindicações por reconhecimento é necessário o estabelecimento de critérios tão objetivos quanto possível para a vinculação do Estado. Assim, para o direito não importa se o não reconhecimento produz ou não efeitos sobre o psíquico das pessoas, o que vale é a injustiça – capaz de ser publicamente verificada – que impede a plena interação social.

O modelo de status busca oferecer condições justas de oportunidades a todos, o que não pode ser alcançado quando existem padrões institucionalizados que degradam universalmente grupos sociais.

Definida a visão do reconhecimento que adotamos, cabe relacionálo agora à redistribuição, destacando-se que as visões tradicionais tanto de um quanto do outro não admitem uma conciliação fácil, de modo que mais uma vez recorremos à concepção de justiça ampliada de Fraser, que entende a distribuição e o reconhecimento como dimensões distintas da justiça, em que uma não pode ser reduzida à outra.

58 FRASER, Nancy. op. cit., p. 121.

Propõe como *condição objetiva* da paridade participativa a distribuição dos recursos materiais. Hannah Arendt destaca que apenas quando as necessidades privadas das pessoas estiverem satisfeitas é que se pode ingressar com liberdade na discussão política. Só se ingressa no reino da liberdade quando se abandona a luta pela sobrevivência. É de sua autoria a frase de que no reino da necessidade não há discussão possível[59].

Já a *condição intersubjetiva* da paridade exige que os padrões culturais institucionalizados possibilitem oportunidades iguais aos cidadãos, vedando a depreciação de categorias de pessoas[60].

Assim, temos que a paridade participativa exige ambas as condições, materiais e culturais, para seu pleno desenvolvimento e inclusão de todos os cidadãos.

9 Perigos e limites da diferenciação

Se até agora entendemos aqui que o direito pode – e as vezes até deve – diferenciar sem que atente contra o princípio da igualdade, nem por isso achamos que tal possa ser feito de maneira totalmente arbitrária.

O argumento da desigualdade de tratamento pode ser perigoso. Aristóteles, por exemplo, ao se referir a tratamento desigual para desiguais buscava não a construção da igualdade entre os seres humanos, mas, a legitimação da escravidão[61].

59 ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 31 et seq.

60 FRASER, Nancy. op. cit., p. 126.

61 A respeito da célebre frase do Estagirita, Bobbio, que a denomina *regra da justiça*, ensina que ela "não diz qual seja o melhor tratamento, mas se limita a exigir a aplicação igual de um determinado tratamento, qualquer que seja ele", pois pressupõe que os critérios com base em que duas coisas devam ser equiparadas já foram estabelecidos (op. cit., p. 21-22).

Nesse mesmo contexto de legitimação de privilégios, Donatien Alphonse François de Sade, conhecido como Marquês de Sade, afirmava ser "de terrível injustiça exigir-se que homens de caracteres diferentes submetam-se às mesmas leis"[62].

Quando se selecionam situações a serem modificadas através da edição de normas, é importante que a finalidade a ser atingida seja valorada de modo objetivo para que dela derive aplicabilidade prática. Caso se escolham circunstâncias que estejam à margem da sociedade, está-se legislando em vão, de modo que se devem observar não só os critérios de conveniência e oportunidade, mas também a adequação, correlação lógica, e intensidade das normas para a eliminação de preconceitos na sociedade.

De acordo com o constitucionalismo moderno, no lugar de nos conformarmos com as desigualdades, devemos procurar supri-las, fornecendo condições mais favoráveis aos menos favorecidos. Devem-se levar em conta todos os valores de nosso ordenamento jurídico para que as diferenciações não resultem em exclusões ou privilégios.

Canotilho, por exemplo, entende o princípio em tela justamente como mecanismo de proibição ao arbítrio, e considera violada a igualdade quando sua disciplina jurídica não se basear num: "(i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável"[63].

Esse fundamento razoável varia, contudo, consoante os valores predominantes nos lugares conforme o momento histórico. Não tem, portanto, caráter absoluto.

62 SADE, Donatien Alphonse François de. **A Filosofia na Alcova**. ed. anotada, trad. Martha A. Haecker, Rio de Janeiro: JCM Editores, 1968, p. 134.

63 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria. Almedina, 1992. p. 565.

Celso Antônio Bandeira de Mello[64] aponta três requisitos principais para o reconhecimento das diferenciações sem quebra do princípio da igualdade:

> 1) O elemento tomado como fator de desigualação não pode ser tão específico a ponto de singularizar de modo absoluto um sujeito, e deve residir necessariamente na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada;
>
> 2) Deve haver uma correlação lógica abstrata entre a discriminação feita e o tratamento jurídico diferenciado;
>
> 3) Essa correlação lógica deve estar em harmonia com o sistema constitucional.

E ante a crítica de que o princípio da igualdade seria uma fórmula vazia permissiva de tratamentos diferenciados com base em qualquer característica humana individual, o fato é que a escolha dos fatores de diferenciação depende da valoração do legislador, que não só se submete posteriormente a análise pelo Judiciário, mas tem ainda que fundar suas escolhas numa racionalidade que as faça legítimas perante a sociedade. Não basta legislar, é preciso convencer.

10 Conclusões

O presente trabalho foi elaborado com o propósito de, através da análise de questões conceituais a respeito do princípio da igualdade, chegar a conclusões a respeito dos meios de consolidação desse princípio na realidade brasileira.

Logo quando de nossa tentativa de conceituação, já percebemos a isonomia como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais, tanto que historicamente foi frequentemente confundido com a própria justiça.

64 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 21-23.

Em termos evolutivos, percebemos que a igualdade, em sua relação com a legalidade, passou por três fases principais. Se já se confundiu com a prevalência da lei ou com a mera proibição a discriminações, hoje, a esses sentidos se soma a idéia de sua realização *por meio* da lei.

A partir dessa evolução, costumam-se reconhecer três dimensões ao princípio da igualdade: a proibição ao arbítrio, a proibição de discriminações e a obrigatoriedade de diferenciação, sendo este último ponto o mais sujeito a controvérsias, especialmente quanto aos deveres mínimos e máximos a que se sujeita o Estado na promoção da igualdade.

Embora nossa Constituição seja clara na proposição de uma igualdade real, não apenas nominal, e não obstante tradicionalmente se relacione a igualdade formal a um tratamento uniforme entre todos os indivíduos, que apenas aprofunda desigualdades existentes na sociedade, numa concepção mais atual tal passa a ser interpretado como igualdade em categorias, que podem ser criadas pelo legislador apartadas das demais, contanto que o tratamento para seus membros seja o mesmo.

Partindo-se do pressuposto de que muitas vezes é o próprio Estado quem fomenta desigualdades na sociedade a partir da institucionalização de preconceitos vigentes, assim como de que o Estado, o direito e também a democracia são todos construções artificiais, já não há razões para que se continue a esperar passivamente por uma evolução da sociedade quando se pode construir a harmonia social.

Além da clássica diferenciação entre igualdade formal e material, hoje já se fala em igualdade de oportunidades e de resultados, mas da mesma forma como acreditamos que a primeira forma de classificação pode ser harmonizada, bem assim pode esta, afinal, embora a distinção em igualdade de oportunidades e de resultados possa ter relevância para o estudo da constitucionalidade de medidas diferenciadoras, na prática, consideramos que qualquer distinção, no fundo, pode proporcionar apenas a igualdade de oportunidades.

Ultimamente vem-se ainda propondo outras políticas para a realização da igualdade, donde destacam-se os defensores da redistribuição e do reconhecimento, que não devem mais ser encaradas como medidas contrapostas, pois a paridade exige ambas as condições, materiais e culturais, para seu pleno desenvolvimento e inclusão de todos os cidadãos.

Por fim, numa tentativa de escapar dos perigos a que a desigualdade de tratamento pode levar, confiamos nos critérios propostos por Celso Antônio Bandeira de Mello e Gomes Canotilho, bem assim destacamos a importância da observação não só dos critérios de conveniência e oportunidade, mas também de adequação, correlação lógica, e intensidade das normas para a eliminação de preconceitos na sociedade.

Em resumo, percebemos que a igualdade: a) é conceito essencial à justiça; b) pressupõe a comparação entre situações; c) tem no respeito à diferença um de seus elementos essenciais; d) é a base da democracia; e) abarca a adequação das situações a seus fins; f) envolve a participação nas oportunidades.[65]

65 BELLINTANI, Leila Pinheiro. op. cit., p. 09 -10.

Dimensions of the fundamental right to equality: a brief review

Abstract

From the formulation of a concept of equality, this paper discusses its legal development, the treatment given to this constitutional principle – that has its meaning frequently confused with the very idea of justice – in order to propose the compatibility between its formal and material dimensions and, finally, examine the promotional face of the State in its implementation in reality. It also seeks to deepen theoretical concepts such as equal opportunities, equality of outcome, mandatory differentiation, and even the distinction between difference and inequality. It searches the definition of the requirements that allow a better limitation of what is permitted, forbidden or even required by our Constitution, and introduces the ideas of distribution of goods, and the recognition of the particularities of individuals as strategies for the elimination of social subordination, witch is essential to the society'svharmony.

Key-words: Equality. Differentiation. Democracy. State.

Referências

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **As Origens do Totalitarismo** – Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do direito:** a questão das quotas racionais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria. Almedina.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACHADO NETO, A. J. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. v. I.

Dimensions of the fundamental right to equality: a brief review

Abstract

From the formulation of a concept of equality, this paper discusses its legal development, the treatment given to this constitutional principle – that has its meaning frequently confused with the very idea of justice – in order to propose the compatibility between its formal and material dimensions and, finally, examine the promotional face of the State in its implementation in reality. It also seeks to deepen theoretical concepts such as equal opportunities, equality of outcome, mandatory differentiation, and even the distinction between difference and inequality. It searches the definition of the requirements that allow a better limitation of what is permitted, forbidden or even required by our Constitution, and introduces the ideas of distribution of goods, and the recognition of the particularities of individuals as strategies for the elimination of social subordination, witch is essential to the society'svharmony.

Key-words: Equality. Differentiation. Democracy. State.

Referências

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **As Origens do Totalitarismo** – Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do direito:** a questão das quotas racionais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria. Almedina.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (Orgs.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACHADO NETO, A. J. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970. v. I.

RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. **O Poder de Eva**: O princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos – Problemas suscitados pela discriminação positiva, Coimbra: Almedina, 2004.

ROUSSEAU. Jean Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SADE, Donatien Alphonse François de. **A Filosofia na Alcova**. ed. anotada,.trad. Martha A. Haecker, Rio de Janeiro: JCM Editores, 1968.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. **Direito Constitucional Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES, Luiz Eduardo Soares; MV Bill; ATHAYDE, Celso. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VARIKAS, Eleni. O Poder e as Mulheres. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). **Democracia**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Referência deste artigo

Dantas, Ana Cecília de Morais e Silva. Dimensões do direito fundamental à igualdade: um breve estudo. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 39-70, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 27 abr. 2011. Aprovado em: 25 maio 2011.*

Crime contra o patrimômio praticado em face da Caixa Econômica Federal por meio de seu *Internet Banking:* estelionato *versus* furto qualificado por fraude

Ana Rita Coelho Colaço Dias
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Pós-graduada em Direito Público por Marcato Cursos Jurídicos em convênio com a Universidade Católica Dom Bosco – MS. Advogada.

Resumo

O trabalho tem por finalidade discutir qual deve ser o enquadramento legal das condutas efetuadas por aqueles que praticam crimes contra o patrimônio, por meio de *Internet Banking*, mais especificamente nos casos em que a vítima é a Caixa Econômica Federal. Em que pese haver orientação jurisprudencial em sentido contrário, visa-se a demonstrar que tais condutas devem ser tipificadas como sendo crime de estelionato (art. 171, § 3º, do Código Penal).

Palavras-chave: Crime. Caixa Econômica Federal. Internet Banking. Estelionato. Furto mediante fraude.

1 Considerações Iniciais

A acelerada evolução da informática e, em especial, da *internet*, mudou radicalmente a operacionalização das transações financeiras. No tocante à acessibilidade aos bancos, surgiram caixas eletrônicos, máquinas com leitura de código de barras e, mais recentemente, de *chips*,

cartões de crédito *online*, transações por meio de *internet banking*, entre outros.[1] Tudo para facilitar o acesso do usuário e aperfeiçoar as operações bancárias.

Por meio do *internet banking*, por exemplo, uma das diversas formas de acesso às instituições financeiras, os clientes podem consultar seus saldos, pagar contas, realizar transferências, fazer aplicações, tudo sem sequer sair de casa. É hoje uma ferramenta prática, ágil e econômica, que facilita a vida de milhões de usuários e o trabalho das mais variadas instituições bancárias.

Ocorre que a crescente utilização dos meios informatizados vem proporcionando o crescimento de uma criminalidade especializada em praticar fraudes, que se vale, para tanto, de conhecimento técnico, anonimato[2] e, no mais das vezes, impunidade. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes praticados por meio de *Internet Banking*[3], em que o agente se vale de *softwares*, como o *Trojan Horse*, com o fim de adquirir as senhas dos usuários e, consequentemente, o livre acesso às suas contas bancárias, causando-lhes desfalque patrimonial.

Nesse contexto, surge para o direito, devido à falta de legislação especial sobre o tema, a necessidade de enquadrar, em tipos legais, as condutas fraudulentas praticadas contra instituições financeiras, por meios informatizados. Tendo em vista tal problemática, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que as fraudes eletrônicas (*via internet*) tipificam-se como furto qualificado mediante fraude, por entender que

1 FRANCISCO, Deise Juliana; MACHADO, Glaucio José Couri. **Pensar, repensar a utilização da internet como instrumento para a educação e para a formação de "cibercidadãos".** In: Anais do Fórum de Tecnologia da URI, 2000. Disponível em <http://64.233.179.104/scholar?hl=ptBR&lr=lang_pt&q=cache:lL5dqmbR8SkJ:www.urisan.tche.br/~posinf/Publica/2001-Nelvi_Werkhauser_Herpich.pdf+%22informatiza%C3%A7%C3%A3o+dos+bancos%22> Acesso em 10 de jul. 2008.

2 SIMON, Cláudio Antônio de Paiva. **Scam, phishing e pharming:** as fraudes praticadas no ambiente Internet Banking e sua recepção no Brasil. Disponível em <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9077> Acesso em: 10 de jul. 2008, p. 2.

3 SIMON, Cláudio Antônio de Paiva. **Scam, phishing e pharming:** as fraudes praticadas no ambiente Internet Banking e sua recepção no Brasil. Disponível em <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9077> Acesso em: 10 de jul. 2008, p. 4.

a consumação de tais crimes dá-se no local da transferência e não no do saque dos valores.

Com tal posicionamento, no entanto, não se deve concordar. Nesse sentido, o presente artigo visa a analisar precedente do STJ[4] que trata do tema, rebatendo pontos aparentemente incoerentes e defendendo a tese de que a fraude eletrônica (via *internet*) configura crime de estelionato e não, furto mediante fraude. Antes, porém, serão feitas breves observações a respeito dos crimes de estelionato e furto.

2 Estelionato e furto: breves noções

2.1 Estelionato

Segundo o Código Penal Brasileiro, configura crime de estelionato a seguinte conduta:

> Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
>
> Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Tal dispositivo visa a tutelar o patrimônio contra atentados realizados mediante fraude; vislumbra defender a inviolabilidade patrimonial.[5]

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo de estelionato, por se tratar de crime comum. Como a vantagem ilícita pode se direcionar a uma terceira pessoa, caso tenha esta conhecimento da conduta do agente, será

4 STJ, S3 – Terceira Seção, CC 67343/GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, D.J. 11.12.2007, p 170.

5 JESUS, Damásio de. **Direito Penal.** Parte especial: dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 373.

considerada co-autora do ilícito penal: não se exige, para incriminação, intervenção material na "cena delituosa".[6]

O sujeito passivo, por sua vez, também poderá ser qualquer pessoa, natural ou jurídica, desde que sofra a lesão patrimonial e seja pessoa determinada. Caso a vítima seja indeterminada, o crime é contra a economia popular. Normalmente, quem sofre a lesão patrimonial é também quem é enganado, ludibriado, porém tal relação não é necessária, podendo o prejuízo ser alheio.

No tocante ao tipo objetivo, a conduta consiste em conseguir vantagem ilícita mediante uso de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Por seu turno, o tipo subjetivo caracteriza-se pelo dolo, pela consciência e vontade de enganar outrem, auferindo vantagem ilícita em detrimento de patrimônio alheio. Necessária, assim, a existência de elemento subjetivo do tipo específico[7], consistente na intenção de obter lucro ou proveito indevidos.

A consumação se dá com a obtenção da vantagem ilícita, em prejuízo alheio, o que ocorre quando a coisa passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do agente.[8] O *iter criminis* inicia-se com a prática da fraude e acaba com o resultado. Haverá tentativa, destarte, se, por circunstâncias alheias à vontade do agente, o percurso for interrompido e não se der a consumação.[9]

6 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Parte especial – arts. 121 a 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 558.

7 Em que pese alguns autores apreciarem a denominação "elemento subjetivo do injusto", prefere-se a expressão "elemento subjetivo do tipo específico". O debate relacionado ao "elemento subjetivo do injusto" envolve muitas controvérsias teóricas. Têm-se desde as idéias que imaginam a justiça como um "paradoxo", dada a complexidade social, sobretudo em KASTNER, Fatima. The paradoxes of justice: the ultimate difference between a philosophical and a sociological observation of law. Paradoxes and inconsistencies in the law. Oren Perez and Gunther Teubner (eds.). Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006, pp. 167-180, até teorias que buscam uma "racionalidade" das decisões judiciais a partir de uma base ético-discursiva, como em ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 205 s. Ante a controvérsia, julga-se mais adequada a expressão por adotada pela autora.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 757

9 MIRABETE, Julio Frabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial, arts. 121 a 234 do CP. São Paulo: Atlas, 2004. p. 305-308.

2.2 Furto

O delito de furto, por sua vez, é tipificado pelo Código Penal como sendo: "Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa."

Os bens jurídicos ora protegidos são a posse, a propriedade e a detenção[10] de coisa móvel. É indiferente que a vítima possua a coisa em nome próprio ou alheio ou que se trate de posse ilegítima: basta que o apoderamento pelo agente configure ato ilegal. Não podem ser objeto do crime de furto, por exemplo, coisas que não pertençam a ninguém, como *res nullius* (coisa que nunca teve dono) e *res derelicta* (coisa abandonada pelo proprietário).[11]

Assim como no estelionato, qualquer pessoa pode furtar (crime comum), menos o próprio proprietário. Este não pode ser sujeito ativo do crime de furto, mesmo em relação ao possuidor, pois falta a elementar normativa "alheia"; logo, ninguém pode furtar coisa própria. Na mesma esteira de pensamento, o possuidor também não pode ser sujeito ativo do crime de furto, pois, estando de posse da coisa, não pode subtraí-la de outrem. Caso inverta a natureza da posse que detém, o crime que pratica o possuidor é o de apropriação indébita.

No tocante ao tipo objetivo, "subtrair" não é a simples retirada da coisa do lugar em que se encontrava. É necessário que o agente adquira, com a subtração, o poder de disposição do objeto, não punindo o ordenamento penal brasileiro o furto de uso. Ademais, além de a coisa ser móvel e alheia, deve ela ter valor econômico. Por seu turno, o tipo subjetivo é formado pelo dolo (vontade consciente de subtrair coisa

10 Em sentido contrário, por entender que a mera detenção não é protegida pelo Direito Penal por não integrar o patrimônio da vítima, NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte geral e parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 705.

11 NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**.: dos crimes contra a pessoa . Dos crimes contra o patrimônio. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 208-215.

alheia) e pelo especial fim de agir (apoderar-se da coisa subtraída, para si ou para outrem).[12]

Consuma-se o crime de furto com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima e a consequente posse tranquila, mesmo que passageira, por parte do agente. Por se tratar de crime material, é possível a tentativa.[13]

Por fim, o delito de furto pode ocorrer de forma qualificada nas hipóteses elencadas no art. 155, §4º, do Código Penal. Dentre as hipóteses descritas, importa ressaltar a contida no inciso II, qual seja, a que caracteriza o furto mediante fraude. A fraude consiste em uma manobra enganosa destinada a iludir alguém, configurando também uma forma de ludibriar a confiança que se estabelece naturalmente nas relações humanas. Quando utilizada, qualifica o crime, ensejando pena de reclusão de 2 a 8 anos e multa.[14]

2.3 Estelionato e furto mediante fraude: distinções

Os delitos de estelionato e furto mediante fraude não se confundem. Neste, há subtração; naquele, entrega da coisa pela vítima. No furto, a fraude visa a diminuir a vigilância da vítima sem que esta perceba que está sendo desapossada; no estelionato, a fraude visa a fazer com que a vítima incida em erro e entregue espontaneamente o objeto ao agente: não há subtração, mas entrega voluntária.[15]

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3-15.

13 MIRABETE, Julio Frabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial, arts. 121 a 234 do CP. São Paulo: Atlas, 2004. p. 226-227.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 710.

15 SENRA, Ula. **Furto Mediante Fraude, Estelionato ou Apropriação Indébita?**. Disponível em <http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=98> Acesso em 11 de jul. 2008.

Não é outro o entendimento da jurisprudência brasileira, a exemplo do seguinte julgado:

> DIREITOS CIVIL E PENAL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. FURTO QUALIFICADO. SEGURADO VÍTIMA DE TERCEIRO QUE, A PRETEXTO DE TESTAR VEÍCULO POSTO A VENDA, SUBTRAI A COISA. DOUTRINA. PRECEDENTE DO TRIBUNAL. INDENIZAÇÃO PREVISTA NA APÓLICE. PERDA TOTAL DO BEM. INDENIZAÇÃO. PAGAMENTO DO VALOR AJUSTADO NO CONTRATO (APÓLICE). ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO PROVIDO. JULGAMENTO DA CAUSA. ART. 257, RISTJ.
>
> I – Segundo doutrina de escol, a fraude, no furto, "é o emprego de meios ardilosos ou insidiosos para burlar a vigilância do lesado. Não se identifica com a fraude característica do estelionato, isto é, com a fraude destinada, não a iludir a vigilante oposição do proprietário, mas a captar-lhe o consentimento, viciado pelo erro a que é induzido".
>
> II – Para fins de pagamento de seguro, ocorre furto mediante fraude, e não estelionato, o agente que, a pretexto de testar veículo posto à venda, subtrai o veículo. Neste sentido, aliás, precedente deste Tribunal (HC 8.179-GO, DJ de 17.5.99).
>
> III – Sendo o segurado vítima de furto, é devido o pagamento da indenização pela perda do veículo, nos termos previstos na apólice.
>
> III – Nos termos da jurisprudência que veio a consolidar-se na Segunda Seção, tratando-se de perda total do veículo, a indenização a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia corrigida ajustada na apólice (art. 1.462, CC), sobre a qual cobrado o prêmio.
>
> (STJ, Quarta Turma, RESP – Recurso Especial 226222, Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J. 17.12.1999, p. 380)

Conforme se infere de tal julgado, no crime de estelionato, a fraude antecede o apossamento da coisa e é causa para ludibriar sua entrega pela vítima, enquanto no furto qualificado pela fraude o artifício malicioso é empregado para iludir a vigilância ou a atenção da vítima.

3 O delito em questão: transações fraudulentas praticadas em detrimento da Caixa Econômica Federal

A abordagem em questão ficará adstrita aos crimes contra o patrimônio praticados em detrimento da Caixa Econômica Federal, nos quais o agente transfere valores de uma conta para outra, ambas da mesma instituição, geralmente de Agências diferentes, efetivando, em seguida, o saque. Em muitos casos, o titular da conta creditada funciona como uma espécie de "laranja", fornecendo suas senha e conta em troca de pagamento que varia de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais).[16]

Em delitos desta espécie, considera-se como vítima não o indivíduo, titular da conta, mas a própria instituição financeira – *in casu*, a Caixa Econômica Federal (CEF). Isto porque o prejuízo efetivo não será daquele, mas desta, pois a empresa pública ressarcirá seu cliente, titular da conta lesada, sofrendo o dano patrimonial.

Por conseguinte, a competência para julgar tais delitos será da Justiça Federal, em virtude do artigo 109, inciso I, da Constituição de 1988, que disciplina:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

É o que, inclusive, se infere do voto-vista do Ministro Felix Fischer, do STJ, no CC nº 67.343 – GO (2006/0166153-0) que dispõe:

16 Ascom MPF/PE – Assessoria de Comunicação Social. **MPF obtém condenação de quadrilha que praticava fraudes na internet PRM/Petrolina.**[mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <Ascom@prpe.mpf.gov.br> Data de recebimento: 18 de jul. 2008.

> Sr. Presidente, a discussão neste caso é entre dois Juízes Federais, em que se questiona se seria a competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual. Fiz um levantamento nos precedentes, e também em uma situação mais ou menos similar – neste caso a discussão é saber se houve furto com fraude, se este seria o caso concreto, em que a pessoa, por meio da *Internet*, movimentou a conta bancária de outra pessoa ou se se trata de estelionato –, e, nas duas hipóteses, os precedentes encontrados nunca questionaram a competência da Justiça Estadual.

Conheço do conflito e declaro competente o *Juiz Federal* de Campo Mourão/PR. (Grifos nossos)

A questão a que se pretende responder no presente trabalho, portanto, não é saber se competente é a Justiça Federal ou a Estadual[17], mas se o crime será julgado onde ocorreu o saque ou onde se situa a Agência cuja conta foi fraudulentamente debitada.[18]

Em decisões relativamente recentes, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a fraude eletrônica (via *internet*) destinada a subtrair valores de conta corrente configura furto mediante fraude. Eis o que explicita o seguinte precedente:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE NUMERÁRIO DE CONTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE QUE NÃO SE CONFUNDE COM ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO. SUBTRAÇÃO DO BEM. APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARANAENSE.

17 Não se trata de perquirir a competência *ratione materiae*, conforme ALENCAR, Rosmar Rodrigues e TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: jusPODIVM, 2010. p. 228.

18 Conforme ensina OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 7. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p. 230., uma vez identificado o juiz natural, ou seja, a competência de jurisdição, o próximo passo a ser dado na descoberta do juízo competente para o julgamento de determinada ação penal há de ser encontrado na legislação ordinária, infraconstitucional, cujas regras têm em vista e levam em consideração a tutela concreta do processo, e não mais da descoberta das fontes constitucionais da jurisdição, já definidas previamente, seja em razão da matéria, seja em razão da função exercida pelo agente.

1. O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente.

2. Hipótese em que o agente se valeu de fraude eletrônica para a retirada de mais de dois mil e quinhentos reais de conta bancária, por meio da "Internet Banking" da Caixa Econômica Federal, o que ocorreu, por certo, sem qualquer tipo de consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda. Configuração do crime de furto qualificado por fraude, e não estelionato.

3. O dinheiro, bem de expressão máxima da idéia de valor econômico, hodiernamente, como se sabe, circula em boa parte no chamado "mundo virtual" da informática. Esses valores recebidos e transferidos por meio da manipulação de dados digitais não são tangíveis, mas nem por isso deixaram de ser dinheiro. O bem, ainda que de forma virtual, circula como qualquer outra coisa, com valor econômico evidente. De fato, a informação digital e o bem material correspondente estão intrínseca e inseparavelmente ligados, se confundem. Esses registros contidos em banco de dados não possuem existência autônoma, desvinculada do bem que representam, por isso são passíveis de movimentação, com a troca de titularidade. Assim, em consonância com a melhor doutrina, é possível o crime de furto por meio do sistema informático.

4. A consumação do crime de furto ocorre no momento em que o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade. No caso em apreço, o desapossamento que gerou o prejuízo, embora tenha se efetivado em sistema digital de dados, ocorreu em conta-corrente da Agência Campo Mourão/PR, que se localiza na cidade de mesmo nome. Aplicação do art. 70 do Código de Processo Penal.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Campo Mourão – SJ/PR.

(STJ, S3 – Terceira Seção, CC 67343/GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, D.J. 11.12.2007, p 170)

Os principais argumentos utilizados pelo STJ para tipificar o crime praticado via *Internet Banking* como furto qualificado mediante fraude (e não estelionato) e, em conseqüência, entender que a competência cabe ao juízo do lugar onde se situa a conta debitada, foram os seguintes:

> a. "No furto mediante fraude, esta é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente;
>
> b. "...em nenhum momento houve a participação de funcionários do Banco no episódio. Assim, não houve sequer a possibilidade de induzimento de "*alguém em erro*", como exige o tipo penal do estelionato, que não prescinde de vínculo psicológico, e muito menos a efetiva entrega do bem com vício de consentimento.";
>
> c. "se o agente, por meio da senha do titular, acessou a conta corrente sob a responsabilidade da instituição financeira sobremencionada, agiu ele mediante ardil para burlar a vigilância do lesado – sem qualquer participação desse –, fraude que não se identifica com aquela que se destina a captar o consentimento da vítima";[19]
>
> d. "A consumação do crime de furto ocorre no momento em que o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade".[20]

Conforme restará demonstrado, no entanto, tal julgado não emprestou à hipótese o tratamento jurídico adequado.

A assertiva, acima explicitada, de que "no furto mediante fraude, esta é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba"; enquanto "no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da

19 Excertos da fl. 06 do Relatório da Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz, referente ao Conflito de Competência nº 67.343 – GO, STJ, DJ 11.12.2007, p. 170.

20 Excerto da fl. 03 do Relatório da Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz, referente ao Conflito de Competência nº 67.343 – GO, STJ, DJ 11.12.2007, p. 170.

vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente" é correta, entretanto, *data venia*, foi incoerentemente usada. Isso porque tal distinção não cabe para defender a tese de que o delito ora em análise trata-se de furto mediante fraude. Senão, vejamos.

Conforme adverte Cezar Roberto Bitencourt[21]:

> Embora a fraude seja característica inerente ao crime de estelionato, aquela que qualifica o furto não se confunde com a deste. No furto, a fraude *burla a vigilância da vítima*, que, assim, *não percebe* que a *res* lhe está sendo *subtraída*; no estelionato, ao contrário, a fraude *induz* a vítima a *erro*. Esta, *voluntariamente, entrega* seu patrimônio ao agente. No furto, a fraude visa a *desviar a oposição atenta do dono da coisa*, ao passo que no estelionato o objetivo é *obter seu consentimento*, viciado pelo erro, logicamente.
>
> O *dissenso* da vítima no crime de furto, mesmo fraudulento, e sua *aquiescência*, embora viciada, no estelionato são dois aspectos que os tornam inconfundíveis. (grifos nossos)

Ora, na questão sob análise, o agente realiza movimentação bancária em contas de uma mesma instituição, qual seja, a Caixa Econômica Federal (CEF). Desse modo, a fraude serve como meio para que a vítima – que é a CEF – entregue voluntariamente o objeto ilícito almejado e não como meio de burla à vigilância da mesma. Explica-se.

Conforme exposto no próprio *site*[22] da referida empresa pública, as Agências e Unidades Lotéricas não constituem instituições financeiras isoladas, como se fossem "CAIXAS autônomas", mas canais de atendimento, a fim de que o acesso a tal instituição seja facilitado. De acordo com as informações, "(...) Sua rede, a maior do País, abrange todos os 5.561 municípios brasileiros, com mais de 17 mil pontos de atendimento entre agências, lotéricas e correspondentes CAIXA AQUI. (...). E para quem prefere outros canais de atendimento, a CAIXA também oferece terminais eletrônicos, Banco 24h, CAIXA Rápido, débito automático, atendimento telefônico e o Internet Banking CAIXA."[23]

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 32.

22 www.caixa.gov.br.

Tendo em vista o exposto, tem-se que, quando determinado valor é retirado ilicitamente, via *internet banking*, de uma conta e transferido para outra, não há prejuízo para uma determinada e isolada agência, mas para a Caixa Econômica Federal. O prejuízo é da instituição financeira, que o sofre por meio de um canal de atendimento, sem o qual dificilmente ocorreria o delito.

Considerar que competente para o caso é a Seção Judiciária da Agência onde houve a transferência (ou onde se situa a conta debitada), porque neste momento ocorreria o dano patrimonial, é entender que este é suportado por uma Agência, como se esta não fosse a própria instituição financeira – o prejuízo, como dito, é da Caixa Econômica Federal, que o sofre por meio de um de seus canais de atendimento[24] – ou até mesmo considerar que o sujeito passivo é o titular da conta bancária e não a agência, o que definitivamente não ocorre.

Quando determinado valor é transferido de uma conta para outra, de Agências diferentes, mas pertencentes a uma mesma instituição financeira (no caso, a CEF), referida quantia continua na esfera de disponibilidade da mesma. Há apenas sua transferência de uma Agência para outra, mas, repita-se, a quantia continua sob o domínio da CEF, o qual só perderá quando da ocorrência do efetivo saque. Tanto que, mesmo após a transferência, o valor ainda pode ser estornado, retornando à conta de onde foi indevidamente retirado.

23 Disponível em <http://www1.caixa.gov.br/atendimento/canais_atendimento/agencia.asp?TipoParametro=agencia_sem_penhor> Acesso em: 27 mar. 2008.

24 Mesmo na hipótese de se considerar o delito em comento como furto qualificado por fraude, competente seria a Seção Judiciária de onde houve o saque, e não a transferência, posto ali ter sido "subtraída" efetivamente a "coisa móvel". Mas, como já afirmado, o caso é de estelionato.

vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente" é correta, entretanto, *data venia*, foi incoerentemente usada. Isso porque tal distinção não cabe para defender a tese de que o delito ora em análise trata-se de furto mediante fraude. Senão, vejamos.

Conforme adverte Cezar Roberto Bitencourt[21]:

> Embora a fraude seja característica inerente ao crime de estelionato, aquela que qualifica o furto não se confunde com a deste. No furto, a fraude *burla a vigilância da vítima*, que, assim, *não percebe* que a *res* lhe está sendo *subtraída*; no estelionato, ao contrário, a fraude *induz* a vítima a *erro*. Esta, *voluntariamente, entrega* seu patrimônio ao agente. No furto, a fraude visa a *desviar a oposição atenta do dono da coisa*, ao passo que no estelionato o objetivo é *obter seu consentimento*, viciado pelo erro, logicamente.
>
> O *dissenso* da vítima no crime de furto, mesmo fraudulento, e sua *aquiescência*, embora viciada, no estelionato são dois aspectos que os tornam inconfundíveis. (grifos nossos)

Ora, na questão sob análise, o agente realiza movimentação bancária em contas de uma mesma instituição, qual seja, a Caixa Econômica Federal (CEF). Desse modo, a fraude serve como meio para que a vítima – que é a CEF – entregue voluntariamente o objeto ilícito almejado e não como meio de burla à vigilância da mesma. Explica-se.

Conforme exposto no próprio *site*[22] da referida empresa pública, as Agências e Unidades Lotéricas não constituem instituições financeiras isoladas, como se fossem "CAIXAS autônomas", mas canais de atendimento, a fim de que o acesso a tal instituição seja facilitado. De acordo com as informações, "(...) Sua rede, a maior do País, abrange todos os 5.561 municípios brasileiros, com mais de 17 mil pontos de atendimento entre agências, lotéricas e correspondentes CAIXA AQUI. (...). E para quem prefere outros canais de atendimento, a CAIXA também oferece terminais eletrônicos, Banco 24h, CAIXA Rápido, débito automático, atendimento telefônico e o Internet Banking CAIXA."[23]

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 32.

22 www.caixa.gov.br.

Tendo em vista o exposto, tem-se que, quando determinado valor é retirado ilicitamente, via *internet banking*, de uma conta e transferido para outra, não há prejuízo para uma determinada e isolada agência, mas para a Caixa Econômica Federal. O prejuízo é da instituição financeira, que o sofre por meio de um canal de atendimento, sem o qual dificilmente ocorreria o delito.

Considerar que competente para o caso é a Seção Judiciária da Agência onde houve a transferência (ou onde se situa a conta debitada), porque neste momento ocorreria o dano patrimonial, é entender que este é suportado por uma Agência, como se esta não fosse a própria instituição financeira – o prejuízo, como dito, é da Caixa Econômica Federal, que o sofre por meio de um de seus canais de atendimento[24] – ou até mesmo considerar que o sujeito passivo é o titular da conta bancária e não a agência, o que definitivamente não ocorre.

Quando determinado valor é transferido de uma conta para outra, de Agências diferentes, mas pertencentes a uma mesma instituição financeira (no caso, a CEF), referida quantia continua na esfera de disponibilidade da mesma. Há apenas sua transferência de uma Agência para outra, mas, repita-se, a quantia continua sob o domínio da CEF, o qual só perderá quando da ocorrência do efetivo saque. Tanto que, mesmo após a transferência, o valor ainda pode ser estornado, retornando à conta de onde foi indevidamente retirado.

23 Disponível em <http://www1.caixa.gov.br/atendimento/canais_atendimento/agencia.asp?TipoParametro=agencia_sem_penhor> Acesso em: 27 mar. 2008.

24 Mesmo na hipótese de se considerar o delito em comento como furto qualificado por fraude, competente seria a Seção Judiciária de onde houve o saque, e não a transferência, posto ali ter sido "subtraída" efetivamente a "coisa móvel". Mas, como já afirmado, o caso é de estelionato.

Não há, portanto, burla à vigilância da CEF no momento da transferência. O valor transferido permanece o tempo todo na esfera de disponibilidade da instituição, sob sua vigilância. A CEF apenas entrega o dinheiro ao agente (ou autoriza a sua transferência), no momento do saque, por pensar se tratar do titular da conta. O agente do crime, portanto, consegue obter o consentimento da vítima (CEF), viciando-o, pois se passa pelo titular da conta. A CEF, portanto, é indubitavelmente induzida a erro.

Como se vê, não há razões para considerar o presente caso como incidente no tipo penal do art. 155, § 4º, inciso II. E, mesmo que fosse possível tal enquadramento legal, considerar consumado o crime no lugar da transferência seria ignorar que a consumação do delito de furto ocorre com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima e a conseqüente posse tranqüila, mesmo que passageira, por parte do agente, fatos que só ocorreriam com o efetivo saque.

Por todo o exposto, resta claro que tais crimes praticados por meio de sistema informatizado amoldam-se ao delito de estelionato, tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal. Nesse sentido, afirmar, como o fez o STJ, que "...em nenhum momento, houve a participação de funcionários do Banco no episódio. Assim, não houve sequer a possibilidade de induzimento de *´alguém em erro`*, como exige o tipo penal do estelionato, que não prescinde de vínculo psicológico, e muito menos a efetiva entrega do bem com vício de consentimento"[25] é desconsiderar que, no estelionato, tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem figurar na condição de sujeito passivo do crime. É o que inclusive adverte a melhor doutrina sobre a matéria:

> Sujeito passivo pode ser, igualmente, qualquer pessoa, física ou jurídica. (...) A vítima efetiva, na verdade, é quem sofre o dano material decorrente da ação, como destacava Roberto Lyra: "Sujeito passivo da ação, do erro é quem sofre sua materialidade; o patrimônio afetado pode ser de outrem que experimenta o resultado, o prejuízo."[26]
>
> "Sujeito passivo do estelionato é a pessoa que sofre a lesão patrimonial, normalmente a mesma que é enganada."[27]

25 Excerto da fl. 06 do Relatório da Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz, referente ao Conflito de Competência nº 67.343 – GO, STJ, DJ 11.12.2007. p. 170.

Assentada, assim, a premissa de que a situação, de fato, põe em evidência a ocorrência de estelionato, não se pode perder de perspectiva os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt[28], em matéria de local de consumação:

> *Consuma-se* o estelionato, em sua forma fundamental, *no momento e no lugar em que o agente obtém o proveito a que corresponde o prejuízo alheio.* Na verdade, é indispensável que a *vantagem* obtida, além de indevida, decorra do erro produzido pelo agente, isto é, que aquela seja conseqüência deste. Não basta a existência do erro decorrente da fraude, sendo necessário que da ação resulte vantagem ilícita e prejuízo patrimonial de outrem. (grifos nossos).

É no momento em que é sacada a quantia em poder da Caixa Econômica Federal que o agente passa a ter a disponibilidade tranquila da coisa, a sua posse. Na transferência, ele nem retira o dinheiro da esfera de disponibilidade da vítima (o banco), nem adquire a posse tranquila. É como também entendeu o TRF 5ª Região no seguinte julgado:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. CEF. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO LOCAL DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. OBTENÇÃO DA VANTAGEM ILÍCITA EM AGÊNCIAS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 278.

27 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 1261.

28 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 290-291.

Não há, portanto, burla à vigilância da CEF no momento da transferência. O valor transferido permanece o tempo todo na esfera de disponibilidade da instituição, sob sua vigilância. A CEF apenas entrega o dinheiro ao agente (ou autoriza a sua transferência), no momento do saque, por pensar se tratar do titular da conta. O agente do crime, portanto, consegue obter o consentimento da vítima (CEF), viciando-o, pois se passa pelo titular da conta. A CEF, portanto, é indubitavelmente induzida a erro.

Como se vê, não há razões para considerar o presente caso como incidente no tipo penal do art. 155, § 4º, inciso II. E, mesmo que fosse possível tal enquadramento legal, considerar consumado o crime no lugar da transferência seria ignorar que a consumação do delito de furto ocorre com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima e a conseqüente posse tranqüila, mesmo que passageira, por parte do agente, fatos que só ocorreriam com o efetivo saque.

Por todo o exposto, resta claro que tais crimes praticados por meio de sistema informatizado amoldam-se ao delito de estelionato, tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal. Nesse sentido, afirmar, como o fez o STJ, que "...em nenhum momento, houve a participação de funcionários do Banco no episódio. Assim, não houve sequer a possibilidade de induzimento de *´alguém em erro`*, como exige o tipo penal do estelionato, que não prescinde de vínculo psicológico, e muito menos a efetiva entrega do bem com vício de consentimento"[25] é desconsiderar que, no estelionato, tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem figurar na condição de sujeito passivo do crime. É o que inclusive adverte a melhor doutrina sobre a matéria:

> Sujeito passivo pode ser, igualmente, qualquer pessoa, física ou jurídica. (...) A vítima efetiva, na verdade, é quem sofre o dano material decorrente da ação, como destacava Roberto Lyra: "Sujeito passivo da ação, do erro é quem sofre sua materialidade; o patrimônio afetado pode ser de outrem que experimenta o resultado, o prejuízo."[26]
>
> "Sujeito passivo do estelionato é a pessoa que sofre a lesão patrimonial, normalmente a mesma que é enganada."[27]

25 Excerto da fl. 06 do Relatório da Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz, referente ao Conflito de Competência nº 67.343 – GO, STJ, DJ 11.12.2007. p. 170.

Assentada, assim, a premissa de que a situação, de fato, põe em evidência a ocorrência de estelionato, não se pode perder de perspectiva os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt[28], em matéria de local de consumação:

> *Consuma-se* o estelionato, em sua forma fundamental, *no momento e no lugar em que o agente obtém o proveito a que corresponde o prejuízo alheio.* Na verdade, é indispensável que a *vantagem* obtida, além de indevida, decorra do erro produzido pelo agente, isto é, que aquela seja conseqüência deste. Não basta a existência do erro decorrente da fraude, sendo necessário que da ação resulte vantagem ilícita e prejuízo patrimonial de outrem. (grifos nossos).

É no momento em que é sacada a quantia em poder da Caixa Econômica Federal que o agente passa a ter a disponibilidade tranquila da coisa, a sua posse. Na transferência, ele nem retira o dinheiro da esfera de disponibilidade da vítima (o banco), nem adquire a posse tranquila. É como também entendeu o TRF 5ª Região no seguinte julgado:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. CEF. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO LOCAL DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. OBTENÇÃO DA VANTAGEM ILÍCITA EM AGÊNCIAS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 278.

27 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 1261.

28 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 290-291.

1. Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto contra decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 13ª Vara-PE, que declinou da competência em favor da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar delito que ainda se investiga no presente Inquérito Policial, consistente na transferência bancária ilegal e posterior saque de recursos que estavam creditados na conta-corrente da Recorrida, ocasionando-lhe um prejuízo, já ressarcido pela instituição financeira (fls. 34/35), da ordem de R$2.930,00 (dois mil, novecentos e trinta reais).

2. A figura típica do artigo 171 difere daquela do artigo 155, § 4º, inciso II, ambas do Código Penal, pois a fraude, naquele caso, "visa a permitir que a vítima incida em erro. Por isso, voluntariamente, se despoja de seus bens, tendo consciência de que eles estão saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na esfera de disponibilidade do autor", sendo que na segunda hipótese "a fraude ilude a vigilância do ofendido, que, por isso, não tem conhecimento de que o objeto material está saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na disponibilidade do sujeito ativo" (Direito Penal/ Damásio E. de Jesus. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 288-289).

3. A fraude, no estelionato, é circunstância de meio para a obtenção do resultado.

4. Desacompanhada da obtenção da vantagem, em prejuízo alheio, a fraude não caracteriza a consumação do delito.

5. Para a fixação da competência, basta a indicação do lugar em que se deu a consumação do delito em tese, ou seja, o local onde foi obtida a vantagem patrimonial.

6. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido.

(TRF 5ª Região, RSE nº 999/PE (Proc.2007.83.00.005661-9), Relator Desembargador Federal – convocado – Ricardo Mandarino, Primeira Turma, DJ 28.02.2008)

Neste caso, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público Federal/Procuradoria da República em Pernambuco, em que se objetivava reconhecer a competência da Seção Judiciária de Pernambuco (*in casu*, 13ª Vara Fede-

ral) para apreciar inquérito policial que investigava fraude eletrônica em detrimento da CEF. Reconheceu-se, assim, ter-se consumado o delito no local do saque, ou seja, nas agências da Caixa Econômica Federal, localizadas em Boa Viagem e na Ilha do Leite, em Recife/PE.

4 Conclusão: do enquadramento da hipótese ora analisada como tipo penal de estelionato

Do exposto, resta claro que o STJ, ao considerar consumada a fraude eletrônica via *internet* no momento da transferência, em verdade confunde o sujeito passivo do crime. Apenas no caso de a vítima ser a pessoa titular da conta é que o delito restaria consumado naquele momento e não, no saque. Nesta hipótese, com a simples transferência, o particular realmente já perderia a disponibilidade de seu dinheiro, não se fazendo necessário o posterior saque para consumação do crime.

Entretanto, conforme acima já registrado, o entendimento do STJ é o de que a vítima é a Caixa Econômica Federal, não o particular, já que é aquela, e não este, que sofre o dano patrimonial. Conclui-se, portanto, que o próprio Tribunal contradiz-se, fundamentando seu posicionamento em bases divergentes: defende tratar-se de furto mediante fraude o crime contra a pessoa jurídica, quando tal tese apenas se sustentaria se a vítima fosse o titular da conta ou se os canais de atendimento da CEF fossem considerados instituições autônomas, o que não ocorre.

O entendimento ora defendido, ademais, encontra respaldo no direito comparado. Segundo Luiz Regis Prado, as legislações mais modernas têm previsão própria para a fraude eletrônica, tipificando-a como estelionato. O Código Penal português consagra a modalidade *burla informática*, no artigo 221.1., que dispõe: "Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, causar a outra pessoa prejuízo patri-

monial, interferindo no resultado de tratamento de dados ou mediante estruturação incorrecta de programa informático, utilização incorrecta ou incompleta de dados, utilização de dados sem autorização ou intervenção por qualquer outro modo não autorizada no processamento, é punido com pena de prisão de até 3 anos ou com pena de multa".

Da mesma forma, o Código Penal espanhol pune como autor de estelionato aquele que, com ânimo de lucro e valendo-se de alguma manipulação informática ou artifício semelhante, consiga a transferência não consentida de qualquer ativo patrimonial em prejuízo de terceiro (art. 248.2). Por fim, na França, o assunto vem regulado no capítulo "atentados aos sistemas de tratamento automatizado de dados (arts. 323-1 a 323-3, CP).[29]

Com base nos argumentos expostos no presente artigo, conclui-se ser mais escorreito tipificar os crimes contra o patrimônio praticados por meio do *Internet Banking* da Caixa Econômica Federal como estelionato (art. 171, § 3º, do Código Penal). Tal opinião está embasada na doutrina de escol e nas produções teórica e legislativa desenvolvidas em outras ordens jurídicas.

Crime against patrimony practiced through Caixa Econômica Federal's internet banking: lacerny versus qualified theft by fraud

Abstract

The following article has the purpose of discussing the legal guideline of the conduct performed by those who commit crimes against the patrimony through internet banking, more specifically in cases that the victim is the Federal Brazilian Bank – Caixa Econômica Federal. Although we have a judicial guidance to the contrary, the article aims to demonstrate that such conduct should be typified as a crime of larceny (art. 171, § 3º, CP).

Key-words: Crime. Caixa Econômica Federal. Internet Banking. Larceny. Theft by fraud.

29 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte especial – arts. 121 a 183. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 558.

Referências

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: jusPODIVM, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica:** la teoría del discurso racional como teoría de la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ASCOM MPF/PE – Assessoria de Comunicação Social. **MPF obtém condenação de quadrilha que praticava fraudes na internet PRM/ Petrolina.**[mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <Ascom@prpe.mpf.gov.br> Data de recebimento: 18 de jul. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Penal e processual penal. Recurso em sentido estrito. Conflito de competência. Estelionato. Cef. Competência definida pelo local da consumação do delito. Obtenção da vantagem ilícita em agências da caixa econômica federal. Recurso conhecido e provido. Acórdão em Recurso em Sentido Estrito nº 999/PE. Ministério Público Federal e Marlene Rocha da Cunha. Relator: Desembargador Federal (convocado) Ricardo Mandarino. DJ, 28 de fev, 2008. Disponível em: http://www.trf5.gov.br/cp/cp.do Acesso em: 16 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito negativo de competência. Penal e processo penal. Fraude eletrônica na internet. Transferência de numerário de conta da caixa econômica federal. Furto mediante fraude que não se confunde com estelionato. Consumação. Subtração do bem. Aplicação do art. 70 do cpp. Competência da justiça federal paranaense. Acórdão em conflito de competência nº 67343/GO. Justiça Pública. Re-

monial, interferindo no resultado de tratamento de dados ou mediante estruturação incorrecta de programa informático, utilização incorrecta ou incompleta de dados, utilização de dados sem autorização ou intervenção por qualquer outro modo não autorizada no processamento, é punido com pena de prisão de até 3 anos ou com pena de multa".

Da mesma forma, o Código Penal espanhol pune como autor de estelionato aquele que, com ânimo de lucro e valendo-se de alguma manipulação informática ou artifício semelhante, consiga a transferência não consentida de qualquer ativo patrimonial em prejuízo de terceiro (art. 248.2). Por fim, na França, o assunto vem regulado no capítulo "atentados aos sistemas de tratamento automatizado de dados (arts. 323-1 a 323-3, CP).[29]

Com base nos argumentos expostos no presente artigo, conclui-se ser mais escorreito tipificar os crimes contra o patrimônio praticados por meio do *Internet Banking* da Caixa Econômica Federal como estelionato (art. 171, § 3º, do Código Penal). Tal opinião está embasada na doutrina de escol e nas produções teórica e legislativa desenvolvidas em outras ordens jurídicas.

Crime against patrimony practiced through Caixa Econômica Federal's internet banking: lacerny versus qualified theft by fraud

Abstract

The following article has the purpose of discussing the legal guideline of the conduct performed by those who commit crimes against the patrimony through internet banking, more specifically in cases that the victim is the Federal Brazilian Bank – Caixa Econômica Federal. Although we have a judicial guidance to the contrary, the article aims to demonstrate that such conduct should be typified as a crime of larceny (art. 171, § 3º, CP).

Key-words: Crime. Caixa Econômica Federal. Internet Banking. Larceny. Theft by fraud.

29 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte especial – arts. 121 a 183. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 558.

Referências

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: jusPODIVM, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica:** la teoría del discurso racional como teoría de la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ASCOM MPF/PE – Assessoria de Comunicação Social. **MPF obtém condenação de quadrilha que praticava fraudes na internet PRM/ Petrolina.**[mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <Ascom@ prpe.mpf.gov.br> Data de recebimento: 18 de jul. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Penal e processual penal. Recurso em sentido estrito. Conflito de competência. Estelionato. Cef. Competência definida pelo local da consumação do delito. Obtenção da vantagem ilícita em agências da caixa econômica federal. Recurso conhecido e provido. Acórdão em Recurso em Sentido Estrito nº 999/PE. Ministério Público Federal e Marlene Rocha da Cunha. Relator: Desembargador Federal (convocado) Ricardo Mandarino. DJ, 28 de fev, 2008. Disponível em: http://www.trf5.gov.br/cp/cp.do Acesso em: 16 mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito negativo de competência. Penal e processo penal. Fraude eletrônica na internet. Transferência de numerário de conta da caixa econômica federal. Furto mediante fraude que não se confunde com estelionato. Consumação. Subtração do bem. Aplicação do art. 70 do cpp. Competência da justiça federal paranaense. Acórdão em conflito de competência nº 67343/GO. Justiça Pública. Re-

latora: Ministra Laurita Vaz. DJ, 11 de dez, 2007. Disponível em <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601661530&pv=010000000000&tp=51> Acesso em: 08 jul. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direitos civil e penal. Seguro de automóvel. Furto qualificado. Segurado vítima de terceiro que, a pretexto de testar veículo posto a venda, subtrai a coisa. Doutrina. Precedente do tribunal. Indenização prevista na apólice. Perda total do bem. Indenização. Pagamento do valor ajustado no contrato (apólice). Orientação da segunda seção. Recurso provido. Julgamento da causa. Art. 257, RISTJ. Acórdão em recusro especial nº 226222/RJ. José Ferreira da Rosa e Sul América Terrestres Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros S/A. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ, 17 de dez, 1999. Disponível em < http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199900710703&pv=010000000000&tp=51> Acesso em: 14 jul. 2008.

FRANCISCO, Deise Juliana & MACHADO, Glaucio José Couri. **Pensar, repensar a utilização da internet como instrumento para educação e para a formação de "cibercidadãos"**. In: Anais do Fórum de Tecnologia da URI, 2000. Disponível em <http://64.233.179.104/scholar?hl=ptBR&lr=lang_pt&q=cache:lL5dqmbR8SkJ:www.urisan.tche.br/~posinf/Publica/2001-Nelvi_Werkhauser_Herpich.pdf+%22informatiza%C3%A7%C3%A3o+dos+bancos%22> Acesso em: 10 jul. 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte especial: dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Saraiva, 1996.

KASTNER, Fatima. The paradoxes of justice: the ultimate difference between a philosophical and a sociological observation of law. **Paradoxes and inconsistencies in the law**. Oren Perez and Gunther Teubner (eds.). Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Manual de direito penal.** Parte especial, arts. 121 a 234 do CP. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte especial – arts. 121 a 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.2.

SENRA, Ula. **Furto Mediante Fraude, Estelionato ou Apropriação Indébita?.** Disponível em <http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=98> Acesso em 11 jul. 2008.

SIMON, Cláudio Antônio de Paiva. **Scam, phishing e pharming:** as fraudes praticadas no ambiente Internet Banking e sua recepção no Brasil. Disponível em <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9077> Acesso em: 10 jul. 2008.

Referência deste artigo

DIAS, Ana Rita Coelho Colaço. Crime contra o patrimômio praticado em face da Caixa Econômica Federal por meio de seu *Internet Banking:* Estelionato versus furto qualificado por fraude. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 71-92, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 11 mar. 2011. Aprovado em: 28 abr. 2011.*

O direito à saúde sob a reforma do possível

Andréa Egizi dos Santos
Bacharela em Direito. Pós-graduanda em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-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 realização

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 providência[1] 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 Keynesiano[2], 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.

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).

A classe capitalista[3], ao perceber a força da produção em massa através de acumulações intensivas, passa a demonstrar interesses em dar 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 funcionando 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.

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

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 Keynesiano[2], 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.

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).

A classe capitalista[3], ao perceber a força da produção em massa através de acumulações intensivas, passa a demonstrar interesses em dar 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 funcionando 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.

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

1.2.1 A experiência alemã como Estado de bem-estar social[4]

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, consequentemente, 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 mu-

1.2.1 A experiência alemã como Estado de bem-estar social[4]

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, consequentemente, 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 mu-

danças visavam a transformação do país num contexto capitalista moderno. 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 satisfazer 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 dificuldades 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].

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).

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.

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 definitivos[6] 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.

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).

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.

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 publico: 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 continuando 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 eqüidade, da sustentabilidade financeira, da responsabilização e da humanização.

Precisamente em sentido contrário, constituem fatores de pressão (quiçá 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 ilegal, 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 mesclem 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, consequentemente, 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 *lócus* 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 que 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 viger 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 fundamentais. 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 consequente 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 desenvolmentista 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 cul-

> 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 consequente 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 desenvolmentista 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 cul-

turais 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 financeiramente 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 conseqüência 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 financeiramente 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 Estado 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 relevantes 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 direi o continuado 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 financeiramente 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. 32, p. 93-126, jul./dez. 2010.

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

A Língua é um sistema produtor de Forças Jurídicas na Sentença

Antonio Torre Medina
Doutor em Linguística pela Universidade de Barcelona, Espanha.
Mestre em Linguística pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Especialista em Linguística pela UFPE.
Licenciado em Filosofia pela Faculdade de São João del Rei, MG.
Prof. Universitário Federal, concurso público federal: Prof. Adjunto.
Magistério de Nível Superior, UFPE, Professor de Língua e Literatura Espanhola, UFPE.
Professor de Filosofia, Metodologia Científica, Ciência e Cibernética.
Acadêmico da Academia Internacional de Literatura e Artes – AILA, cadeira nº 16.

Resumo

Apresentamos indícios, evidências e provas que contribuem para a verificação da hipótese de que a Língua é um sistema produtor de Forças Jurídicas na Sentença. Os novos dados da pesquisa mostram que a imposição da Gramática e da Linguística Modernista / Pós-Modernista ensina aos estudantes e profissionais de Direito, inclusive, aos Juristas e Magistrados, meias verdades, sofismas, retóricas meronímicas e pseudoprincípios sobre a Língua, como se fossem princípios absolutos e universais da ciência, afetando a compreensão da Justiça, do Direito, do Poder Jurídico e da Hermenêutica.

Palavras-chave: Linguística Jurídica. Forças Jurídicas na Sentença. Poder Jurídico da Língua. «Enérgeia», «Logos», «Imperium».

1 Questões preliminares

1.1 O Tema

Vamos tratar sobre As Forças Jurídicas na Sentença, cuja apresentação foi iniciada no Programa de Aperfeiçoamento dos Magistrados do

Estado de Pernambuco, na palestra *Linguística Jurídica*, que ofertamos no dia 01 de abril de 2011, na ESMAPE, Recife – PE[1]. Buscamos aprofundá-lo e aperfeiçoá-lo, e assim contribuir no debate sobre um campo desafiante para os operadores do Direito[2].

1.2 Objetivo

Como tratado no resumo, o objetivo é a busca de indícios, evidências e provas para a verificação da hipótese. A ideia de que a Língua produz energias e forças é um dado amplamente tratado pela Corrente da «Enérgeia»; porém, omitido, esquecido ou ocultado ao longo da história pela Corrente do «Ergon». Por isso, é preciso apresentar novos exemplos para a compreensão e reforço da Hipótese.

1.3 Quais as forças que a língua em uso pode produzir?

Preliminarmente, podemos informar que, pelos dados das pesquisas realizadas conforme os paradigmas da Linguística Dinâmica e da Linguística Jurídica, são inúmeros os tipos de forças que a língua pode produzir na ação e na interação social, entre os quais podemos destacar:

a) FORÇAS PERSUASIVAS no ato e no discurso persuasivo;

b) FORÇAS ARGUMENTATIVAS no discurso argumentativo;

c) FORÇAS SEDUTIVAS no ato da sedução;

d) FORÇAS VALORATIVAS no ato valorativo e no juízo de valor;

e) FORÇAS LÚDICAS no poema e na obra literária;

1 Trabalho apresentado oralmente em palestra que fez parte do curso oferecido conforme o Edital nº 017/2011, Módulo III, ESMAPE, Recife – PE.

2 Revisão geral: Dra. Garilza Resende Pinheiro Torre Medina.

f) FORÇAS RETÓRICAS no discurso retórico;

g) FORÇAS IMPERATIVAS no ato de comando e na ordem;

h) FORÇAS JURÍDICAS no ato jurídico e no Processo Judicial;

i) FORÇAS POLÍTICAS no discurso e na ação política;

j) FORÇAS ADMINISTRATIVAS no ato administrativo;

k) FORÇAS COMERCIAIS no ato comercial e no marketing;

l) FORÇAS ECONÔMICAS nos atos e discursos da economia;

m) FORÇAS RELIGIOSAS nos ritos, atos e discursos religiosos; etc.

Em todas as atividades humanas e sociais, a língua pode produzir vários tipos de Forças Linguísticas, como persuasivas, argumentativas, imperativas, estéticas, lúdicas, eróticas, emotivas, psíquicas, mentais, comportamentais, sociais, comerciais, políticas, econômicas, religiosas, etc., as quais podem se manifestar em Ato ou em Potência, conforme o sentido dos termos em Aristóteles, ou seja, em sua ação observável pelos efeitos produzidos, ou em estado potencial, que pode se atualizar em determinados momentos e circunstâncias.

Se os atos de fala, discursos e textos são capazes de produzir forças valorativas, imperativas, persuasivas, argumentativas, retóricas, jurídicas, políticas, religiosas, e seus correspondentes efeitos, é porque a Língua tem, no conjunto dos seus sistemas constitutivos e operativos, sistemas capazes de produzi-las; porque, pelos princípios da ciência não há efeito sem causa.

Porém, o campo deste artigo sobre as Forças Jurídicas nas Sentenças encerra maiores dificuldades do que as forças linguísticas no seu uso normal e corrente.

2 Hipótese

Formulamos a Hipótese de que a Língua é um sistema produtor de Forças Jurídicas na Sentença, para a sua verificação.

3 Procedimentos

As palavras e textos de uma Sentença podem ser analisados a partir de vários pontos de vista. Neste artigo, vamos analisá-los a partir do ponto de vista da Linguística Dinâmica e da Linguística Jurídica, situados no contexto da Nova Filosofia da Ciência, com os seguintes procedimentos:

a) Com Procedimentos Empíricos pela observação dos efeitos produzidos nas relações de causa e efeito;

b) Com Procedimentos Analíticos, para a identificação dos efeitos e suas causas;

c) Com Procedimentos Epistemológicos associados com a dúvida sistemática cartesiana, para a análise das teorias em avaliação e julgamento;

d) Procedimentos de Experimentação Linguística Empírica[3].

3 Os Fundamentos e Procedimentos foram descritos e explicados na obra MEDINA, A.T. (2003) *La «Enérgeia» humboldtiana en una perspectiva pragmática*, Ensaio Doutorado em Linguística, Barcelona: Universidade de Barcelona, p. 2-138; 140-286. Nessa obra descrevem-se inclusive os procedimentos da Experimentação Linguística. Também MEDINA, A.T. & MEDINA, G.R.P.T.M. (2009). *Os Poderes da Língua no âmbito Jurídico: Princípios de Linguística Jurídica.* Recife: Nectar, p. 110; 114; 96-130; DESCARTES, R. *Discurso del Método.* Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1943; DÍAZ, Esther. *"Los Discursos y los Métodos: Métodos de innovación y métodos de validación"*, em Revista "Pespectivas Metodológicas", ano 2, n. 2, p. 2-22.. Publicación del Departamento de Humanidades y Artes de la Universidad Nacional de Lanús. Site: http://www.estherdiaz.com.ar/textos/metodo.htm.

3.1 Passos para a Verificação da Hipótese

Para a verificação da Hipótese, vamos analisar duas sentenças: Na primeira, buscamos de forma especial os indícios, evidências e provas das Forças Valorativas do Julgamento; e na segunda, das Forças Imperativas da Condenação e da Pena.

4 Primeira Sentença

Processo-Criminal nº 001.2007.014952-7/01

Ementa: PENAL. HOMICÍDIO, ESTUPRO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. Hipótese em que o acusado teve reconhecida pelo Conselho de Sentença a prática dos crimes de homicídio quadruplamente qualificado, estupro, atentado violento ao pudor e ocultação de cadáver, perpetrados contra a vítima, sendo o agente menor de vinte e um anos à época dos eventos delituosos. Pena dosada definitivamente e cumulativamente em 35 (trinta e cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

I – RELATÓRIO

G, D. S. e outro, qualificados nos autos, foram denunciados como supostos infratores do art. 121, § 2º, incisos I, III, IV e V, e do Art. 211 (ocultação de cadáver) e, ainda, nas penas dos artigos 213 e 214, combinados com o Art. 69 (concurso material), todos do Código Penal, por terem, no dia 20 de janeiro de 2007, constrangido a adolescente **A. B. S. O.** à prática de conjunção carnal (estupro) e atos libidinosos diversos desta, tendo ambos, depois, assassinado a vítima e ocultado o seu cadáver, crimes consumados no interior do Edifício Santa Emília, nº 378, aptº xxx, localizado na Av. Manoel Borba, bairro da Boa Vista, nesta Cidade do Recife, tudo conforme perícia tanatoscópica de fls. 66 e 66v.

Lida a denúncia, foi o acusado interrogado em sessão, ocasião em que confessou, em parte, a prática delitiva, negando o cometimento dos crimes contra os costumes tipificados na pronúncia.

Sustentou o Ministério Público, em plenário, ter o delito sobrevindo em contexto de torpeza, com emprego de asfixia, dissimulação e para garantir a ocultação e impunidade de delitos anteriores e, ainda, em concurso material de crimes, ter cometido estupro, atentado violento ao pudor e ocultação de cadáver.

A defesa, por seu turno, arguiu como teses a desqualificação do crime de homicídio, a absolvição com relação aos crimes sexuais – estupro e atentado violento ao pudor – por não haver prova da existência do fato (art. 386, II, CPP) e, finalmente, no tocante a ocultação de cadáver, também pugnou pela absolvição, por não haver prova suficiente para uma condenação (art. 386, VII, CPP).

É, sucinto, o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO E DISPOSITIVO.

Observadas as formalidades processuais à espécie, transcorreu sem anormalidades a sessão do Col. Pretório Popular, que, respondendo os questionários propostos, em quatro séries distintas, os quais restaram aprovados pelas partes, não registrando em ata qualquer contestação, acolheu integralmente a acusação.

Ante a soberana decisão condenatória do Colegiado Popular, remissiva ao art. 121, § 2o, I, III, IV e V, c/c os arts. 211, 213, 214, em concurso material (art. 69), todos do Código Penal Brasileiro, passo à dosimetria da pena na forma dos arts. 59 e 68 do CPB. Sua culpabilidade está patenteada nas provas dos autos, de grave intensidade, no que respeita ao elemento subjetivo do injusto, possuindo consciência da ilicitude do fato.

A conduta do acusado não refoge ao padrão dos tipos penais malferidos, sendo-lhe igualmente desfavorável e reprovável.

Com relação à conduta da vítima, em nada contribuiu para o evento delituoso, a não ser pelo fato de, inocentemente, ter se deixado envolver pelo sentenciado, com quem mantinha estreito relacionamento e em quem confiava, dirigindo-se ao apartamento onde ele residia, local do seu trágico fim.

A personalidade do agente se reveste de desvios, o que ficou sobejamente demonstrado durante a instrução criminal, inclusive, por sua predileção ao culto de seitas macabras o que, mesmo diante da proteção constitucional quanto à liberdade de culto (art. 5°, VI), não pode deixar de ser objeto de registro.

Tecnicamente, é primário.

As consequências do crime se mostram gravosas uma vez que atingiu não só a pessoa da vítima, uma jovem de apenas dezesseis anos de idade, como também a seus familiares e amigos e, indistintamente, toda a sociedade, com o recrudescimento da violência urbana.

Quanto ao motivo, este se mostrou vil, repugnante. Aliás, por entender que a torpeza e a qualificadora prevista no inciso IV, do § 2°, do art. 121 do CPB (assegurar a impunidade de crimes anteriores) se confundem, deixo de considerar uma delas, a fim de evitar bis in idem na dosagem da reprimenda.

As circunstâncias dos crimes foram, também, desfavoráveis ao réu, uma vez que praticados no recinto de sua residência, após ter atraído a vítima para satisfazer sua lascívia.

1) Quanto ao crime de homicídio quadruplamente qualificado:

Reconhecendo três qualificadoras, uma servirá para fixação da pena base, enquanto a outras duas funcionarão como agravantes, para o cálculo da pena definitiva (RT 624/290)1. Desta forma, fixo a pena base em catorze (14) anos de reclusão, que aumento pela metade (1/2), ou seja, sete (07) anos, totalizando vinte e um (21) anos de reclusão.

Reconheço, em seu favor, a atenuante da menoridade penal (art. 65, I, do CPB) à época, pelo que diminuo a pena provisória em 01 (um) ano, passando a somar 20 (vinte) anos de reclusão, tornando-a concreta e definitiva, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição, vez que deixo de reconhecer a confissão judicial, ante a ausência da espontaneidade do réu, o qual apresentou várias versões sobre os fatos, durante a instrução processual e hoje, em plenário.

2) Quanto ao crime de estupro (art. 213 do CPB):

Obediente aos ditames acima mencionados, considerando que a grande maioria das circunstâncias judiciais é desfavorável ao réu, justifica-se, então, a aplicação da reprimenda acima do mínimo legal, pelo que fixo a pena base em oito (08) anos de reclusão, reduzindo-a em um (01) ano, em razão da menoridade, tornando-a concreta e definitiva, em sete (07) anos de reclusão, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição.

3) Quanto ao crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CPB):

Ainda em consonância às diretivas acima mencionadas, fixo a pena base em oito (08) anos de reclusão, reduzindo-a em um (01) ano, em razão da menoridade,

Sustentou o Ministério Público, em plenário, ter o delito sobrevindo em contexto de torpeza, com emprego de asfixia, dissimulação e para garantir a ocultação e impunidade de delitos anteriores e, ainda, em concurso material de crimes, ter cometido estupro, atentado violento ao pudor e ocultação de cadáver.

A defesa, por seu turno, arguiu como teses a desqualificação do crime de homicídio, a absolvição com relação aos crimes sexuais – estupro e atentado violento ao pudor – por não haver prova da existência do fato (art. 386, II, CPP) e, finalmente, no tocante a ocultação de cadáver, também pugnou pela absolvição, por não haver prova suficiente para uma condenação (art. 386, VII, CPP).

É, sucinto, o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO E DISPOSITIVO.

Observadas as formalidades processuais à espécie, transcorreu sem anormalidades a sessão do Col. Pretório Popular, que, respondendo os questionários propostos, em quatro séries distintas, os quais restaram aprovados pelas partes, não registrando em ata qualquer contestação, acolheu integralmente a acusação.

Ante a soberana decisão condenatória do Colegiado Popular, remissiva ao art. 121, § 2o, I, III, IV e V, c/c os arts. 211, 213, 214, em concurso material (art. 69), todos do Código Penal Brasileiro, passo à dosimetria da pena na forma dos arts. 59 e 68 do CPB. Sua culpabilidade está patenteada nas provas dos autos, de grave intensidade, no que respeita ao elemento subjetivo do injusto, possuindo consciência da ilicitude do fato.

A conduta do acusado não refoge ao padrão dos tipos penais malferidos, sendo-lhe igualmente desfavorável e reprovável.

Com relação à conduta da vítima, em nada contribuiu para o evento delituoso, a não ser pelo fato de, inocentemente, ter se deixado envolver pelo sentenciado, com quem mantinha estreito relacionamento e em quem confiava, dirigindo-se ao apartamento onde ele residia, local do seu trágico fim.

A personalidade do agente se reveste de desvios, o que ficou sobejamente demonstrado durante a instrução criminal, inclusive, por sua predileção ao culto de seitas macabras o que, mesmo diante da proteção constitucional quanto à liberdade de culto (art. 5°, VI), não pode deixar de ser objeto de registro.

Tecnicamente, é primário.

As consequências do crime se mostram gravosas uma vez que atingiu não só a pessoa da vítima, uma jovem de apenas dezesseis anos de idade, como também a seus familiares e amigos e, indistintamente, toda a sociedade, com o recrudescimento da violência urbana.

Quanto ao motivo, este se mostrou vil, repugnante. Aliás, por entender que a torpeza e a qualificadora prevista no inciso IV, do § 2°, do art. 121 do CPB (assegurar a impunidade de crimes anteriores) se confundem, deixo de considerar uma delas, a fim de evitar bis in idem na dosagem da reprimenda.

As circunstâncias dos crimes foram, também, desfavoráveis ao réu, uma vez que praticados no recinto de sua residência, após ter atraído a vítima para satisfazer sua lascívia.

1) Quanto ao crime de homicídio quadruplamente qualificado:

Reconhecendo três qualificadoras, uma servirá para fixação da pena base, enquanto a outras duas funcionarão como agravantes, para o cálculo da pena definitiva (RT 624/290)1. Desta forma, fixo a pena base em catorze (14) anos de reclusão, que aumento pela metade (1/2), ou seja, sete (07) anos, totalizando vinte e um (21) anos de reclusão.

Reconheço, em seu favor, a atenuante da menoridade penal (art. 65, I, do CPB) à época, pelo que diminuo a pena provisória em 01 (um) ano, passando a somar 20 (vinte) anos de reclusão, tornando-a concreta e definitiva, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição, vez que deixo de reconhecer a confissão judicial, ante a ausência da espontaneidade do réu, o qual apresentou várias versões sobre os fatos, durante a instrução processual e hoje, em plenário.

2) Quanto ao crime de estupro (art. 213 do CPB):

Obediente aos ditames acima mencionados, considerando que a grande maioria das circunstâncias judiciais é desfavorável ao réu, justifica-se, então, a aplicação da reprimenda acima do mínimo legal, pelo que fixo a pena base em oito (08) anos de reclusão, reduzindo-a em um (01) ano, em razão da menoridade, tornando-a concreta e definitiva, em sete (07) anos de reclusão, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição.

3) Quanto ao crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CPB):

Ainda em consonância às diretivas acima mencionadas, fixo a pena base em oito (08) anos de reclusão, reduzindo-a em um (01) ano, em razão da menoridade,

tornando-a concreta e definitiva, em sete (07) anos de reclusão, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição.

4) Quanto ao crime de ocultação de cadáver (art. 211 do CPB):

---

1 (RT 624/290; "1. NA HIPÓTESE DE CONCORRÊNCIA DE QUALIFICADORAS NUM MESMO TIPO PENAL, UMA DELAS DEVE SER UTILIZADA PARA QUALIFICAR O CRIME E AS DEMAIS SERÃO CONSIDERADAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES. PRECEDENTES (HC 80.771, HC 65.825 E HC 79.538). 2. HABEAS CORPUS INDEFERIDO".)

Finalmente, quanto à ocultação do cadáver, considerando as mesmas circunstâncias judiciais sobreditas, fixo a pena base em um (01) ano e seis (06) meses de reclusão, reduzindo-a em seis (06) meses, em razão da menoridade, tornando-a concreta e definitiva em um (01) de reclusão, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição. Quanto a pena de multa, fixo-a no mínimo legal, ou seja, 10 dias – multas, a razão de um trinta avos (1/30) do salário mínimo vigente a data do fato, devidamente corrigido (art. 60 do CPB).

As penas privativas de liberdade totalizam 35 (trinta e cinco) anos de reclusão, as quais serão cumpridas inicialmente em regime fechado (Código Penal Brasileiro, art. 33, § 2o, "a"; precedentes do pretório Excelso)2, em estabelecimento a ser definido pelo douto juízo das Execuções Penais.

Observando a soberania do veredicto do Egrégio Conselho de Sentença, nego-lhe o direito de apelar em liberdade, haja vista que permaneceu preso até a presente data, havendo razões que servem de fundamento à medida cautelar da prisão preventiva, especialmente diante da comoção da sociedade local quando da época do fato, pelas práticas delituosas em comento (CPP, artigos 312, 313 e 492, I, "e").

Transitada em julgado a presente:

a) lance-se o nome do sentenciando no rol dos culpados;

b) oficie-se ao Cartório Eleitoral para os fins do art. 15, III, da Constituição Federal;

c) Expeça-se, oportunamente, carta de guia;

d) custas pelo Estado.

Lida em público, a portas abertas e diante do sentenciando, nesta Sala das Deliberações do Eg. 3° Tribunal do Júri, que leva o nome do magistrado e poeta Dr. Geraldo Valença, de onde os presentes saem intimados, aos 31 dias do mês de março do ano de 2009.

Registre-se e cumpra-se.

P. O. A. L., Juiz de Direito[4].

---

2 AI 587745 / GO – GOIÁS, AGRAVO DE INSTRUMENTO, RELATOR(A): MIN. C. L. JULGAMENTO: 27/11/2007, ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA, PUBLICAÇÃO: DJE-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007; DJ 19-12-2007 PP-00052 EMENT VOL – 02304-07 PP -01423 PARTE(S) AGTE.(S): I. M. C.; ADV.(A/S): R. A. A E OUTRO(A/S); AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. EMENTA: EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM CRIMES HEDIONDOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

4 http://www.slideshare.net/blogdejamildo/sentena-1234057

4.1 Análise da Primeira Sentença

A análise dos dados mostra que as palavras e textos da primeira Sentença produzem vários tipos de forças; porém, concentramos a atenção nas Forças Valorativas do Julgamento.

4.1.1 As Forças Valorativas do Julgamento

Analisamos a primeira parte da Sentença do Processo-Criminal nº 001.2007.014952-7/01, para identificação e explicação das Forças Valorativas do Julgamento.

O Julgamento acontece no interior de um rito processual determinado pela Lei e pela Jurisprudência, onde opera um Juízo de Valor, ou um conjunto de juízos de valor, que produzem forças valorativas com função jurídica. São dois aspectos igualmente relevantes: As palavras da Sentença produzem Forças Valorativas e Argumentativas.

Como expressa o seguinte parágrafo da Sentença, o Julgamento e a Decisão Condenatória emanam, em primeiro lugar, da soberana decisão do Colegiado Popular:

> *Ante a soberana decisão condenatória do Colegiado Popular, remissiva ao art. 121, § 2o, I, III, IV e V, c/c os arts. 211, 213, 214, em concurso material (art. 69), todos do Código Penal Brasileiro, passo à dosimetria da pena na forma dos arts. 59 e 68 do CPB. Sua culpabilidade está patenteada nas provas dos autos, de grave intensidade, no que respeita ao elemento subjetivo do injusto, possuindo consciência da ilicitude do fato.*

Podemos analisar alguns parágrafos, para observar a existência de vários Juízos de Valor no rito do Julgamento, com Forças Valorativas e função Jurídica.

1° Juízo de Valor:

> *As consequências do crime se mostram gravosas uma vez que atingiu não só a pessoa da vítima, uma jovem de apenas dezesseis anos de idade, como também a seus familiares e amigos e, indistintamente, toda a sociedade, com o recrudescimento da violência urbana.*

A frase *"As consequências do crime se mostram gravosas"* e as outras que a acompanham são um Juízo de valor que tem forças valorativas e jurídicas, que contribuem para o Julgamento e a Condenação.

2° Juízo de Valor:

> *Quanto ao motivo, este se mostrou vil, repugnante. Aliás, por entender que a torpeza e a qualificadora prevista no inciso IV, do § 2°, do art. 121 do CPB (assegurar a impunidade de crimes anteriores) se confundem, deixo de considerar uma delas, a fim de evitar bis in idem na dosagem da reprimenda.*

A frase *"Quanto ao motivo, este se mostrou vil, repugnante"* expressa também um Juízo de Valor com forças valorativas e jurídicas.

3° Juízo de Valor:

> *As circunstâncias dos crimes foram, também, desfavoráveis ao réu, uma vez que praticados no recinto de sua residência, após ter atraído a vítima para satisfazer sua lascívia.*

A frase *"As circunstâncias dos crimes foram, também, desfavoráveis ao réu"* contém um novo Juízo de Valor com forças valorativas e jurídicas.

4° Juízo de Valor:

> *1) Quanto ao crime de homicídio quadruplamente qualificado:*

4.1 Análise da Primeira Sentença

A análise dos dados mostra que as palavras e textos da primeira Sentença produzem vários tipos de forças; porém, concentramos a atenção nas Forças Valorativas do Julgamento.

4.1.1 As Forças Valorativas do Julgamento

Analisamos a primeira parte da Sentença do Processo-Criminal nº 001.2007.014952-7/01, para identificação e explicação das Forças Valorativas do Julgamento.

O Julgamento acontece no interior de um rito processual determinado pela Lei e pela Jurisprudência, onde opera um Juízo de Valor, ou um conjunto de juízos de valor, que produzem forças valorativas com função jurídica. São dois aspectos igualmente relevantes: As palavras da Sentença produzem Forças Valorativas e Argumentativas.

Como expressa o seguinte parágrafo da Sentença, o Julgamento e a Decisão Condenatória emanam, em primeiro lugar, da soberana decisão do Colegiado Popular:

> *Ante a soberana decisão condenatória do Colegiado Popular, remissiva ao art. 121, § 2o, I, III, IV e V, c/c os arts. 211, 213, 214, em concurso material (art. 69), todos do Código Penal Brasileiro, passo à dosimetria da pena na forma dos arts. 59 e 68 do CPB. Sua culpabilidade está patenteada nas provas dos autos, de grave intensidade, no que respeita ao elemento subjetivo do injusto, possuindo consciência da ilicitude do fato.*

Podemos analisar alguns parágrafos, para observar a existência de vários Juízos de Valor no rito do Julgamento, com Forças Valorativas e função Jurídica.

1º Juízo de Valor:

> *As consequências do crime se mostram gravosas uma vez que atingiu não só a pessoa da vítima, uma jovem de apenas dezesseis anos de idade, como também a seus familiares e amigos e, indistintamente, toda a sociedade, com o recrudescimento da violência urbana.*

A frase *"As consequências do crime se mostram gravosas"* e as outras que a acompanham são um Juízo de valor que tem forças valorativas e jurídicas, que contribuem para o Julgamento e a Condenação.

2º Juízo de Valor:

> *Quanto ao motivo, este se mostrou vil, repugnante. Aliás, por entender que a torpeza e a qualificadora prevista no inciso IV, do § 2º, do art. 121 do CPB (assegurar a impunidade de crimes anteriores) se confundem, deixo de considerar uma delas, a fim de evitar bis in idem na dosagem da reprimenda.*

A frase *"Quanto ao motivo, este se mostrou vil, repugnante"* expressa também um Juízo de Valor com forças valorativas e jurídicas.

3º Juízo de Valor:

> *As circunstâncias dos crimes foram, também, desfavoráveis ao réu, uma vez que praticados no recinto de sua residência, após ter atraído a vítima para satisfazer sua lascívia.*

A frase *"As circunstâncias dos crimes foram, também, desfavoráveis ao réu"* contém um novo Juízo de Valor com forças valorativas e jurídicas.

4º Juízo de Valor:

> *1) Quanto ao crime de homicídio quadruplamente qualificado:*

Reconhecendo três qualificadoras, uma servirá para fixação da pena base, enquanto as outras duas funcionarão como agravantes, para o cálculo da pena definitiva (RT 624/290)1. Desta forma, fixo a pena base em catorze (14) anos de reclusão, que aumento pela metade (1/2), ou seja, sete (07) anos, totalizando vinte e um (21) anos de reclusão.

A frase *"Quanto ao crime de homicídio quadruplamente qualificado"* contém um Juízo de Valor com forças valorativas e função jurídica.

Percebemos que o rito está integrado por um conjunto de Juízos de Valor com forças valorativas e função jurídica.

Assim, o Julgamento e a Condenação é fruto do um Juízo de Valor complexo, como expressam as seguintes palavras da Sentença:

Sua culpabilidade está patenteada nas provas dos autos, de grave intensidade, no que respeita ao elemento subjetivo do injusto, possuindo consciência da ilicitude do fato.

Para a descrição do Julgamento e da Condenação, a Sentença vai expressando vários Juízos de Valor do Tribunal do Júri e do Juiz, com forças valorativas, argumentativas e função jurídica.

Observadas as formalidades processuais à espécie, (...) a sessão do Col. Pretório Popular (...) acolheu integralmente a acusação.

As forças valorativas do Julgamento são o resultado dos juízos de valor emitidos pelo Tribunal do Júri e pelo Juiz. O Tribunal do Júri emitiu o primeiro Juízo de Valor, e, a partir dele, o Juiz emite outros Juízos de Valor complementários. Assim, a Condenação emana do conjunto dos juízos de valor do Colegiado e do Juiz. Todos os juízos de valor emitidos na Sentença contribuem para o Julgamento e a Condenação, ou para a dosagem da Pena.

Ao longo do texto da sentença, existem numerosas frases que funcionam como juízos de valor do Colegiado Popular e do Juiz, produzindo forças valorativas sobre um aspecto ou outro da conduta do acusado.

Ante a soberana decisão condenatória do Colegiado Popular, remissiva ao art. 121, § 2o, I, III, IV e V, c/c os arts. 211, 213, 214, em concurso material (art. 69), todos do Código Penal Brasileiro, passo à dosimetria da pena na forma dos arts. 59 e 68 do CPB.

Sua culpabilidade está patenteada nas provas dos autos, de grave intensidade, no que respeita ao elemento subjetivo do injusto, possuindo consciência da ilicitude do fato.

A personalidade do agente se reveste de desvios, o que ficou sobejamente demonstrado durante a instrução criminal, inclusive, por sua predileção ao culto de seitas macabras o que, mesmo diante da proteção constitucional quanto à liberdade de culto (art. 5°, VI), não pode deixar de ser objeto de registro.

As consequências do crime se mostram gravosas uma vez que atingiu não só a pessoa da vítima, uma jovem de apenas dezesseis anos de idade, como também a seus familiares e amigos e, indistintamente, toda a sociedade, com o recrudescimento da violência urbana.

As qualificadoras são também Juízos de Valor com forças valorativas e função jurídica.

O Juiz acrescenta por própria iniciativa outros Juízos de Valor sobre a conduta do acusado, como, por exemplo, nas seguintes palavras:

A conduta do acusado não refoge ao padrão dos tipos penais malferidos, sendo-lhe igualmente desfavorável e reprovável.

4.1.2 O Juízo de Valor da cultura e da sociedade

No contexto da sociedade e da cultura, o Juízo de Valor pode ser positivo ou negativo:

> a) O Juízo de Valor positivo manifesta-se por meio de palavras de tipo "bom", "excelente", "ótimo", "bom cidadão", "honesto", "honrado";
>
> b) O Juízo de Valor negativo, com palavras do tipo "mau", "péssimo", "malvado", "criminoso", "de mau caráter", etc.;

O Julgamento que condena um homem em um Processo Criminal processa-se essencialmente por meio de um Juízo de Valor negativo com forças valorativas e função jurídica, ou um conjunto de Juízos de Valor integrados e articulados que o incriminam. As forças jurídicas são complexas.

Há uma diferença substancial entre os distintos tipos de Juízos de Valor: As forças valorativas dos juízos de valor normais da cultura e da sociedade são forças linguísticas; enquanto que uma parte das forças linguísticas do Processo Criminal transforma-se em forças jurídicas que condenam o acusado, causando efeitos jurídicos, penais, carcerários, sociais, etc.

Assim, o Juízo de Valor da Sentença é preciso analisá-lo com critérios distintos e paradigmas diferentes do que os juízos de valor normais da sociedade e da cultura; porém, não por isso deixa de ser um Juízo de Valor.

No Julgamento e na Sentença, determinadas palavras e textos produzem Forças Jurídicas para o Julgamento e a Condenação, que é o elemento mais específico do Processo.

As perguntas dos questionários propostos em quatro séries distintas, e as respostas dos membros do *Colegiado Popular* produzem forças

valorativas com função jurídica, contribuindo para o julgamento e a determinação da pena.

A resposta às perguntas dos questionários é sempre individual, de cada um dos membros do Jurado; porém, o Julgamento é determinado pelas respostas do conjunto dos membros.

Existe uma sincronia empiricamente perceptível entre as forças valorativas e as forças argumentativas da Sentença. As forças valorativas funcionam como forças argumentativas para o Julgamento e a Condenação; e as forças argumentativas processam-se pela ação das forças valorativas.

4.2 Análise da Segunda Sentença

4.2.1 As Forças Imperativas da Condenação e da Pena

Para a análise e explicação das Forças Imperativas da Condenação e da Pena, vamos utilizar a parte da Decisão da Sentença do Processo Nardoni, nº 001.08.002241-4/00:

> **DECISÃO.**
>
> Isto posto, por força de deliberação proferida pelo Conselho de Sentença que JULGOU PROCEDENTE a acusação formulada na pronúncia contra os réus A. A. N. e A. C. T. P. J., ambos qualificados nos autos, condeno-os às seguintes penas:
>
> a) corréu A. A. N.: – pena de 31 (trinta e um) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, pela prática do crime de homicídio contra pessoa menor de 14 anos, triplamente qualificado, agravado ainda pelo fato do delito ter sido praticado por ele contra descendente, tal como previsto no art. 121, parágrafo segundo, incisos III, IV e V c.c. o parágrafo quarto, parte final, art. 13, parágrafo segundo, alínea "a" (com relação à asfixia) e arts. 61, inciso II, alínea "e", segunda figura e 29, todos do

Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional FECHADO, sem direito a "sursis";

– pena de 08 (oito) meses de detenção, pela prática do crime de fraude processual qualificada, tal como previsto no art. 347, parágrafo único do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional SEMIABERTO, sem direito a "sursis" e 24 (vinte e quatro) dias-multa, em seu valor unitário mínimo.

b) corré A. C, T. P. J.:

– pena de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão pela prática do crime de homicídio contra pessoa menor de 14 anos, triplamente qualificado, tal como previsto no art. 121, parágrafo segundo, incisos III, IV e V c.c. o parágrafo quarto, parte final e art. 29, todos do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional FECHADO, sem direito a "sursis";

– pena de 08 (oito) meses de detenção pela prática do crime de fraude processual qualificada, tal como previsto no art. 347, parágrafo único do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional SEMIABERTO, sem direito a "sursis" e 24 (vinte e quatro) dias-multa, em seu valor unitário mínimo.

10. Após o trânsito em julgado, feitas as devidas anotações e comunicações, lancem-se os nomes dos réus no livro Rol dos Culpados, devendo ser recomendados, desde logo, nas prisões em que se encontram recolhidos, posto que lhes foi negado o direito de recorrerem em liberdade da presente decisão.

11. Esta sentença é lida em público, às portas abertas, na presença dos réus, dos Srs.. Jurados e das partes, saindo os presentes intimados.

Plenário II do 2º Tribunal do Júri da Capital, às 00:20 horas, do dia 27 de março de 2.010.

Registre-se e cumpra-se.

M. F.
Juiz de Direito [5]

5 http://nalei.com.br/blog/caso-nardoni-leia-a-integra-da-sentenca-de-alexandre-nardoni-e-anna-carolina-jatoba/; http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/isabella_nardoni__elizabeth_misciasci.htm

4.2.2 A análise dos termos da Decisão, na Sentença do Processo Nardoni, nº 001.08.002241-4/00, mostra que a Condenação do acusado e a Aplicação da Pena operam-se por meio de Forças Imperativas, produzidas pelas seguintes palavras:

condeno-os às seguintes penas:

a) corréu A. A. N.: – pena de 31 (trinta e um) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, pela prática do crime de homicídio contra pessoa menor de 14 anos, triplamente qualificado, agravado ainda pelo fato do delito ter sido praticado por ele contra descendente, tal como previsto no art. 121, parágrafo segundo, incisos III, IV e V c.c. o parágrafo quarto, parte final, art. 13, parágrafo segundo, alínea "a" (com relação à asfixia) e arts. 61, inciso II, alínea "e", segunda figura e 29, todos do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional FECHADO, sem direito a "sursis" (...);

b) corré A. C, T. P. J.: – pena de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, pela prática do crime de homicídio contra pessoa menor de 14 anos, triplamente qualificado, tal como previsto no art. 121, parágrafo segundo, incisos III, IV e V c.c. o parágrafo quarto, parte final e art. 29, todos do Código Penal, a ser cumprida inicialmente em regime prisional FECHADO, sem direito a "sursis" (...)";

As palavras e frases, *"condeno-os às seguintes penas", "pena de 31 (trinta e um) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão"; "pena de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão"; "a ser cumprida inicialmente em regime prisional FECHADO, sem direito a 'sursis'"*, produzem Forças Imperativas para a Condenação e a determinação da Pena.

Forças imperativas são forças linguísticas que causam efeitos imperativos, como por exemplo, as forças de um ato de comando em um enfrentamento bélico[6], ou as da condenação de uma Sentença em um Processo Criminal[7].

6 MEDINA, A.T. (2003), op. cit., p. 140-168.
7 MEDINA, A.T. & MEDINA, G.R.P.T.M. (2009), op. cit., p. 110; 114; 96-130.

Percebe-se que as Forças Imperativas da Condenação e da Aplicação da Pena são de natureza distinta das Forças Valorativas do Julgamento, pois são da natureza do «Imperium», conforme o espírito e o sentido do termo no Direito Romano.

2.5 Em discussão

2.5.1 O atraso paradigmático

Os dados empíricos e analíticos do fenômeno linguístico, alcançados pela pesquisa realizada conforme os paradigmas e procedimentos da Linguística Dinâmica[8], da Linguística Jurídica[9] e da Nova Filosofia da Ciência[10], mostram que, por causa de uma Cegueira Paradigmática, conforme o sentido dos termos em Thomas Kuhn[11], ou pela subserviência em relação à política linguística elitista de Maquiavel, a linguística sofreu um atraso paradigmático nos três últimos séculos em relação às ciências avançadas, naturais e exatas.

Assim, a linguística herdada do século XX é uma ciência atrasada em relação à física atômica e nuclear, à biologia, ecologia, matemática, geologia, astronomia, oceanografia, geodésia e ciências sociais aplicadas, por não aplicar o Paradigma Energético e os Paradigmas da Nova Filosofia da Ciência aos sistemas energéticos da Língua. Por isso, não desenvolveu as suas Especialidades Energéticas.

8 MEDINA, A. T. (2003), op. cit. p. 59-100.

9 MEDINA, A. T. & MEDINA, G. R. P. T. M. (2009), p. 102-176. Site: www.ufpe.br/linguisticadinamica

10 A Nova Filosofia da Ciência foi constituída pela Comunidade Científica a partir do ano de 1905, depois que Albert Einstein publicou a Teoria da Relatividade, revolucionando a concepção newtoniana da ciência; a sua culminação aconteceu em 1996, com a publicação da obra The Structure of Scientific Revolutions de Thomas Kuhn.

11 KUHN, Thomas (1962, 1966) The Structure of Scientific Revolutions, The University of Chicago Press, Chicago: Kuhn 1996: p. 23-42; Kuhn 1970: p. 246. "La teoría kuhniana del cambio científico ocupa un sitio estratégico en la transformación que sufrió la filosofía de la ciencia a partir de los años sesenta".

O modelo de linguística herdado está superado e causa grandes prejuízos à formação dos estudantes e à capacitação profissional e empresarial das categorias, sendo como consequência um fator de atraso para os sistemas educativos, produtivos e econômicos de Pernambuco, do Nordeste, do Brasil e do Terceiro Mundo.

Durante séculos, os setores unívocos e dicotômicos radicais da Corrente do «Ergon» impediram, com mil artifícios políticos, retóricos e ideológicos, inclusive, com autoritarismo, abuso paradigmático, científico e acadêmico, com falta de ética e falta de democracia, que as escolas da Corrente da «Enérgeia» ensinassem e transmitissem à cultura e à civilização a sua concepção da Língua como Sistema Energético, visão que se relaciona com a concepção do «Imperium» do Direito Romano[12], a pesar de que o fato já estava claro e explícito há mais de dois milênios nos textos originais em grego das obras de Aristóteles; de tal maneira que a concepção da Corrente da «Enérgeia» ficou praticamente oculta ao longo de toda a história, com grandes prejuízos para a cultura e a civilização.

Assim, há dois milênios e meio que os gramáticos e linguistas unívocos e dicotômicos da Corrente do «Ergon» negam, por uma espécie de Cegueira Paradigmática ou por uma subserviência em relação à política linguística elitista de Maquiavel, o fato hoje inegável de que a Língua produz Forças Jurídicas na Sentença para o Julgamento, a Condenação e a Aplicação da Pena. Esse equívoco dos gramáticos e linguistas influenciou também a compreensão dos Juristas e Magistrados da Língua e da Hermenêutica. Porém, há também dois milênios e meio que a Corrente da «Enérgeia», tendo Aristóteles à sua frente, afirma e declara que a posição teórica da Corrente do «Ergon» é uma visão parcial, unilateral e reducionista da Língua, um equívoco teórico, paradigmático e científico[13],

12 RIVERO, Pilar (2006) Imperator Populi Romani: uma aproximação ao poder republicano Zaragoza: Instituição Fernando o Católico ; 2006, p. 514. (Acesso geral através da Biblioteca Virtual de http://ifc.dpz.é). http://pt.encydia.com/es/Imperium

13 MEDINA, A.T. (2003) *La «Enérgeia» humboldtiana em una perspectiva pragmática*. op. cit., p. 43-60; 139-286; 287-348; MEDINA & MEDINA (2009), op. cit. p. 54-95; 96-172.

Talvez fosse plausível compreender que, naquele antigo tempo em que a opinião dominante considerava que a terra era uma plataforma plana assentada nos sólidos pilares de Hércules e o universo uma abóbada celeste fixa e imutável que, sob a inspiração dos argumentos de Parmênides (540 a 450 a. C.) e de Zenão de Eleia (490 a 430 a. C.), o Paradigma Estático se impusesse como se fosse um princípio absoluto e universal da filosofia e da ciência, em detrimento do Paradigma Energético, que era negado. Porém, é inconcebível que determinados setores da linguística mantenham nos inícios do século XXI essa mesma posição teórica, perpetuando a obsoleta ideia de que "a língua é estática": É uma concepção INCONGRUENTE em relação aos dados empíricos e analíticos do fenômeno linguístico e em relação aos paradigmas da Nova Filosofia da Ciência.

Aquela antiga visão de Parmênides e Zenão de Eleia, que defendeu que a essência da realidade, da natureza e da língua era estática, foi superada nos séculos XVIII, XIX e XX pelos argumentos de Bolzano, Wierstrass, Cantor; e especialmente, pelo descobrimento do átomo e da energia nuclear, bem como pela Teoria da Relatividade e os descobrimentos sobre as energias e forças na Física, na Biologia, na Ecologia, na Geologia, na Astronomia, na Oceanografia, na Sociologia, na Psicologia, na Neurologia e nas ciências sociais aplicadas.

Aquilo que parecia o mais racional e absoluto, nos famosos argumentos de Parmênides e Zenão de Eleia, com os novos descobrimentos científicos, converteu-se em um dos maiores absurdos da história da filosofia, porque a ciência terminou demonstrando que os argumentos de Zenão e de Parmênides, longe de serem verdadeiros, eram o império de uma lógica formal deturpada, que era incongruente em relação aos dados empíricos e analíticos do fenômeno linguístico, e em relação aos princípios da ciência.

2.5.2 Críticas à Linguística Modernista

Foram vários os autores que criticaram as concepções teóricas do Modernismo Linguístico do século XX.

Na obra *Marxismo e Filosofia da Linguagem,* referindo-se às teorias linguísticas de Ferdinand de Saussure e do Estruturalismo Formalista, Mikhail Bakhtin qualificou o problema teórico como o *'proton pseudos' da "primeira mentira' do objetivismo abstrato";* e referindo-se aos setores da Pragmática Dicotômica, qualifica-o como *'o proton pseudos' da "outra mentira",* da corrente que *"só leva em consideração a fala", "o ato de fala como individual, fenômeno que tenta explicar a partir das considerações da vida psíquica individual do sujeito falante"*[14].

O Modernismo Linguístico do século XX negou, omitiu e desconsiderou equivocadamente os sistemas do Plano Gerativo Profundo da «Enérgeia» e da Central Cérebro-Mente-Psique linguística, bem como os sistemas do Plano Transverbal da Coletividade, da Nação, da Cultura e da Civilização.

Como tinha observado e tratado Aristóteles (384-322 a. C.) fazia dois milênios e meio, e William Von Humboldt (1767-1835) no final do século XVIII e inícios do XIX, não há língua possível sem a Central Cérebro-Mente-Psique linguística, bem como sem a dimensão coletiva da Nação, da Cultura e da Civilização. Acontece que o Modernismo e o Pós-modernismo "inventaram" artificialmente uma noção de língua e uma visão linguística sem sistema neurológico, sem mente e sem psique; e sem a coletividade da nação, da cultura e da civilização. Mas isso foi um equívoco teórico.

Os dados das novas pesquisas mostram evidências de que a língua sem «Enérgeia», sem sistema neurológico, sem mente e sem psique,

14 BAKTIN, Mikhail, (1992) *Marxismo e Filosofia da Linguagem,* 6. ed., São Paulo: Hucitec, p. 69-89 e 90-109

bem como sem a coletividade da Nação, da Cultura e da Civilização, não existe, pois é impossível: é uma ficção teórica hoje insustentável.

Na sua obra *Pragmatics, Pragmática*[15], Stephen Levinson examinou duas tendências e opiniões da Pragmática Dicotômica, das quais, uma qualificou de Tese (T) e a outra de Antítese (S), constatando que ambas estão em crise ou colapso, e proclamou O COLAPSO DA TESE E DA ANTÍTESE[16].

De fato, os gramáticos e linguistas da Corrente do «Ergon» conseguiram ocultar durante muitos séculos os Sistemas Energéticos da Língua: Ensinaram que a Língua é apenas um Sistema de Signos que expressa sentidos / significados e realiza a comunicação; e assim impediram que a concepção da Corrente da «Enérgeia» fosse ensinada e transmitida à cultura e a civilização. Deste modo, os Sistemas Energéticos da Língua continuam ocultos e opacos até a presente data na Academia, na Universidade e no meio jurídico.

Hoje, em pleno século XXI, ainda existem correntes que tentam negar o inegável; pois é inconcebível uma língua sem energia e sem força, levando em conta que tudo no cosmo produz energia; e como a Língua não produziria?

15 LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*, vers. castellana de Africa Rubíes Mirabet. Barcelona, Teide, 1989, p. 233-251. Esta questão foi analisada detalhadamente na Tese Doutoral pela Universidade de Barcelona, por MEDINA (2004), *La noción de fuerza ilocutiva en la obra "Como hacer cosas com Palabras" de Austin*. http://www.tdx.cesca.es/TDX-1001104-094226/.

16 A crítica da Linguística Modernista foi realizada em vários trabalhos. No ano de 1989: *Análise Crítica da Noção de Língua em Ferdinand de Saussure*, Dissertação de Mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística da UFPE. Publicação: Teses e Dissertações em Letras. PPGL UFPE Linguística. Em 1998, *"Informe: Resultados del trabajo de investigación La «Enérgeia», IIº Etapa 1998"*, Ensaio: Curso de Doutorado pela Universidade de Barcelona, Barcelona, Espanha; Em 1999, *"La Energía Lingüística en la Interacción Comunicativa Verbal y no Verbal"*. Ensaio. Curso de Doutorado em Linguística pela Universidade de Barcelona, Espanha; Em 2003, *"La «Enérgeia» Humboldtiana en una perspectiva pragmática"*. Ensaio. Curso de Doutorado em Linguística pela Universidade de Barcelona. Em 2004, *La Noción de Fuerza Ilocutiva en la obra 'Cómo hacer cosas con palabras' de Austin*, Tese Doutoral, pela Universidade de Barcelona, Espanha. Orientador: Catedrático Dr. Sebastià Serrano. Publicação pela Universidade de Barcelons. ISBN: B.45650-2004 / 84-668-8549-5. http://www.tdx.cesca.es/TDX-1001104-094226/ .

2.5.3 A Língua é também um Sistema Energético.

A primeira proposta histórica da necessidade de pesquisar os sistemas energéticos nos campos da matéria, da natureza, da terra, do universo, da sociedade e do ser humano foi formulada há dois milênios e meio por Heráclito de Éfeso a.C.), Anaximandro de Mileto (611-546 a.C.?), Anaxímenes de Mileto (s. VI a.C.), Anaxágoras de Clazomene (m. 430 a.C.) e Demócrito (460-370 a.C.); e nos campos da língua e da linguística, pela Corrente da «Enérgeia», tendo como mestres Aristóteles, os Estoicos e Humboldt, que defenderam a hipótese de que a Língua é também «Enérgeia»: Atividade, Energia, Força, Vitalidade e Potência[17].

As Especialidades Energéticas postulam uma Hipótese que serve para inúmeras ciências, segundo a qual a matéria, a natureza, as galáxias siderais, a terra, as camadas tectônicas, o reino vegetal, o reino animal, o reino mineral, a sociedade, o homem e a língua possuem Sistemas Energéticos, produtores de energias, forças e efeitos. Essa Hipótese foi confirmada pelo desenvolvimento das ciências avançadas, exatas e naturais.

Aconteceu que a Linguística Modernista do século XX ficou atrasada em relação a tais ciências, pois ficou marcando o passo durante os séculos XVIII, XIX e XX sobre o Paradigma Estático; e não acompanhou o grau de desenvolvimento que teve o Paradigma Energético em ciências como a física, a matemática, a biologia, a ecologia, a oceanografia, a astronomia, a geologia e as ciências sociais aplicadas.

17 Com a assessoria de Lúcio Mustafá, confirmamos nos originais em grego, que Aristóteles tratou sobre a «Enérgeia» nas seguintes obras e páginas: ARISTÓTELE, ***Metafísica***. Texto grego a cura di Giovanni Reale. Milano: Risconi (1993), p. 225-239; 394-431; ARISTÓTELE ***Etica Nicomachea***. Texto grego a cura de Claudio Mazarelli. Milano: Rusconi Libri (1993), p. 123-125; 455-458; ARISTÓTELE ***De Anima***. Editora 34 (1831), p. 148-9; 207; 231, 298; 412a 11-3; 303-4; 430a 15; 429a 31 – 430a 2; 433b 5-13; Edição do texto grego de Oxford Clássica, editado por W. D. Ross. (1956). Edição que guia as referências de página, coluna e linha de Immanuel Bekker para a Academia de Berlin (1983); ARISTÓTELE, ***L'Anima*** *(De Anima)*, Livro γ, c. 5, p. 218-219. Testo grego a Fronte. Tradução Bompiani. Introduzione, Traduzione, Note e apparati Giancarlo Movia; ARENS, Hans. (1975) ***La lingüística: Sus textos y su evolución desde la antigüedad hasta nuestros días***. Madrid: Gredos; Tomo 1, p. 276-277: HUMBOLDT, Wilhelm Von. (1991) ***Escritos sobre el lenguaje***. Editor y traductor: Andrés Sánchez Pascual. Prólogo de José María Valverde, Ed. Península, Barcelona. (1767-1835), p. 13; 35-37; 40. Estas são as provas inquestionáveis de que a concepção da Língua como «Enérgeia» e como Sistema Energético tem mais de dois milênios e meio de existência.

bem como sem a coletividade da Nação, da Cultura e da Civilização, não existe, pois é impossível: é uma ficção teórica hoje insustentável.

Na sua obra *Pragmatics, Pragmática*[15], Stephen Levinson examinou duas tendências e opiniões da Pragmática Dicotômica, das quais, uma qualificou de Tese (T) e a outra de Antítese (S), constatando que ambas estão em crise ou colapso, e proclamou O COLAPSO DA TESE E DA ANTÍTESE[16].

De fato, os gramáticos e linguistas da Corrente do «Ergon» conseguiram ocultar durante muitos séculos os Sistemas Energéticos da Língua: Ensinaram que a Língua é apenas um Sistema de Signos que expressa sentidos / significados e realiza a comunicação; e assim impediram que a concepção da Corrente da «Enérgeia» fosse ensinada e transmitida à cultura e a civilização. Deste modo, os Sistemas Energéticos da Língua continuam ocultos e opacos até a presente data na Academia, na Universidade e no meio jurídico.

Hoje, em pleno século XXI, ainda existem correntes que tentam negar o inegável; pois é inconcebível uma língua sem energia e sem força, levando em conta que tudo no cosmo produz energia; e como a Língua não produziria?

15 LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*, vers. castellana de Africa Rubíes Mirabet. Barcelona, Teide, 1989, p. 233-251. Esta questão foi analisada detalhadamente na Tese Doutoral pela Universidade de Barcelona, por MEDINA (2004), *La noción de fuerza ilocutiva en la obra "Como hacer cosas com Palabras" de Austin*. http://www.tdx.cesca.es/TDX-1001104-094226/.

16 A crítica da Linguística Modernista foi realizada em vários trabalhos. No ano de 1989: *Análise Crítica da Noção de Língua em Ferdinand de Saussure*, Dissertação de Mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística da UFPE. Publicação: Teses e Dissertações em Letras. PPGL UFPE Linguística. Em 1998, *"Informe: Resultados del trabajo de investigación La «Enérgeia», IIª Etapa 1998"*, Ensaio: Curso de Doutorado pela Universidade de Barcelona, Barcelona, Espanha; Em 1999, *"La Energía Lingüística en la Interacción Comunicativa Verbal y no Verbal"*. Ensaio. Curso de Doutorado em Linguística pela Universidade de Barcelona, Espanha; Em 2003, *"La «Enérgeia» Humboldtiana en una perspectiva pragmática"*. Ensaio. Curso de Doutorado em Linguística pela Universidade de Barcelona. Em 2004, *La Noción de Fuerza Ilocutiva en la obra 'Cómo hacer cosas con palabras' de Austin*, Tese Doutoral, pela Universidade de Barcelona, Espanha. Orientador: Catedrático Dr. Sebastià Serrano. Publicação pela Universidade de Barcelons. ISBN: B.45650-2004 / 84-668-8549-5. http://www.tdx.cesca.es/TDX-1001104-094226/ .

2.5.3 A Língua é também um Sistema Energético.

A primeira proposta histórica da necessidade de pesquisar os sistemas energéticos nos campos da matéria, da natureza, da terra, do universo, da sociedade e do ser humano foi formulada há dois milênios e meio por Heráclito de Éfeso a.C.), Anaximandro de Mileto (611-546 a.C.?), Anaxímenes de Mileto (s. VI a.C.), Anaxágoras de Clazomene (m. 430 a.C.) e Demócrito (460-370 a.C.); e nos campos da língua e da linguística, pela Corrente da «Enérgeia», tendo como mestres Aristóteles, os Estoicos e Humboldt, que defenderam a hipótese de que a Língua é também «Enérgeia»: Atividade, Energia, Força, Vitalidade e Potência[17].

As Especialidades Energéticas postulam uma Hipótese que serve para inúmeras ciências, segundo a qual a matéria, a natureza, as galáxias siderais, a terra, as camadas tectônicas, o reino vegetal, o reino animal, o reino mineral, a sociedade, o homem e a língua possuem Sistemas Energéticos, produtores de energias, forças e efeitos. Essa Hipótese foi confirmada pelo desenvolvimento das ciências avançadas, exatas e naturais.

Aconteceu que a Linguística Modernista do século XX ficou atrasada em relação a tais ciências, pois ficou marcando o passo durante os séculos XVIII, XIX e XX sobre o Paradigma Estático; e não acompanhou o grau de desenvolvimento que teve o Paradigma Energético em ciências como a física, a matemática, a biologia, a ecologia, a oceanografia, a astronomia, a geologia e as ciências sociais aplicadas.

17 Com a assessoria de Lúcio Mustafá, confirmamos nos originais em grego, que Aristóteles tratou sobre a «Enérgeia» nas seguintes obras e páginas: ARISTÓTELE, ***Metafisica***. Texto grego a cura di Giovanni Reale. Milano: Risconi (1993), p. 225-239; 394-431; ARISTÓTELE ***Etica Nicomachea***. Texto grego a cura de Claudio Mazarelli. Milano: Rusconi Libri (1993), p. 123-125; 455-458; ARISTÓTELE ***De Anima***. Editora 34 (1831), p. 148-9; 207; 231, 298; 412a 11-3; 303-4; 430a 15; 429a 31 – 430a 2; 433b 5-13; Edição do texto grego de Oxford Clássica, editado por W. D. Ross. (1956). Edição que guia as referências de página, coluna e linha de Immanuel Bekker para a Academia de Berlin (1983); ARISTÓTELE, ***L'Anima*** *(De Anima)*, Livro γ, c. 5, p. 218-219. Testo grego a Fronte. Tradução Bompiani. Introduzione, Traduzione, Note e apparati Giancarlo Movia; ARENS, Hans. (1975) ***La lingüística: Sus textos y su evolución desde la antigüedad hasta nuestros días***. Madrid: Gredos; Tomo 1, p. 276-277: HUMBOLDT, Wilhelm Von. (1991) ***Escritos sobre el lenguaje***. Editor y traductor: Andrés Sánchez Pascual. Prólogo de José María Valverde, Ed. Península, Barcelona. (1767-1835), p. 13; 35-37; 40. Estas são as provas inquestionáveis de que a concepção da Língua como «Enérgeia» e como Sistema Energético tem mais de dois milênios e meio de existência.

Porém, não se sustentam atualmente as posições retrógradas da inércia do conservadorismo estático dos setores unívocos e dicotômicos das escolas da Corrente do «Ergon», que perpetuaram ao longo de séculos a obsoleta ideia de que "a língua é estática"; e com esse pretexto, impediram o normal desenvolvimento das Especialidades Energéticas da linguística, proposta formulada pela Corrente da «Enérgeia»[18].

Deste modo, a linguística é atualmente uma ciência atrasada em relação às ciências avançadas acima destacadas, de tal maneira que esse atraso prejudicou e prejudica a cultura e a civilização: prejudica a capacitação profissional e empresarial das categorias e o normal desenvolvimento produtivo e econômico de Pernambuco, do Nordeste, do Brasil e do Terceiro Mundo.

O atraso da linguística prejudica também a formação linguística dos estudantes e profissionais de Direito.

Pelos dados das novas pesquisas, constata-se que a Língua não é somente um Sistema de Signos que expressam sentidos / significados e realizam a comunicação, como postularam de forma equivocada a Gramática e a Linguística Modernista; pois é também um Sistema Energético, produtor de energias, forças, efeitos, eficácia, competência, vitalidade, competitividade, produtividade e poder, nas esferas da existência humana, da cidadania, da profissão, da empresa, da política, da justiça, da economia, da religião, das relações públicas, relações humanas e relações internacionais. No campo Jurídico, é um sistema produtor de Forças Jurídicas da natureza do «IMPERIUM», conforme o espírito e o sentido do termo no Direito Romano, significando, Força, Poder e Autoridade. Porém, em razão das teorias unívocas e dicotômicas da Gramática, da Filologia e da Linguística modernista, esses dois fatos não foram percebidos e foram negados durante séculos.

18 MEDINA & MEDINA (2009), op. cit., p. 74-76; 88-100.

As novas pesquisas da Linguística Dinâmica mostraram provas de que a Língua possui Sistemas Energéticos, produtores de energias, forças e efeitos[19], superando as irracionalidades históricas dos setores da inércia do conservadorismo que defenderam a falsa ideia de que "a língua é estática", como se não possuísse Sistemas Energéticos.

São inúmeras as forças linguísticas que as palavras, discursos e textos do Promotor e do Advogado de Defesa podem produzir no Processo. Algumas podem ser relevantes para o convencimento dos membros do Tribunal e do Juiz, quanto à culpabilidade ou inocência do acusado, convertendo-se em Forças Jurídicas. Isto é o que se observa, por exemplo, na representação do filme Tempo de Matar, do Diretor Joel Schumacher; pois, embora o filme não seja um Processo, ajuda a compreender melhor a função das forças linguísticas e jurídicas nos Processos em uma determinada sociedade e época.

Conforme a representação do referido filme, as forças linguísticas do Promotor permaneceram até o final do Processo como forças linguísticas em estado potencial, e não alcançaram os efeitos jurídicos, penais e carcerários da condenação do acusado, que tinha matado duas pessoas. Enquanto que, com as suas habilidades e forças linguísticas extraordinárias, que podem ser qualificadas como carismáticas, o Advogado de Defesa convenceu os membros do Tribunal do Júri a absolvê-lo. Deste modo, no exemplo do filme, as forças linguísticas do Advogado converteram-se em Forças Jurídicas que produziram o efeito da absolvição do acusado.

O julgamento sobre a culpabilidade ou inocência do réu é função exclusiva do Juiz, ou do Tribunal do Júri, dependendo do tipo de Ação. Até que o Juiz, ou o Tribunal do Júri, não declare a sua culpabilidade, existe a presunção de inocência. Tudo no Processo realiza-se por meio da dialética do embate dos argumentos jurídicos de parte a parte, no contraditório, entre

19 Ibidem.

Porém, não se sustentam atualmente as posições retrógradas da inércia do conservadorismo estático dos setores unívocos e dicotômicos das escolas da Corrente do «Ergon», que perpetuaram ao longo de séculos a obsoleta ideia de que "a língua é estática"; e com esse pretexto, impediram o normal desenvolvimento das Especialidades Energéticas da linguística, proposta formulada pela Corrente da «Enérgeia»[18].

Deste modo, a linguística é atualmente uma ciência atrasada em relação às ciências avançadas acima destacadas, de tal maneira que esse atraso prejudicou e prejudica a cultura e a civilização: prejudica a capacitação profissional e empresarial das categorias e o normal desenvolvimento produtivo e econômico de Pernambuco, do Nordeste, do Brasil e do Terceiro Mundo.

O atraso da linguística prejudica também a formação linguística dos estudantes e profissionais de Direito.

Pelos dados das novas pesquisas, constata-se que a Língua não é somente um Sistema de Signos que expressam sentidos / significados e realizam a comunicação, como postularam de forma equivocada a Gramática e a Linguística Modernista; pois é também um Sistema Energético, produtor de energias, forças, efeitos, eficácia, competência, vitalidade, competitividade, produtividade e poder, nas esferas da existência humana, da cidadania, da profissão, da empresa, da política, da justiça, da economia, da religião, das relações públicas, relações humanas e relações internacionais. No campo Jurídico, é um sistema produtor de Forças Jurídicas da natureza do «IMPERIUM», conforme o espírito e o sentido do termo no Direito Romano, significando, Força, Poder e Autoridade. Porém, em razão das teorias unívocas e dicotômicas da Gramática, da Filologia e da Linguística modernista, esses dois fatos não foram percebidos e foram negados durante séculos.

18 MEDINA & MEDINA (2009), op. cit., p. 74-76; 88-100.

As novas pesquisas da Linguística Dinâmica mostraram provas de que a Língua possui Sistemas Energéticos, produtores de energias, forças e efeitos[19], superando as irracionalidades históricas dos setores da inércia do conservadorismo que defenderam a falsa ideia de que "a língua é estática", como se não possuísse Sistemas Energéticos.

São inúmeras as forças linguísticas que as palavras, discursos e textos do Promotor e do Advogado de Defesa podem produzir no Processo. Algumas podem ser relevantes para o convencimento dos membros do Tribunal e do Juiz, quanto à culpabilidade ou inocência do acusado, convertendo-se em Forças Jurídicas. Isto é o que se observa, por exemplo, na representação do filme Tempo de Matar, do Diretor Joel Schumacher; pois, embora o filme não seja um Processo, ajuda a compreender melhor a função das forças linguísticas e jurídicas nos Processos em uma determinada sociedade e época.

Conforme a representação do referido filme, as forças linguísticas do Promotor permaneceram até o final do Processo como forças linguísticas em estado potencial, e não alcançaram os efeitos jurídicos, penais e carcerários da condenação do acusado, que tinha matado duas pessoas. Enquanto que, com as suas habilidades e forças linguísticas extraordinárias, que podem ser qualificadas como carismáticas, o Advogado de Defesa convenceu os membros do Tribunal do Júri a absolvê-lo. Deste modo, no exemplo do filme, as forças linguísticas do Advogado converteram-se em Forças Jurídicas que produziram o efeito da absolvição do acusado.

O julgamento sobre a culpabilidade ou inocência do réu é função exclusiva do Juiz, ou do Tribunal do Júri, dependendo do tipo de Ação. Até que o Juiz, ou o Tribunal do Júri, não declare a sua culpabilidade, existe a presunção de inocência. Tudo no Processo realiza-se por meio da dialética do embate dos argumentos jurídicos de parte a parte, no contraditório, entre

19 Ibidem.

o Promotor e o Advogado de Defesa, buscando o convencimento do Juiz ou do Tribunal do Júri quanto à culpabilidade ou inocência do acusado. Assim, as forças linguísticas do Promotor ou do Advogado de Defesa podem transformar-se em Forças Jurídicas no Julgamento e na Sentença.

2.5.4 Uma Hermenêutica parcial

Os dados das novas pesquisas mostraram que a Hermenêutica Filosófica de Schleiermacher a Gadamer[20], pode ser qualificada de «Hermenêutica Parcial», pois não é uma «Hermenêutica Integral ou integrativa»; e sim, apenas, a Hermenêutica dos Sistemas Sígnicos verbais e não-verbais, omitindo e negando a Hermenêutica dos Sistemas Energéticos.

Essa concepção representa uma extrapolação absoluta da «Interpretação» e uma exclusão ou negação do «IMPERIUM» do Direito Romano: uma Hermenêutica reduzida à interpretação dos Sistemas Sígnicos do texto, esquecendo, omitindo e ocultando o fato de que a Língua é um sistema produtor de Forças Jurídicas na Sentença. É uma posição reducionista fruto das limitações paradigmáticas da Gramática, da Filologia e da Linguística Modernista. Porém, os conceitos de Lei, de Direito e de Justiça estão vinculados com o conceito de «IMPERIUM» do Direito Romano[21].

Em razão dos atrasos científicos, a Hermenêutica vigente carrega consigo os problemas teóricos, paradigmáticos e científicos decorrentes da Gramática, da Filologia e da Linguística Modernista. Concentrou a sua atenção exclusivamente na interpretação dos Sistemas Sígnicos verbais e não-verbais, esquecendo, omitindo e negando como inexistente a Hermenêutica dos Sistemas Energéticos: não levou em consideração

20 SCHLEIERMACHER, Friederic. *Hermenêutica e crítica*. Trad. de Aloisio Reudell; rev. Paulo R. Schneider. Ijuí – RS: Editora Unijuí, 2005; GADAMER, Hans-Geog *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer; ver. da tradução de Enio Paulo Giachini, 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP. Editora Universitária São Francisco, 2005; AMORIM, Custódio. Feitosa. (2009) *"A Hermenêutica Filosófica de Schleiermacher a Gadamer"* Revista da ESMAPE, v. 14, n. 30, jul./dez. 2009, p. 105-125.

21 http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=mAFLiWDDkw4%3D&tabid=807.

as forças do «Imperium», da «Enérgeia» e do «Logos». Porém, a Hermenêutica não pode ser reduzida à interpretação dos Sistemas Sígnicos verbais e não-verbais; pois a Arte da Interpretação das leis e das atividades judicantes precisa levar em conta também as forças do «Imperium» do Direito Romano[22]. O modernismo que causou esse desvio é um falso modernismo, fruto do atraso da linguística.

Por isso, a Linguística Jurídica postula que é preciso constituir uma Hermenêutica Integral, que leve em consideração as duas partes: a) A Hermenêutica dos Sistemas Sígnicos; e b) a Hermenêutica dos Sistemas Energéticos; porque a Língua é a união integrada de Sistemas Sígnicos e Sistemas Energéticos[23].

A Hermenêutica dos Sistemas Energéticos ainda não foi constituída. Porém, precisa ser formulada e construída para desvendar a arte da interpretação das Leis e das atividades judicantes.

Para ser realmente representativa do Poder Jurídico, a Hermenêutica não pode ser reduzida à interpretação gramatical, filológica e psicológica dos sentidos e significados dos textos. Pelo contrário, conforme a concepção do Direito Romano, a arte da interpretação das Leis e das Atividades Judicantes precisa levar em consideração a força e o poder do «Imperium». Sem eles não existe Poder Jurídico real.

22 Não tem sentido criar uma HERMENÊUTICA JURÍDICA sem dedicar uma boa parte da obra ao espírito e ao conceito do «IMPERIUM» do Direito Romano; nem formular uma HERMENÊUTICA FILOSÓFICA, sem dedicar uma parte da obra à concepção da «ENÉRGEIA», conforme o sentido do termo em Aristóteles, Humboldt e a Corrente da «Enérgeia». Porque serão Hermenêuticas pela metade. Conforme o Direito Romano, o Poder Jurídico não se reduz à interpretação dos textos, pois implica o «IMPERIUM LEGIS», uma norma legal, um mandato, uma ordem, e o «IUS IMPERANDI», com a capacidade de dar ordens, de deter e punir os cidadãos culpados, e de realizar a administração da Justiça. Por falta de espaço neste artigo, estamos preparando outro artigo para apresentar os indícios, evidências e provas desta hipótese, com o título: *Hermenêutica, «Enérgeia», «Logos» e «Imperium»*. Não é possível entender a Hermenêutica Jurídica, sem compreender o espírito e o conceito do *«Imperium»* do Direito Romano. http://pt.wikipedia.org/wiki/Imperium ; http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_romano.

23 MEDINA & MEDINA (2009), op. cit., p. 74-76.

2.5.5 Foi gratificante a receptividade

Foi gratificante ver, no final da palestra, o interesse que suscitou o tema, pois alguns magistrados solicitaram mais exemplos, e outros se prontificaram de imediato a dá-los e explicá-los.

2.5.6 Talvez sem terem clara consciência do fato, os setores unívocos e dicotômicos da Corrente do «Ergon» enganaram e enganam a cultura e a civilização com as suas teorias reducionistas sobre a natureza e a composição da Língua. Por isso, não ensinaram até a presente data aos estudantes e profissionais de Direito, inclusive aos Juristas e Magistrados, esta nova verdade da ciência: Que a Língua é também «Enérgeia»: Atividade, Energia, Força, Vitalidade e Potência. A Língua possui Sistemas Energéticos produtores de Forças Linguísticas e Forças Jurídicas nas atividades judicantes, de tal maneira que essa omissão histórica afeta a formação dos estudantes e profissionais de Direito.

Por isso, embora os Magistrados operem Forças Jurídicas em todos os Processos, especialmente nos Julgamentos e nas Sentenças pela sua própria atividade jurídica, muitos ainda não têm consciência do fato.

Depois de passarem dez, vinte ou trinta anos no exercício da nobre função jurídica, não perceberam o fato, porque os gramáticos, filólogos e linguistas modernistas conseguiram ocultar o dado, já observado e verificado há mais de dois milênios por Aristóteles e os Estoicos.

Os gramáticos, filólogos e linguistas modernistas ensinaram aos operadores do Direito durante séculos, que a Língua é apenas um Sistema de Signos que expressam sentidos / significados e realizam a comunicação; e não lhe ensinaram que a Língua possui também Sistemas Energéticos, produtores de energias, forças e efeitos; e isso afetou a concepção sobre o Direito, as atividades judicantes e a Hermenêutica.

Os distintos setores da cultura e da civilização acreditaram na suposta "verdade absoluta" dos gramáticos e linguistas modernistas; porém, hoje percebemos pelos novos dados das pesquisas, que estavam ensinando meias verdades, sofismas, retóricas meronímicas e pseudoprincípios científicos, como se fossem princípios absolutos e universais da ciência. Essa ideia é incongruente com os dados empíricos e analíticos do fenômeno linguístico, e fere os princípios da Nova Filosofia da Ciência.

2.6 Conclusões

Verifica-se a Hipótese de que a Língua produz Forças Jurídicas na Sentença. A Linguística Jurídica propõe fazer uma revisão sobre a concepção de Língua, da Linguagem Jurídica e da Hermenêutica, levando em conta o conceito de «IMPERIUM» do Direito Romano, como elemento fundamental.

Language as a system that produces Juridical Forces in the Sentence

Abstract

In this essay we present indications, evidences and proofs that contribute for verifying the hypothesis that Language is a system that produces Juridical Forces in the Sentence.
The new data in this research indicates that imposing Grammar and Modern / Post-Modern Linguistics to students and professionals of the Law, as well as Jurists and Magistrates, teaches them half-truths, sophisms, meronimic rhetorics and pseudo scientific principles about Language, as if they were absolute and universal principles of science, affecting the understanding of Justice, Law, Legal Power and Hermeneutics.

Key-words: Juridical linguistics. Juridical power inthesentence. Legal power of linguage.

Referências

AMORIM, Custódio Feitosa. A Hermenêutica Filosófica de Schleiermacher a Gadamer. **Revista da ESMAPE,** v. 14, n. 30, p. 105-125, jul./dez. 2009.

ARENS, Hans. **La lingüística:** Sus textos y su evolución desde la antigüedad hasta nuestros días. Madri: Gredos. s.d. 2 v.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Texto grego a cura di Giovanni Reale. Milano: Risconi, p. 225-239; 394-431, 1993.

ARISTÓTELES. *Etica Nicomachea.* Texto grego a cura de Claudio Mazarelli. Milano: Rusconi Libri , p. 123-125; 455-458, 1993.

ARISTÓTELES. **De Anima**. Editora 34 (1831), p. 148-9; 207; 231, 298; 412a 11-3; 303-4; 430a 15; 429a 31 – 430a 2; 433b 5-13; Edição do texto grego de Oxford Clássica, editado por W. D. Ross. (1956). Edição que guia as referências de página, coluna e linha de Immanuel Bekker para a Academia de Berlin (1983).

ARISTÓTELES. **L'Anima** (De Anima), Livro γ, capítulo 5, p. 218-219. Tradução Bompiani, Testi a Fronte, Introduzione, Traduzione, Note e apparati Giancarlo Movia.

ARISTÓTELES (384-322 a.C.) **Aristotelis Ars Rhetorica**: *Iterum edidit Adolhus Roemer.* Lipsiae: in aedibus B.G. Teubneri (1914). Texto em griego). (Também: *Aristotelis Ars Rhetorica: Recognovit brevique adnotatione crítica introduxit.* W. D. Oxonil, E. Typographeo Clarendoniano (1959). *Retórica* (Edição do texto com aparato crítico; tradução, prólogo e notas por Antonio Tovar). Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

BAKTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. 6. ed. São Paulo: Hucitec, s.d.

DESCARTES, R. . *Discurso del Método.* Buenos Aires: Espasa-Calpe, s.d.

DÍAZ, Esther. Los Discursos y los Métodos: Métodos de innovación y métodos de validación. **Revista Pespectivas Metodológicas**, a. 2, n. 2, p. 2-22. Publicación del Departamento de Humanidades y Artes de la Universidad Nacional de Lanús. Disponível em: <http://www.esther-diaz.com.ar/textos/metodo.htm.>.

GADAMER, Hans-Geog. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer; ver. da tradução de Enio Paulo Giachini, 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP. Editora Universitária São Francisco, s.d.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Escritos sobre el lenguaje**. Editor e tradutor: Andrés Sánchez Pascual. Prólogo de José María Valverde, Barcelona: Ed. Península, s.d.

KUHN, Thomas. **The Structure of Scientific Revolutions**, The University of Chicago Press, Chicago: Kuhn 1996: p. 23-42; Kuhn 1970: p. 246.

LEVINSON, Stephen C. **Pragmática**, vers. castelhana de África Rubíes Mirabet. Barcelona: Teide;, s.d.

MEDINA, A. T. & MEDINA, G.R.P.T.M. **Os Poderes da Língua no âmbito Jurídico: Princípios de Linguística Jurídica**, Recife: Nectar, s.d.

MEDINA, A. T. **La «enérgeia» humboldtiana en una perspectiva pragmática,** Ensaio, Doutorado em linguística, Universidade de Barcelona, s.d.

MEDINA, A. T. **La Energía Lingüística en la Interacción Comunicativa Verbal y No-verbal**", Ensaio, Doutorado em Linguística, Universidade de Barcelona, s.d.

MEDINA. **La noción de fuerza ilocutiva en la obra "Como hacer cosas con Palabras" de Austin**. Tese Doutoral. Disponível em: <http://www.tdx.cesca.es/TDX-1001104-094226/.>

RIVERO, Pilar. **Imperator Populi Romani: uma aproximação ao poder republicano** Zaragoza: Instituição Fernando o Católico ; 2006, p. 514. Disponívelm em: < http://ifc.dpz.é). http://pt.encydia.com/es/Imperium.>

SCHLEIERMACHER, Friederic. **Hermenêutica e crítica**. Trad. Aloisio Reudell; rev. Paulo R. Schneider. Ijuí – RS.: Editora Unijuí, 2005.

WEISGERBER, Leo. **Dos enfoques del lenguaje**: «Lingüística» y Ciencia Energética del Lenguaje. Vers. Española de Isidoro Pisonero del Amo. Editorial Gredos, Madrid. Título original: (1973) *Zweimal Sprache. Deutsche Linguistik 1973 – Energetische Sprachwissenschaft.* Pädagogischer Verlag Schwann Düsseldorf;

Indicações de sites:

www.ufpe.br/linguisticadinamica;

http://nalei.com.br/blog/caso-nardoni-leia-a-integra-da-sentenca-de-alexandre-nardoni-e-anna-carolina-jatoba/; http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/isabella_nardoni__elizabeth_misciasci.htm

http://pt.wikipedia.org/wiki/Imperium; http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_romano.

Thttp://www.unizar.es/hant/Roma/imperium.html

Referência deste artigo

MEDINA, Antonio Torre. A Língua é um sistema produtor de Forças Jurídicas na Sentença. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 127-159, jul./dez. 2010.

**Artigo recebido em: 25 abr. 2011. Aprovado em: 30 maio. 2011.*

A questão internacional do comércio eletrônico: uma breve análise da legislação brasileira segundo a diretiva 2000/31-CE

Carla Cristina Costa de Menezes
Doutoranda em Direito Internacional Privado – Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito pela UFPE.
Mestre em Ciência Política pela UFPE. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela UFPE.
Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Recife – UFPE.
Servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE

Resumo

A popularização do acesso à Internet trouxe uma nova realidade jurídica às relações comerciais: o mundo dos negócios celebrados por meio eletrônico, o *e-commerce*. O modelo de mercado que surgiu nesse novo ambiente imprimiu agilidade e praticidade às contratações celebradas, a partir de então, eletronicamente. Porém, desse contexto emergiu a necessidade de uma regulação, através de um direito específico, das relações jurídicas firmadas no ambiente virtual. Dado o caráter internacional e a liberdade da contratação via Internet, faz-se necessária a aplicação de uma norma jurídica segura e universalmente harmônica, a fim de se evitar que a "liberdade virtual" assuma um papel mais nocivo do que útil. A partir da análise dos padrões normativos internacionais, estabelecidos pela Diretiva 2000/31-CE, o presente trabalho ressalta a importância de uma maior utilização do Direito Internacional Privado, no Brasil, em prol da adoção de uma regulação uniforme sobre comércio eletrônico.

Palavras-chave: Internet. Comércio eletrônico. Regulação. Diretiva 2000/31-CE.

1 Introdução

A expansão da Internet fez surgir o comércio eletrônico, *e-commerce*, que, na segunda metade dos anos 90, se popularizou em razão das comodidades oferecidas ao consumo virtual. Esse tipo de comércio, também conhecido como telemático, consiste na venda de produtos ou prestação de serviços realizados em meio virtual. Sua integralização pode se da nacionalmente ou internacionalmente, mas sempre pela via eletrônica de transmissão de dados. A natureza do bem ou serviço negociado não é importante, basta que o negócio seja celebrado através da Internet ou sistema de rede mundial de computadores.

Em decorrência desse novo canal de comunicação, as relações de consumo estão cada vez mais ágeis e simplificadas; a celebração de contratos telemáticos, que se utilizam de meios eletrônicos como a Internet, hoje não mais está restrita à participação de um seleto grupo de empresas multinacionais, mas muito mais aberta e acessível a todas as empresas e, principalmente, ao indivíduo como consumidor e ator internacional. O comércio eletrônico, conjunto de relações negociais que se instaura entre sujeitos por meio do uso de instrumentos informáticos e telemáticos, foi o grande estímulo ao desenvolvimento da presente dissertação.

O uso da Internet e demais tecnologias associadas implica mudanças e adaptações a todas as ciências, sob pena de se tornarem obsoletas, pois a velocidade do desenvolvimento tecnológico não permite sua absorção jurídica nacional com a mesma rapidez. Assim, o Direito tem se deparado com questões cada vez mais complexas desde a utilização em caráter mundial da Internet. As normas legais encontram-se inadequadas e principalmente insuficientes diante dessas novas relações jurídicas.

Com foco específico no Direito Internacional Privado, o objetivo é buscar sugestões relacionadas à solução de controvérsias nesse novo

ambiente comercial, de acordo com os padrões criados e adotados pela Comunidade Européia, Diretiva 2000/31-CE, norma que traz uniformização de conceitos e de procedimentos internacionais voltados ao comércio eletrônico, cuja adoção/adesão tem caráter voluntário, mas que norteia seus signatários na regulação do *e-commerce* em seu território nacional.

O Direito brasileiro deve, no momento, buscar nos instrumentos de regulação internacional obter respostas satisfatórias à solução dos conflitos domésticos decorrentes da era digital. Mesmo sendo conservador, se comparado ao dinamismo da rede mundial de computadores, o direito não pode ser omisso: deve procurar garantir a segurança nas relações negociais, superando-se e adaptando-se à natureza livre e mutante da Internet.

O comércio, ao ser celebrado por meio eletrônico, adquire caráter de internacionalidade diante da extensão internacional das relações privadas que se formam no meio virtual, o que possibilita, assim, a utilização do Direito Internacional Privado e, principalmente, a aplicação desse Direito às relações decorrentes do *e-commerce*.

Essa nova realidade torna importante o estudo de legislações internacionais já existentes, a fim de suprir a carência legislativa ora existente no Brasil. Adequar e adaptar melhor a legislação interna a partir da utilização da legislação internacional pode vir a atender melhor à demanda judicial decorrente do comércio *on line*.

2 O contrato eletrônico e sua internacionalidade

É nesse ambiente de mercado virtual que surge o conceito de contrato eletrônico, como instrumento jurídico destinado a selar e resguardar às partes celebrantes do negócio jurídico *on line*. O con-

trato eletrônico consiste na relação contratual de compra e de venda celebradas entre ausentes ou entre presentes (a depender do espaço temporal em que se dá a troca da comunicação entre as partes contratantes), por meio da transmissão eletrônica de dados, ou seja, pela Internet.

Esse meio de troca de informações implica a presença da Internet que, enquanto ambiente sem fronteiras, confere ao contrato eletrônico o dado de internacionalidade. Por sua vez, traz um leque de opções de legislações aplicáveis ao referido contrato devido ao fato de o instrumento contratual poder estar vinculado a vários países ao mesmo tempo.

A presença do elemento estrangeiro no contrato eletrônico, caracterizada pelo conflito de leis aplicáveis (vários ordenamentos possíveis), leva o estudo a buscar uma segurança jurídica para a solução do conflito ou, ao menos, estabelecer critérios de aplicação da lei do país que possua vínculo mais estreito com o contrato eletrônico.

A compra/venda pela Internet é exemplo mais facilmente percebido de comércio eletrônico, celebrado mediante contratação eletrônica que pode ocorrer entre empresas; empresas e indivíduos; indivíduos; governos e cidadãos e, ainda, entre governos e empresas. Características importantes fazem essa forma de comércio ser cada vez mais procurada pelos consumidores.

São facilidades, como maior segurança, garantidas a partir da criptografia e da assinatura digital; facilidade para pagamentos eletrônicos através de cartões e movimentações do *e-banking*; além do e-marketing, propaganda digital que facilita a busca e a pesquisa de produtos e preços; sem se esquecer de um diferencial que é o suporte eletrônico, ou seja, o provedor responsável pela veiculação e pelo armazenamento de dados que circulam na Internet.

É através das conexões eletrônicas que o comércio eletrônico se caracteriza por ter maior facilidade de comunicação – de troca de informações entre os consumidores virtuais – e acaba incentivando a expansão da participação no mercado *on line*. No início, o *e-commerce* estava limitado a produtos palpáveis e tangíveis. Com o avanço do mercado virtual, passou-se a viabilizar também a venda da prestação de serviços, como, por exemplo, de pacotes turísticos.

A capacidade e o potencial dos mercados eletrônicos depende diretamente do poder da Internet, e da penetração social da Internet. Quanto mais usuários, mais potenciais consumidores e, para isso, os mercados virtuais precisam criar vantagens competitivas sustentáveis. A expansão do comércio eletrônico extrapola os limites impostos pelas barreiras nacionais e ganha internacionalidade. A obrigação de adimplemento contratual, que vincula vendedor e consumidor, estrangeiros ou não, é essencial e terá que existir independentemente de a empresa comerciante possuir qualquer representatividade no Brasil.

Uma empresa que comercializa com um consumidor brasileiro através de um *site* na Internet pode, por exemplo, estar submetida ao regramento tanto do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ou à Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). Por sua vez, poderá remeter a aplicação de direito estrangeiro a depender de determinados fatores, tais como, se a empresa virtual tem sede social no Brasil ou não. O comércio eletrônico não tem o condão de afastar a aplicabilidade do CDC, pois ele tão somente representa mais um meio veiculador de transações comerciais, assim como o telefone ou o fax. Diante do dado de internacionalidade do comércio eletrônico, em caso de inadimplemento de contrato, em sendo pactuada a execução da obrigação no Brasil, aplica-se o disposto no art. 9º, § 1º da LICC:

> Art. 9º, LICC: para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

> § 1º destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

De acordo com o *caput* do art. 9° da LICC, percebe-se que é permitida a constituição das obrigações no Brasil ou no exterior. Diante do § 1º do referido art. 9°, entende-se, então, que o Brasil admite que os requisitos extrínsecos do ato observem a legislação estrangeira, conclui-se: é possível a aplicabilidade, mesmo que mínima – requisitos extrínsecos –, da legislação alienígena.

Não obstante, à luz da interpretação do *caput* do art. 9° da LICC cumulado como o seu § 2°:

> Art. 9º, LICC: para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.
>
> § 2º a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

A depender de onde reside o proponente, é mais do que possível a aplicação do ordenamento jurídico estrangeiro de forma mais ampla do que simplesmente a respeito de requisitos extrínsecos do ato. Por outro lado, como a Lei de Introdução ao Código Civil não pode afastar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, por esta ser especial e aquela geral, o consumidor brasileiro também poderá ser beneficiado pela aplicação do dispositivo do art. 88, II, do Código de Processo Civil (CPC), quando no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação:

> Art. 88: é competente a autoridade judiciária brasileira quando:
>
> II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação.

O CPC, ao estabelecer a competência da autoridade judiciária brasileira, enquanto norma de ordem pública, de aplicabilidade *erga omnes*, afasta novamente a possibilidade de aplicar a lei estrangeira, nos casos em que a obrigação deva ser cumprida no Brasil, mesmo que o proponente resida no exterior. Ou seja, de acordo com a redação do art. 9º, § 1º da LICC associado ao art. 88 do CPC.

Percebe-se, então, que a legislação brasileira impõe sua observância em todos os casos em que a obrigação deva ser cumprida no Brasil. A única possibilidade de aplicabilidade da lei estrangeira será, tão somente, quanto aos requisitos extrínsecos do ato, tendo em vista que dificilmente quem está sujeito à legislação brasileira não reside no Brasil. Ainda mais raramente, em residindo no Brasil, não desejará que a obrigação contratada seja executada no Brasil.

Antes de prosseguir, é necessário esclarecer que o conceito de ordem pública aqui utilizado é o adotado por Irineu Strenger, segundo o qual se deve entender por ordem pública o conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, os quais, por serem considerados para sobrevivência do Estado e salvaguarda de seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga, ainda que determinado pela regra dos conflitos (STRENGER, 2003).

Não restam dúvidas, portanto, que a LICC e o CPC são complementares quanto à aplicabilidade da legislação brasileira como ordenamento jurídico competente para o caso de litígio decorrente do comércio eletrônico, quando a obrigação deva ser cumprida no Brasil.

Outra característica que amarra a demanda judicial decorrente da contratação eletrônica à aplicabilidade da legislação brasileira, não obstante o dado de internacionalidade presente na contratação, é o fato de o CDC, em seu art. 101, I, ser direto e taxativo ao permitir a propositura

da ação de responsabilidade civil do fornecedor no domicílio do autor, ou seja, do consumidor:

> Art. 101: na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços, sem prejuízo no disposto nos capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:
>
> I – a ação pode ser proposta no domicílio do autor.

Tal como o CPC, o CDC também é norma de ordem pública, com aplicabilidade *erga omnes*, e ainda consiste em legislação de caráter especial, cujos preceitos são preferencialmente aplicados. Isso implica que, mesmo no comércio eletrônico, independentemente de a empresa virtual possuir ou não sede, filial ou sucursal no Brasil, o consumidor brasileiro poderá se valer do acima citado art. 101, I, para demandar a lide no Brasil. Daí a pergunta: por que adiantaria o proponente residir no exterior? Se a obrigação contratada é para ser exercida no Brasil, esse dispositivo da LICC é dispensável!

Não obstante a possibilidade de a demanda ser ajuizada no Brasil, vale salientar que a execução da sentença brasileira contra qualquer tipo de empresa estrangeira, seja virtual ou não, ocorre no país de origem da empresa demandada, que se encontra submetida ao direito estrangeiro.

Isso se observa melhor no caso de a referida empresa não possuir sede, sucursal ou filial no Brasil: contra quem poderia ser executada a sentença? Por outro lado, esse problema de inefetividade da legislação interna brasileira não ocorre se a empresa tiver representação no Brasil, pois se aplica a legislação nacional e se executa a sentença no Brasil.

3 A problemática da lei aplicável aos contratos eletrônicos

Diante do caráter internacional do comércio eletrônico, muitas vezes o que se tem é uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos possíveis de incidência sobre um mesmo caso. Mas a importância relativa do elemento estrangeiro na relação jurídica comercial, dos pontos de vista econômico e jurídico, é que vai determinar, ou não, o caráter internacional da relação (BÔAVIAGEM, 2002).

Por exemplo, um *site* americano (.com), de uma loja francesa de perfumes, no qual o proponente/proprietário do *site* e da empresa virtual é português, e reside na Espanha, o consumidor é brasileiro com dupla nacionalidade (brasileira e italiana), que legislação se aplica?

A resposta dependerá de uma outra pergunta: onde deverá ser cumprida a obrigação contratada? Se a execução deve se observar no Brasil, nada importam as outras nacionalidades, de acordo com o analisado no tópico anterior. Nesse caso, é inafastável a aplicabilidade da legislação brasileira.

O dado de internacionalidade do comércio eletrônico leva ao conflito de leis aplicáveis. O direito brasileiro impõe a necessidade da solução de todos esses conflitos, desde que levados ao Judiciário, e a presença do elemento estrangeiro no contrato eletrônico desafia a busca de uma segurança jurídica para a solução do conflito diante da dificuldade de se fazer aplicar legislação alienígena, mesmo que seja da vontade dos contratantes, quando o contrato está vinculado a vários países ao mesmo tempo.

Obstar toda e qualquer possibilidade de aplicação de norma estrangeira pode não ser a melhor saída para dirimir os conflitos decorrentes do comércio eletrônico. Não se pode fechar os olhos ao fato notório de que tais negócios celebrados no ambiente virtual da Internet estão

interconectados com vários países ao mesmo tempo, e ao menos estabelecer critérios de aplicação da lei do país que possua um vínculo mais estreito com o contrato eletrônico em questão poderia ser ponderado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Não se podem fechar as portas ao mundo. O melhor e mais recomendado para que o Brasil, e se admite a possibilidade de aplicação de lei estrangeira, seria facultar aos sujeitos (contratante e contratado) optar pela lei que desejam ser aplicável ao contrato quando na contratação. Mas, em admitindo essa possibilidade, esbarra-se no fato de o Brasil não reconhecer o princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos/obrigações.

Sobre esse assunto, Irineu Strenger entende que a autonomia da vontade corresponde à faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade, e exercendo-se no interior das fronteiras determinadas, de um lado, pela noção de ordem pública, e, de outro, pelas leis imperativas, entendendo-se que em caso de conflito de qualificação, entre um sistema imperativo e um sistema facultativo, a propósito de uma mesma relação de direito, a questão fica fora dos quadros da autonomia, do mesmo modo que somente se torna eficaz à medida que pode ser efetivada (STRENGER, 2000).

Até 1942, o direito internacional privado brasileiro aclamava o elemento de conexão da nacionalidade, tendo em vista o estatuto pessoal da pessoa física. A nova Lei de Introdução ao Código Civil rompeu com a antiga tradição, substituindo o elemento de conexão da nacionalidade por aquele do domicílio.

Uma outra distinção marcante entre as duas legislações foi a posição adotada em relação ao princípio da autonomia da vontade das partes.

A Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 admitia, expressamente, a escolha do direito aplicável pelas partes a um contrato internacional dentro dos limites traçados pela lei. A legislação vigente, por sua vez, é omissa quanto à mesma questão.

O ordenamento nacional não nega expressamente o princípio da autonomia da vontade, mas, de acordo com o dispositivo supra-analisado da LICC, seria possível a aplicação do direito estrangeiro nos seguintes termos: obrigação (resultante do contrato eletrônico) reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente, caso o proponente resida na Espanha, e, a LICC, ao dizer que se aplicará a lei do país em que se constituírem as obrigações. Nesse caso, a lei aplicável seria a espanhola (onde reside o proponente) se a obrigação não tiver de ser executada no Brasil.

Mas se a obrigação deve ser executada no Brasil, embora seja constituída onde reside o proponente (na Espanha, no exemplo), deve-se observar as peculiaridades da lei estrangeira (espanhola) apenas quanto aos requisitos extrínsecos, ou seja, nesse caso, a lei estrangeira não se aplica mais. Junte-se a isso o dispositivo do CPC que determina a competência absoluta da autoridade judiciária brasileira quando no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação. Assim, implicitamente, fica afastada completamente qualquer possibilidade de autonomia da vontade na escolha de lei aplicável.

Para solucionar os conflitos decorrentes da legislação em função da não observância do princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, lança-se mão do Direito Internacional Privado. A esse ramo do Direito não cabe estabelecer qual a norma material aplicável ao caso em questão, apenas lhe é atribuída a função de fornecer a indicação de que ordenamentos jurídicos estão alí presentes naquela demanda, e quais podem ser aplicados.

Para Haroldo Valladão, o Direito Internacional Privado é o ramo da ciência jurídica que resolve os conflitos de leis no espaço, discipli-

nando fatos em conexão no espaço com leis divergentes e autônomas (VALLADÃO, 1977).

Essa definição pode ser interpretada no sentido de permitir a aplicação da lei estrangeira quando do conflito dessa legislação com as leis locais, ocasião em que o julgador, em face do elemento de conexão, poderá recusar a norma alienígena perante a norma nacional, sob o argumento de ofensa à ordem pública.

A sugestão é permitir que o Direito Internacional Privado cumpra seu papel de apresentar que leis estão disponíveis para o exercício da escolha da lei aplicável de acordo com cada caso levado ao Judiciário brasileiro. A dúvida é se esse papel é possível diante da legislação brasileira.

Na esfera das relações internacionais, analisa Sylvio Loreto que uma dupla feição pode ser assumida: quando as partes interessadas tenham o poder de escolher livremente a lei competente, elas a escolhem, expressa ou tacitamente, e, nesse caso, não há nenhum problema de conflito de leis a resolver, e, portanto, nenhum problema de Direito Internacional Privado; ou, então, as partes, podendo fazê-lo, não o fazem e omitem a escolha de uma lei (LORETO, 2000).

A título de informação, de acordo com o site e-commerce.org.br, o faturamento anual do comércio eletrônico no Brasil, desde 2001 a 2007, no que se refere ao comércio varejista virtual (no e-commerce) é o seguinte:

2001 = faturamento de R$ 0,54 bilhão
2002 = faturamento de R$ **0,85 bilhão** (+ 55% ref. 2001)
2003 = faturamento de R$ **1,18 bilhão** (+ 39% ref. 2002)
2004 = faturamento de R$ **1,75 bilhão** (+ 48% ref. 2003)
2005 = faturamento de R$ **2,50 bilhões** (+ 43% ref. 2004)
2006 = faturamento de R$ **4,40 bilhões** (+ 76% ref. 2005)
2007 = faturamento de R$ **6,40 bilhões** (+ 45% ref. 2006) (grifo nosso).

Diante desses dados, não se pode deixar de reconhecer também que contratar eletronicamente pode trazer problemas ou dificuldades nas relações comerciais por um descumprimento de contrato ou até mesmo por um vício no produto, e é para esses casos que se deseja e se precisa possuir uma legislação nacional que abranja suficientemente casos simples e casos mais complexos que eventualmente venham a surgir no comércio eletrônico, o qual, de acordo com a informação acima, tende a se expandir cada vez mais.

4 Estudo de Caso: A Diretiva 2000/31-CE

A partir da análise da Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrônico criada pela União Européia, percebe-se que é perfeitamente possível implementar normas uniformes sobre o comércio eletrônico não apenas dentro de um único país, mas em uma Comunidade inteira. A Diretiva 2000/31/CE confere maior segurança aos usuários/consumidores na celebração de contratos em meio virtual na intenção de criar um quadro jurídico harmônico, com o fim de assegurar a livre circulação dos serviços da sociedade da informação.

A Comunidade Européia, dando continuidade à obra de difusão do comércio eletrônico emanou a Diretiva de 17 de julho de 2000/31/CE, com a finalidade de criar um verdadeiro espaço sem fronteiras internas (dentro da Comunidade Europeia), onde ocorresse a mais ampla difusão do próprio comércio, mas em meio virtual (PASQUINO, 2003).

A Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrônico aborda certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, e, em especial, o comércio eletrônico no âmbito interno à União Europeia. Ao fazer essa abordagem, a Diretiva 2000/31 elenca 65 considerações prévias de grande importância e de grande valia para este trabalho, pois, se o

Brasil possuísse apenas as referidas considerações trazidas pela Diretiva 2000/31, já era suficiente para solucionar a problemática.

Analisando a primeira consideração, a Diretiva 2000/31 informa a respeito da pretensão da União Europeia (UE) em estabelecer laços cada vez mais estreitos entre os Estados-Membros e os povos europeus, a fim de garantir o progresso econômico e social. Nesse intuito, o mercado interno (dentro da UE) compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual a livre circulação de mercadorias e serviços e a liberdade de estabelecimento são asseguradas, e assim, a UE entende que o desenvolvimento dos serviços da sociedade da informação é essencial para eliminar as barreiras entre os povos.

Oportunidade de emprego é o primeiro benefício que a UE enxerga com o desenvolvimento do comércio eletrônico na sociedade da informação. Além desse fator, o estímulo ao crescimento econômico e o investimento na inovação por parte das empresas também contribuem para reforçar a competitividade da indústria. Mas, tudo isso será possível, desde que a Internet seja acessível a todos.

Maristela Basso explica que nos contratos internacionais, além do critério jurídico, ou seja, produção de efeitos de direito em mais de uma ordem jurídica, considera-se o critério econômico, isto é, "fluxo e refluxo sobre as fronteiras com consequências significativas para mais de um país" (BASSO, 2002).

Se o Brasil ao menos conseguisse ter como princípio o que para UE é condição de desenvolvimento, a acessibilidade à Internet para todos, grande parte da problemática com a contratação no âmbito do comércio eletrônico seria solucionada apenas com informação preventiva. Explica a Diretiva 2000/31 que a legislação comunitária e a ordem jurídica comunitária são meios essenciais para que os cidadãos possam se beneficiar das oportunidades proporcionadas pelo comércio eletrônico. E é por esse

motivo que a Diretiva 2000/31 tem como objetivo assegurar um elevado nível de integração da legislação a fim de promover um verdadeiro espaço sem fronteiras internas para os serviços da sociedade da informação.

A própria Diretiva em questão reconhece que existem entraves ao desenvolvimentos da sociedade da informação, e esses são, principalmente, obstáculos legais que, assim como a problemática enfrentada neste trabalho, advém da divergência de legislações e da insegurança jurídica dos regimes nacionais aplicáveis. Tal normativa entende por serviços da sociedade da informação qualquer serviço prestado normalmente mediante retribuição, a distância, por via eletrônica, através de aparelhagem eletrônica de elaboração e memorização de dados, e a requisição individual de um destinatário de serviços.

E a sugestão é a de que esses obstáculos sejam abolidos através da coordenação de determinadas leis nacionais e do esclarecimento de certos conceitos legais necessários ao bom funcionamento do comércio eletrônico. Essa última medida poderia, inclusive, no caso brasileiro, contribuir com a prevenção de problemas, ao passo que a conceituação uniforme de determinados institutos se assemelha aos benefícios da boa informação amplamente divulgada, ou seja, previne demandas decorrentes da frustração da comercialização eletrônica.

5 Conclusão

O comércio internacional constitui um elemento importante para o fomento das relações entre os Estados. O aumento do uso das comunicações eletrônicas melhora a eficiência das atividades comerciais, assim como das conexões comerciais, e permite novas oportunidades de acesso a mercados antes remotos, ao passo que desempenha um papel fundamental na promoção do comércio e do desenvolvimento econômico, tanto no plano interno como no internacional.

Os problemas criados pela incerteza quanto ao conteúdo e a eleição do regime jurídico aplicável ao comércio eletrônico constituem um obstáculo para todo o comércio internacional. A adoção de normas uniformes para eliminar obstáculos que se opõem ao uso do comércio eletrônico aumenta a certeza jurídica e a previsibilidade comercial dos contratos internacionais e pode ajudar os Estados a obter acesso às modernas rotas comerciais de maneira mais fácil e rapidamente.

As normas uniformes devem respeitar a liberdade das partes para escolher meios e tecnologias apropriadas, levando em consideração sua possibilidade de intercâmbio, na medida em que as escolhas feitas pelos contratantes sirvam aos propósitos dos seus negócios e não firam as normas correspondentes do direito.

Ansiosos por dar uma solução comum aos obstáculos jurídicos que se opõem ao uso das comunicações eletrônicas, incluindo os obstáculos que puderam derivar da vigência dos instrumentos internacionais de comércio internacional, de maneira aceitável por Estados com diferentes sistemas jurídicos, sociais e econômicos, os legisladores brasileiros caem no equívoco da produção normativa.

Leis que não suprem a necessidade de regulação do comércio eletrônico com a celeridade exigida, e que já nascem deixando o vácuo normativo e privam o enriquecimento do ordenamento jurídico interno a partir da utilização do Direito Internacional Privado, o que seria uma tarefa mais fácil e mais rápida.

A Diretiva 2.000/31-CE se aplica ao comércio eletrônico, se relaciona com as comunicações voltadas para negociação, formação e cumprimento de um contrato eletrônico, inerente ao comércio realizado por meio da Internet, celebrado entre pessoas localizadas em Estados nacionais diferentes. Seus preceitos podem ser aplicados por convenção das partes, quando as normas de direito do Estado dos contratantes não

proíbam a sua aplicação, e que tal possibilidade de incidência tenha sido prevista no contrato.

As partes podem, inclusive, excluir a aplicação da Convenção que criou a Diretiva 2.000/31-CE, ou estabelecer exceções à sua aplicação, ou ainda modificar seus efeitos, mediante uma exclusão implícita ou explícita em termos contratuais que diferem de suas disposições.

As questões relativas às matérias que se regem pelas Convenções da Diretiva 2.000/31-CE e que não estejam expressamente nela previstas são dirimidas pelos princípios gerais que embasam as respectivas Convenções ou, na falta de tais princípios, em conformidade com o direito aplicável, à luz das normas de Direito Internacional Privado.

Nada do disposto na Convenção da Diretiva 2.000/31-CE afetará a aplicação da regra de direito em virtude da qual a parte que negocie todas ou algumas condições do contrato mediante o intercâmbio de comunicações eletrônicas que contenham as condições do contrato, nem examinará a outra parte no tange às consequências jurídicas do seu descumprimento.

Dessa forma, conclui-se que, apesar da política legislativa brasileira possuir restrições à aplicabilidade de leis/acordos/tratados internacionais, fica clara a necessidade do Brasil adotar uma legislação relativamente completa, de acordo com os padrões atuais, para suprir as lacunas deixadas pelo seu atraso legislativo frente ao acelerado desenvolvimento do comércio eletrônico mundial.

O fato de o mercado por meio da Internet ignorar as fronteiras territoriais dos Estados apenas reforça o papel do Direito Internacional Privado de apontar legislações adequadas a serem seguidas, e para se obter um melhor resultado no enquadramento do caso à norma, sugere-se, então, que o Brasil permita uma maior utilização e aplicação da legislação internacional quanto à regulação do *e-commerce*.

The international issue of the e-commerce: a breaf analisys of the Brasilian law over the directive 2000/31-CE

Abstract

The popularization of the Internet brought a new juridical reality to the commercial relationships: the world of businesses celebrated at the electronic environment, the e-commerce. The market model that appeared in that new atmosphere printed agility and practicality to the celebrated contracts, from then on, electronically. However, this context emerged the need for regulation, through a specific law, of the legal relationships entered into the virtual environment. Given the international character and the freedom of contract over the Internet, it is done necessary the application of a safe and universally harmonious juridical norm, in order to avoid the "virtual freedom" to play a more harmful than helpful role. From the analysis of the international normative standards, established by the Directive 2000/31-CE, the present work emphasizes the importance of a larger use of the Private International Law, in Brazil, towards the adoption of a uniform regulation on e-commerce.

Key-words: Internet. E-commerce. Regulation. Directive 2000/31-CE.

Referências

BASSO, Maristela. **Contratos internacionais do comércio**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2002.

BÔAVIAGEM, A. A. O contrato internacional de comércio: definição e fontes normativas. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru, v. 1, n. 1, p. 12-15, 2002.

LORETO, Sylvio. Do princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado (perspectiva histórica). **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito n° 10**. Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciência Jurídicas. Faculdade de Direito do Recife. Recife-PE, 2000.

PASQUINO, Teresa. **Comércio eletrônico na União Européia (mercado telemático).** Tradução de Erica de Oliveira Hartmann. Curitiba, Edição do IBEJ-Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2003.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade: direito interno e direito internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. Parte geral direito civil internacional, direito comercial internacional. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. Material de Classe. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

B – BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

ALMEIDA, Guilherme A. de e BASSO, Maristela. **Inclusão legal na economia digital**. Disponível em: < http://74.125.47.132/search?q=cache:8k89_6Y55_cJ:jusvi.com/artigos/1112+ALMEIDA,+Guilherme+A.+de+e+BASSO,+Maristela.+Inclus%C3%A3o+Legal.+%C3%89+Preciso+Difundir+%E2%80%9CMentalidade+Digital%E2%80%9D+nas+Empresas.&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 23 set. 2009.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **A autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, 2005.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BACCHETTA, M, et al. **El comercio electrónico y el papel de la OMC.** Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/special_study_s.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2008.

BLUM, Renato M. S. Opice; ALMEIDA, Rafael Augusto Paes de. **Contratos eletrônicos internacionais.** Fonte: <http://www.buscalegis.ufsc.br /arquivos/ContratosEI.html>. Acesso em: 13 jun. 2008.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARDOSO, P. B. **Direito internacional privado.** Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1942.

CARVALHO, José Crespo de; ENCANTADO, Laura – **Logística e negócio electrónico [Em linha]**. Porto, SPI – Sociedade Portuguesa de Inovação, Consultadoria Empresarial e Fomento da Inovação, 2006. Consult. 29 Abr. 2008. Disponível em: WWW: <URL:http://www.spi.pt/negocio_ electronico/documentos/manuais_PDF/Manual_VI.pdf>. ISBN 978-972-8589-67-7. Acesso em: 12 set. 2008.

CASTORIADIS, C. **Sujeito e verdade no mundo social histórico.** Seminários 1986-1987: a criação humana I. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHAFFEY, Dave. **E-business and e-commerce management**: Financial Times Prentice Hall, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1 e 3.

CÔRREA, G. T. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DERRIDA, J. Força de lei. **O fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado.** Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JULIASZ, F. G. **A internet é massa (meio e mensagem).** Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=Noticias&docid=22C4B333A5C9E4DD832571A4004C7300>. Acesso em: 18 jul. 2008.

KALAKOTA, R. ; ROBINSON, M. **E-business** 2.0. Boston: Addison Wesley, 2001.

KRISHNAMURTHY, Sandeep – **E-commerce management:** text and cases. Australia: Thomson/South-Western, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002.

PAULA, A. S. **Contratos eletrônicos na relação de consumo**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina>. Acesso em: 10 jun. 2007.

BACCHETTA, M, et al. **El comercio electrónico y el papel de la OMC.** Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/special_study_s.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2008.

BLUM, Renato M. S. Opice; ALMEIDA, Rafael Augusto Paes de. **Contratos eletrônicos internacionais.** Fonte: <http://www.buscalegis.ufsc.br /arquivos/ContratosEI.html>. Acesso em: 13 jun. 2008.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARDOSO, P. B. **Direito internacional privado.** Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1942.

CARVALHO, José Crespo de; ENCANTADO, Laura – **Logística e negócio electrónico [Em linha]**. Porto, SPI – Sociedade Portuguesa de Inovação, Consultadoria Empresarial e Fomento da Inovação, 2006. Consult. 29 Abr. 2008. Disponível em: WWW: <URL:http://www.spi.pt/negocio_ electronico/documentos/manuais_PDF/Manual_VI.pdf>. ISBN 978-972-8589-67-7. Acesso em: 12 set. 2008.

CASTORIADIS, C. **Sujeito e verdade no mundo social histórico.** Seminários 1986-1987: a criação humana I. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHAFFEY, Dave. **E-business and e-commerce management**: Financial Times Prentice Hall, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1 e 3.

CÔRREA, G. T. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DERRIDA, J. Força de lei. **O fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado.** Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JULIASZ, F. G. **A internet é massa (meio e mensagem).** Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=Noticias&docid=22C4B333A5C9E4DD832571A4004C7300>. Acesso em: 18 jul. 2008.

KALAKOTA, R. ; ROBINSON, M. **E-business** 2.0. Boston: Addison Wesley, 2001.

KRISHNAMURTHY, Sandeep – **E-commerce management:** text and cases. Australia: Thomson/South-Western, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002.

PAULA, A. S. **Contratos eletrônicos na relação de consumo**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina>. Acesso em: 10 jun. 2007.

PÉREZ-ESTEVE, R.; SCHUKNECHT, L. **A quantitative assessment of electronic commerce.** Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/erad-99-01.doc>. Acesso em: 12 jan. 2008.

QUEIROZ, V. S. **O conceito de consumidor na relação jurídica de consumo.** Fonte: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=689>. Acesso em: 12 jul. 2008.

RECHESTEIN, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática.** São Paulo: Saraiva, 1996.

SCHIEDERJANS, Marc J.; CAO Qing – **E-commerce operations management.** World Scientific, 2002.

SIQUEIRA, Ethevaldo. **Revolução digital**: história e tecnologia no século 20. São Paulo: Saraiva, 2007.

SKIDMORE, Thomas E. **Uma história do Brasil.** São Paulo: Paz e Terra, 2003.

TURBAN, E. e KING, D. **Comércio eletrônico**: estratégia e gestão. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

Referência deste artigo

MENEZES, Carla Cristina Costa de. A questão internacional do comércio eletrônico: uma breve análise da legislação brasileira segundo a diretiva 2000/31-CE. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 161-182, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 19 abr. 2011. Aprovado em: 23 maio 2011.*

O Poder Judiciário e a Democracia no Brasil: o despontar de um "Superpoder"[1*]

Daniella Dutra de Almeida Barbosa
Conciliadora dos Juizados Especiais Federais Cíveis de Recife, Pernambuco. Advogada.

Resumo

O presente ensaio tem como preocupação central discutir, a partir da teoria da separação de poderes, a expansão do Poder Judiciário no Brasil. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, um novo papel vem sendo historicamente construído para a jurisdição constitucional em escala global. No Brasil, o advento da Constituição de 1988 trouxe uma ambiciosa definição para o papel do Poder Judiciário, na realização da democracia e dos direitos fundamentais. Na esteira desse processo, observa-se uma atuação jurisdicional crescente, demandando uma releitura da ideia de separação de poderes. A judicialização da política e o ativismo judicial emergem nesse contexto como consequência da aproximação entre direito e política enquanto resposta às demandas contemporâneas.

Palavras-chave: Democracia. Jurisdição Constitucional. Judicialização da Política

1 Os Diferentes Ciclos de Protagonismo Democrático no Jogo da Separação de Poderes.

Desde um ponto de vista hermenêutico, a ideia de separação de poderes tem comportado diferentes perspectivas. Desde o nascimento de

1 * Texto elaborado sob a orientação do Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira e aprovado com nota máxima em banca examinadora composta pelos Profs. João Paulo Allain Teixeira, Alexandre Henrique Tavares Saldanha e Rômulo Nei Barbosa Freitas Filho.

um sistema elaborado de tripartição de poderes com Locke e Montesquieu até os dias atuais, é possível entrever-se várias percepções distintas acerca da noção de divisão de poderes. Em sua concepção clássica, era evidente a posição privilegiada que o Poder Legislativo ocupava em relação aos demais poderes. Isso porque na passagem do absolutismo monárquico para o Estado de Direito era vantajoso que se salvaguardasse o direito escrito, garantindo que o Estado não se sobrepusesse à lei.

Além disso, a soberania da qual gozava o monarca no Estado absolutista foi ofuscada pela ideia de soberania popular, em que cada cidadão, membro de uma sociedade, participa ativamente na escolha dos governantes. E é aqui que o Poder Legislativo, na figura do Parlamento, ganha mais força, vez que é ele quem está apto a traduzir a vontade geral dos integrantes de uma comunidade.

Inconteste é que, em primeiro plano, a separação de poderes busca assegurar que se evite a concentração de atribuições nas mãos de um só titular. Contudo, em um momento em que as ideias racionais dos iluministas ganhavam espaço e permeavam todo o pensamento social, a tríade das funções do Estado parecia um importante instrumento na garantia do legalismo do Direito. Assim, a preocupação com a manutenção de um Poder Legislativo independente acabou por dar a este poder uma posição de destaque em um primeiro momento.

Nelson Saldanha, ao avaliar os aspectos históricos da separação de poderes no ocidente contemporâneo anota que

> [...] todos esses debates sobre separação dos poderes, que ocupou gerações de teóricos desde os primeiros albores do constitucionalismo contemporâneo, tiveram entre suas motivações centrais a intenção de salvaguardar o **legislativo**, e deste modo preservar o sentido fundamental da relação entre o poder e os controles dentro do Estado. [2]

2 SALDANHA, Nelson. **O poder legislativo**: separação de poderes. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1981. 2v. p. 17.

A consideração de Saldanha torna-se evidente se tomados como exemplo os pensamentos de Emanuel Kant acerca da matéria. O filósofo alemão, ao discorrer sobre o princípio da separação de poderes, reproduziu a tríade de Montesquieu, enaltecendo o aspecto ético dos poderes elevados à categoria de "pessoas morais" em relação de coordenação[3]. Interessante no pensamento kantiano e que confirma as observações tecidas por Nelson Saldanha é o prestígio do qual goza o Poder Legislativo em sua *trias política*. Para Kant, há um silogismo da ordem estatal em que o Legislativo se apresenta como a premissa maior, o executivo, a premissa menor e o judiciário, a conclusão[4].

Observe-se que Kant eleva o Legislativo a uma posição de destaque no momento em que sustenta a perfeição deste poder. Para ele o legislativo é "irrepreensível", enquanto que o Executivo é "irresistível" e o Judiciário, "inapelável"[5].

Com o passar do tempo, o direito escrito foi se consolidando e a possibilidade de retrocesso ao Estado absolutista foi ficando cada vez mais distante. A lei escrita era necessária para frear o Estado, garantindo a sua obrigação de "não fazer", mas não era suficiente para atender às demandas surgidas a partir da segunda dimensão dos direitos humanos: os direitos sociais. A partir daí já se nota uma crise dos parlamentos, apontando para uma nova concepção de separação de poderes.

Neste novo contexto, exigia-se do Estado uma posição atuante, ativa, no sentido de operar para que as carências sociais fossem atendidas e o Poder Legislativo já não era capaz de apresentar soluções céleres para tais carências. Observa-se, desta forma, um crescimento da atuação legislativa do Poder Executivo.

3 BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2001., p. 140

4 *Idem. Ibidem*, p. 140

5 *Idem. Ibidem*, p. 140

Além disso, a intervenção do Estado no domínio econômico, diante da necessidade de racionalizar a produção e o consumo em nome da justiça social, levou à invasão de uma esfera que antes era reservada à iniciativa privada. Começava a delinear-se a hipertrofia do Poder Executivo[6].

Norbeto Bobbio, em seu Dicionário de Política, ao tratar do tema das funções parlamentares, já apontava para o inchaço das atribuições abarcadas pelo Executivo[7], deixando claro que a separação de poderes delineada classicamente já não condizia com a realidade. Do mesmo modo, enquanto se preocupava em explicar o processo legislativo, demonstrou mais uma vez as suas impressões acerca da importância que tomava o Poder Executivo:

> Em nossos dias, especialmente nas democracias ocidentais, a orientação política do país está confiada, antes de tudo, ao executivo e a concretização dessa orientação está ligada à formulação de projetos de lei que o mesmo executivo, conquanto formalmente não investido de poder de iniciativa legislativa, não terá dificuldade em fazer chegar à assembléia ou assembléias às quais incumbe a 'decisão' das leis. De resto, a rigorosa orientação a que aludimos vai além do esquema do próprio Montesquieu que entendia a iniciativa legislativa do Executivo como 'não necessária'. [8]

Outro aspecto relevante que contribuiu para o desenvolvimento excessivo do Executivo foi a instituição das medidas provisórias, dando

6 SALDANHA, Nelson. *Op. cit.*, p. 20.

7 "Em contraste com a antiga distinção [de poderes], pode-se afirmar que hoje se governa legislando. O Executivo, responsável pela função de governar, atua também no setor da legislação. A atividade legislativa tornou-se, portanto, em todas as suas fases (iniciativa, discussão, deliberação), resultado da intervenção conjunta do Parlamento e dos órgãos do Governo. Já desde a primeira fase, a da iniciativa, se insere o Executivo na clássica função parlamentar. O Governo tem de intervir desde o início se quiser realizar o seu programa político. Mas quanto mais forte for o Executivo e maior for a posição de autoridade de que goza perante o Parlamento, tanto mais a iniciativa legislativa de origem parlamentar se reduzirá a uma atividade residual." BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 5 ed. Brasília: UnB, 2000. 2 v. p. 885.

8 *Idem. Ibidem*, p. 998.

a este Poder a possibilidade de produzir normas com atributos de lei em situações excepcionais. No Brasil, a permissão da reedição de medidas provisórias de maneira ilimitada acabou por entregar ao Executivo quase que o monopólio do poder de legislar sobre matérias relevantes, situação que perdurou até a entrada em vigor da Emenda Constitucional 32, de 2001. Até então, aqueles que, segundo a clássica separação de poderes, tinham a tarefa de administrar, exerciam quase que exclusivamente o papel de se pronunciar em matérias constitucionais.

Dando continuidade ao ciclo, a concentração de poderes novamente sofre mudanças substanciais e, depois de repousar, durante a aurora da teoria da separação de poderes, no seio do Poder Legislativo e, posteriormente, assentar-se nas mãos do Poder Executivo, analisa-se agora a preponderância do Poder Judiciário em detrimento dos demais.

2 O caso *Marbury Vs. Madison* e seu impacto na teoria da separação de poderes

O novo desenho da tripartição de poderes já havia sido delineado pelos norte-americanos a partir dos textos federalistas. Era possível entrever uma mitigação do grau de importância originalmente dispensado ao Poder Legislativo. Contudo, o Poder Judiciário ainda não gozava do mesmo prestígio e autoridade que os demais poderes.

Apesar dos *checks and balances* estadunidenses terem contribuído para a contenção da temida tirania do Legislativo, foi a partir do caso *Marbury x Madison* que o Judiciário foi alçado à posição que hoje ocupa, determinando um freio ainda mais brusco sobre o poderio do parlamento e ampliando o espaço que anteriormente lhe foi atribuído na teoria tripartite.

Às vésperas do término de seu mandato presidencial, John Adams, então presidente norte-americano, designou vários de seus aliados parti-

dários para ocupar os recém-criados cargos de juízes federais. A nomeação deveria ocorrer pouco antes da posse do presidente eleito Thomas Jefferson. Contudo, nem todas as nomeações lograram sua concretização em tempo hábil e o título que garantia a posse de William Marbury no cargo de juiz não lhe foi entregue como havia sido previsto por Adams. Jefferson, então, determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que suspendesse a nomeação de Marbury. No intuito de assumir o cargo que lhe havia sido designado, Marbury impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte norte-americana e a decisão do Tribunal foi anunciada por John Marshall, presidente daquela Corte. Na sentença, Marshall declarou que Thomas Jefferson não tinha o direito de negar a posse a Marbury, entretanto a Suprema Corte não possuía competência para conceder o *writ of mandamus* e obrigar Madison a nomear William Marbury. Em tese, o *Judiciary Act* de 1789 tinha atribuído competência à Suprema Corte para expedir esse tipo de ordem judicial, porém, de acordo com a decisão proferida, esta competência era inconstitucional, vez que extrapolava os limites de atribuições da Suprema Corte conferidas originalmente pela Constituição.

A partir dessa decisão acerca da constitucionalidade de um ato emanado do parlamento, Marshall estabeleceu o *judicial review* que permitia que as demais instâncias do Poder Judiciário norte-americano também tivessem o poder de não aplicar uma lei que fosse considerada manifestamente contrária à Constituição. Alega na decisão elaborada que ao Judiciário compete dizer o que é a lei e, havendo conflito entre leis, também é papel do Judiciário decidir sobre qual delas deve ser aplicada.

Até então, não se tinha a noção de que a Constituição seria a lei maior de um Estado, como hoje se sustenta. A supremacia da Constituição sobre as demais normas foi uma ideia jurisprudencialmente construída por Marshall no histórico embate entre o juiz William Marbury e o secretário de Estado James Madison.

Observe-se que, a partir da complexa argumentação política elaborada por John Marshall, foi negada ao Legislativo a possibilidade de expandir seus poderes em relação aos estabelecidos na Constituição. Ao fazer isto, a Corte alargou os seus próprios poderes, vez que o controle de constitucionalidade das leis não estava originalmente previsto na Constituição daquele país[9].

O desfecho do caso *Marbury Vs. Madison* culminou com o fortalecimento do sistema de freios e contrapesos dos Estados Unidos, além de conferir ao Poder Judiciário uma posição de destaque equivalente àquelas ocupadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

3 A Expansão da Jurisdição Constitucional

O marco inicial da supremacia das constituições foi estabelecido quando o juiz integrante da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, apresentou a decisão do supracitado caso *Marbury Vs. Madison*. Até então, a Constituição não era tida como superior às demais normas. Vigorava a regra de que a lei posterior revogava a lei anterior. A teoria piramidal do direito, colocando a Constituição no topo do poliedro, somente viria a aparecer mais de um século depois, com a contribuição de Hans Kelsen para a ciência do direito[10].

A partir de então, o *judicial review*, que havia sido fruto de uma construção jurisprudencial nos Estados Unidos, passa a integrar as constituições dos Estados democráticos, indicando valores fundamentais a serem seguidos pelo Legislativo e Executivo. Caso haja violação desses valores constitucionalmente estabelecidos, cabe ao Poder Judiciário identificar a transgressão e invalidar os atos manifestamente inconstitucionais. É a chamada jurisdição constitucional.

9 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência política. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 66.
10 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 64.

A relevância da carta constitucional tem se acentuado, deixando de ser apenas o documento fundador de um Estado para transformar-se em um sistema de garantias individuais e coletivas dos membros de uma sociedade. Tanto é assim que o sistema normativo constitucionalista tem ganhado adeptos ao longo do tempo e acabou por se tornar o modelo, se não ideal, mais adequado à realidade moderna.

A importância dada à Constituição é tanta que todos os esforços dos poderes constituintes e derivados ao redor do mundo têm se voltado para a garantia de sua salvaguarda e efetividade. A obediência aos princípios constitucionais é questão que tem caráter essencial, sobrepondo-se, inclusive, à limitação dos poderes do Estado. Se a predominância de um poder sobre o outro é inquietante, mais preocupante é o desrespeito aos valores estabelecidos na Lei Maior. Acerca da questão, observa Paulo Bonavides:

> A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.[11]

Por esta razão, evidencia-se a crescente relevância da jurisdição constitucional que busca assegurar os pressupostos éticos da democracia. Para atingir tal objetivo, os tribunais e Cortes constitucionais exercem um papel de suma importância, pois serão eles que irão avaliar, através do controle de constitucionalidade, se as decisões tomadas pela maioria, através de seus representantes, estão de acordo com os limites constitucionais estabelecidos.

11 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estud. av.**, São Paulo, v. 18, n. 51, ago. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 07 mai. 2009. doi: 10.1590/S0103-40142004000200007.

Para garantir a adequação de leis ou atos normativos aos dispositivos constitucionais, é realizado um controle da constitucionalidade que nada mais é do que um conjunto de normas que visam controlar e assegurar a constitucionalidade destas leis ou atos. O controle de constitucionalidade é visto como um instrumento de defesa da Constituição. Em geral, as próprias constituições estabelecem como se deve dar este procedimento que, normalmente, é de responsabilidade de uma Corte ou Tribunal constitucional, a depender de que sistema de controle o Estado adota.

José Afonso da Silva identifica três sistemas de controle de constitucionalidade. O primeiro deles é o controle político que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como o próprio Poder Legislativo ou órgãos políticos especiais. Este sistema predominou na Europa do século passado. O segundo sistema é o controle jurisdicional, em que cabe ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos do poder público. Como já explicitado, este modelo nasceu nos Estados Unidos da América com o nome de *judicial review*, tendo sido adotado pela Constituição Brasileira. O sistema misto de controle de constitucionalidade realiza-se quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional. A Suíça é exemplo de um país que adota este modelo[12].

O modelo de controle jurisdicional foi largamente difundido ao redor do mundo e, para alguns, é o sistema que apresenta maior eficácia. Por isso mesmo é o mais polêmico dos sistemas, sendo frequentemente questionado sobre a legitimidade democrática daqueles que exercem o controle jurisdicional.

12 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.49.

4 O Fenômeno da Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

A ampliação do Poder Judiciário é um fenômeno recente se comparado às primeiras noções acerca da separação de poderes. Contudo, o fato de lhe ser atribuído um papel de destaque, apenas na terceira fase do ciclo de poder supramencionado, não diminui a importância da qual goza este poder atualmente.

A crescente demanda pela tutela jurisdicional acerca de questões eminentemente políticas é conhecida como judicialização da política[13]. Através deste fenômeno, o órgão judiciário se reveste de poder para apreciar litígios cuja solução a ser aplicada tem um notório caráter político-governamental. A partir do fenômeno da judicialização, o Poder Judiciário está autorizado a revisar as normas e atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo.

Não é difícil perceber que tal atividade diverge bastante das atribuições do Poder Judiciário inicialmente previstas pela clássica separação de poderes. Hoje é inconcebível enxergar o Judiciário como um ente inanimado, se limitando a ser "a boca que pronuncia as palavras da lei", como dizia Montesquieu em *O Espírito das Leis*. Pelo contrário, ele nunca gozou de tanto destaque e protagonismo quanto nos dias atuais.

Como já mencionado anteriormente, são os norte-americanos e sua teoria dos freios e contrapesos os responsáveis por alçar o Judiciário a uma posição de igualdade com os demais poderes. Todavia, o que se percebe hoje é que, novamente, esses patamares estão em desequilíbrio, desta vez colocando o órgão judicial em um lugar mais elevado.

13 Torbjörn Vallinder, ao conceituar judicialização da política verifica que esta expressão pode ser entendida em dois aspectos: a) a expansão do campo de atuação das cortes ou dos juízes em detrimento dos políticos e dos que integram a administração pública; e b) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisões fora do campo de atuação próprio do poder judiciário. A primeira acepção do termo é a que interessa para este trabalho. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.p. 13.

Vários são os fatores que contribuíram para o processo de ampliação do Poder Judicial. De acordo com Tate e Vallinder[14], cada Estado possui razões peculiares para o crescente desenvolvimento do Poder Judiciário, mas apesar das distintas realidades dos países ao redor do mundo, é possível identificar algumas características globais que colaboraram com tal expansão.

A primeira delas e, na opinião dos autores, a mais impressionante foi o colapso do comunismo totalitário no leste europeu e o desaparecimento da União Soviética. Antes destes acontecimentos, a distribuição de poder no mundo era bipolar, apontando para os Estados Unidos e a União Soviética como os dois polos de poderio militar, econômico, político e cultural. Porém, a derrocada soviética acabou deixando os Estados Unidos como única superpotência capaz de influir em eventos em escala mundial.

O surgimento de novas democracias na América Latina, Ásia e África é outro elemento que concorre para tal expansão. Segundo os autores, recentemente há uma tendência à democratização nestas regiões e, devido às condições sob as quais estão sendo erigidas as novas democracias, é interessante garantir um Poder Judiciário vigoroso, com autoridade suficiente para assegurar os direitos e garantias próprios deste regime. As democracias tendem a consolidar-se com o passar do tempo, contudo, não se poder afirmar que, uma vez estabelecido o regime democrático, fica afastada qualquer possibilidade de retrocesso. Os riscos de golpe militar, conflitos étnicos e revoluções são ameaças constantes nas recém-estabelecidas ou ainda fragilmente restabelecidas democracias. Daí a importância do "braço forte" do Poder Judiciário. Apesar de a expansão do Poder Judicial não ser requisito necessário para a instituição de um regime democrático, ela tem se mostrado um importante instrumento no processo de consolidação das novas democracias.

14 Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

A crescente influência da jurisprudência e ciência política norte-americanas é outro fator de relevo. Como foi mencionado, o fato de serem os Estados Unidos uma superpotência mundial, faz com que exerçam influências nos demais países. Acadêmicos do mundo inteiro têm se interessado pelas Cortes e procedimentos legais norte-americanos e, frequentemente, têm aprendido que as Cortes estão relacionadas com a política e vice-versa[15].

Com a confluência de todos esses fatores, indiscutível que, atualmente, a judicialização da política é uma realidade, entretanto, o grande questionamento que se faz acerca deste fenômeno é se é legítimo conceder a juízes não-eleitos a capacidade de limitar a vontade da maioria. Não seria a atuação das Cortes no âmbito de decisões políticas uma violação à democracia?

A questão gira em torno de dois princípios; é necessário, pois, estabelecer qual deles deve prevalecer. As democracias modernas são instituídas tendo por base o princípio da representação popular, cabendo ao parlamento eleito legislar sempre defendendo os interesses da maioria. Por outro lado, é tarefa dos juízes e tribunais resguardar os direitos humanos, garantindo a obrigação do Estado de não fazer. A judicialização da política implica sobrepor a salvaguarda dos direitos humanos em detrimento da representação popular.A preocupação com os direitos humanos surge de maneira mais enfática no período pós Segunda Guerra Mundial. A ascensão de Hitler ao poder, ainda que não se possa afirmar que tenha se dado de forma inteiramente democrática, não contrariava as formalidades estabelecidas pela Constituição germânica. Os nazistas assumiram o controle da Alemanha e, durante a guerra, cometeram inúmeras atrocidades. Desnecessário explicar que os direitos humanos foram constante e profundamente violados. A partir daí, a preocupação central dos adeptos ao regime democrático, que não conseguiam entender como tudo aquilo teria acontecido, era prevenir para que tais desumanidades não tornassem a se repetir, isto é, como proteger os

15 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *Op. Cit.*, p. 3.

direitos humanos no futuro? O resultado foi a inclusão de uma extensa lista de direitos humanos nos textos constitucionais e o estabelecimento de Cortes constitucionais e do *judicial review*[16].

As sociedades democráticas contemporâneas estão marcadas pela intensificação da ação judicial. Seja esta um resultado do processo de criação jurisprudencial do direito ou, até mesmo, decorrência de preceitos explícitos na Constituição, o fato é que cada vez mais é possível observar uma atuação positiva do Poder Judiciário.

Para Gisele Cittadino, a ampliação da ação judicial pode ser analisada sob as mais diversas perspectivas: i) a normatização de direitos de natureza coletiva e difusa; ii) as transições de regimes de governos autoritários para sistemas democráticos, acarretando as edições de constituições democráticas; iii) o reforço de instituições como o Ministério Público; iv) as investigações de casos de corrupção política; v) a possibilidade de instituição de um poder judicial internacional; vi) e o aumento de discursos acadêmicos e doutrinários que defendem uma relação de compromisso entre poder judiciário e soberania popular[17].

O que se observa é que o Judiciário cresce quantitativa e qualitativamente, é dizer, em número de integrantes e em atribuições. Se o número de questões levadas à apreciação do Judiciário aumenta de forma gradativa, é de se esperar que este tenha que munir-se de integrantes suficientes para atender aos pedidos de tutela. Por outro lado, se os conflitos trazidos à sua esfera de julgamento infiltram o terreno das questões políticas, suas funções não mais se limitam àquilo que foi previamente estabelecido na separação de poderes em sua forma clássica. As decisões políticas não mais estão exclusivamente contidas no âmbito de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

16 *Idem. Ibidem*, p. 19-20.

17 CITTADINO, Gisele. "Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia". **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, jul. 2004. Semestral. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2008. p. 106.

A judicialização da política é um fenômeno frequente nos dias atuais, entretanto, indaga-se como os tribunais atuam frente ao paulatino crescimento das demandas por sua tutela acerca de questões de cunho político.

A postura que o Poder Judiciário adota diante de tal contexto pode ser positiva ou negativa. Ao assumir uma atitude de intervenção frente às situações que lhe foram trazidas, o Judiciário está respondendo positivamente e realizando aquilo que se chama de ativismo judicial. Esta expressão é, portanto, utilizada para designar as situações em que o Judiciário, frente às demandas trazidas pelo processo de judicialização da política, decide não se eximir de prolatar decisões acerca de questões políticas.

Se, por outro lado, os que fazem o "terceiro poder" de um Estado decidem se abster de ingressar no campo de atuação do primeiro e segundo poderes, rechaçando a possibilidade de emitir juízo final em demandas que tragam em sua essência circunstâncias políticas, isto é, assumem uma postura negativa diante do contexto apresentado, percebe-se que, muito embora a judicialização da política seja um fenômeno em ascensão, a resposta que os tribunais dão a esse fenômeno não cresce na mesma proporção. É possível, dessa forma, haver judicialização da política sem que haja ativismo judicial.

Para Luís Roberto Barroso, o contraponto do ativismo judicial é a chamada autocontenção judicial, isto é, a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Segundo o autor, evidencia-se a postura autocontida de determinada Corte a partir de três condutas distintas, sendo a primeira delas a de evitar aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; a segunda é a de utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e

atos normativos; e, por fim, abster-se de interferir na definição das políticas públicas[18].

Quanto ao ativismo judicial, o autor acredita que está associado à "participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes"[19]. As condutas que tornam manifesta a presença de uma postura ativista se consubstanciam na aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e, finalmente, na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A relação existente entre judicialização da política e ativismo judicial assume proporções distintas em cada um dos contextos nacionais.

Interessante notar que no contexto norte-americano a judicialização da política nasce a partir do ativismo judicial, vez que a tradição do *judicial review* é decorrente de uma construção jurisprudencial, ativista, portanto. Já em outros contextos nacionais, como é o caso do Brasil, o ativismo é uma resposta ao processo de judicialização, sendo decorrente das disposições constitucionais estabelecidas pelo órgão constituinte. Antes a Constituição permite e, depois, os juízes e tribunais atuam.

Desta forma, tem-se dois eventos distintos que não raro são equivocadamente identificados, o que se explica pelo caráter de decorrência que um apresenta em relação ao outro. Entretanto, eles divergem na medida em que a judicialização da política requer simplesmente que as questões

18 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 29/06/2009.

19 *Idem. Ibidem.*

políticas sejam levadas ao exame do Poder Judiciário, enquanto que o ativismo judicial demanda que os juízes e tribunais prefiram participar da elaboração de decisões políticas a permitir que tais decisões fiquem sob o controle dos políticos e integrantes da administração pública.

5 Judicialização da Política e Ativismo Judicial no Brasil

Como se pode observar, as constituições contemporâneas, vistas como acervo de valores a serem respeitados por toda a sociedade, inclusive a Constituição Brasileira de 1988, permitem o processo de judicialização da política. Mas será que isto é suficiente para se afirmar que o processo de judicialização da política é uma realidade no Brasil?

Em seu artigo "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem", Ernani Rodrigues de Carvalho, baseando-se em estudos desenvolvidos por Neal Tate, faz uma análise das condições políticas que favorecem a propagação do processo de judicialização e verifica se, na realidade brasileira, é possível encontrar circunstâncias que permitam o desenvolvimento deste processo[20].

Aspectos como democracia, separação de poderes, direitos políticos, uso dos tribunais pelos grupos de interesse, uso dos tribunais pela oposição e inefetividade das instituições majoritárias foram levados em conta no modelo de Neal Tate para constatar um ambiente favorável à difusão da judicialização da política. Ao analisar referidos aspectos, Ernani Carvalho atesta que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro.

20 CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 23, Nov. 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 Abr. 2008. doi: 10.1590/S0104-44782004000200011.

Considerando que não é possível compatibilizar governos autoritários com a expansão do Poder Judiciário, tem-se que a democracia é condição necessária para o surgimento da judicialização. Inconteste é, portanto, a existência de uma das condições políticas apontadas por Tate, pois, há pelo menos vinte anos, o Brasil abandonou o modelo autoritário para avançar no regime político democrático.

Por ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, apresenta a separação de poderes como um de seus princípios fundamentais, previsto e garantido pela Constituição. A divisão dos poderes e seu funcionamento harmônico contêm em si tamanha importância que integram o rol das chamadas cláusulas pétreas da Constituição Brasileira.

Assim como a separação de poderes, os direitos políticos também são pressupostos de um Estado democrático, vez que dizem respeito ao "poder que dispõe o indivíduo para interferir na estrutura governamental, através do voto"[21]. Deste modo, também são formalmente reconhecidos pela Carta Magna Brasileira.

O uso dos tribunais pelos grupos de interesse é um importante aspecto a ser considerado, pois o desenvolvimento e a expansão dos direitos, em geral, até mesmo dos direitos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que obra de devoção de atores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos.[22] Para avaliar a participação dos grupos de interesse nas ações judiciais, Carvalho utiliza-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn's) e constata que 23,31% das ADIn's impetradas até junho de 2003 foram requeridas por confederações sindicais e entidades de classes. Tal constatação denuncia a busca recorrente dos grupos de interesse pelo amparo dos tribunais.

21 RUSSOMANO *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 345.

22 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *Op. cit.*, p. 30.

Para aferir o uso dos tribunais pela oposição, a mesma análise das ADIn's é utilizada e permite concluir que a participação da oposição na ampliação das demandas pelos tribunais também é uma realidade brasileira, pois 20,97% das ADIn's haviam sido impetradas pelos partidos de oposição.

Por fim, a inefetividade das instituições majoritárias que, no caso brasileiro, desde muito tempo é evidente. As instituições majoritárias são incapazes de atender às demandas sociais, sejam por inércia daqueles que as integram ou pela existência de reais impossibilidades de concretizarem as aspirações populares. Diante disso, não resta outra opção senão recorrer aos tribunais que, ao se sujeitarem à proibição do *non liquet*, têm por obrigação solucionar conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político.

Dessa forma, no caso do Brasil, é inegável o processo de expansão do Poder Judicial, sobretudo após a sua redemocratização e consequente promulgação da Constituição de 1988. Tem-se, portanto, que o Estado Brasileiro, além de possuir uma Constituição que permite a judicialização da política, apresenta condições políticas favoráveis ao gradativo crescimento das demandas que trazem à apreciação do Poder Judiciário questões de cunho político.

The Judiciary and Democracy in Brazil: the emergence of a "superpower"

Abstract

The present paper focuses a discussion about the expansion of the judiciary power in Brazil based upon the theory of separation of powers. Since the end of World War II, a new role has been historically constructed for the constitutional jurisdiction as a global scale. In Brazil, the advent of the Constitution in 1988 brought an ambitious definition for the role of judiciary power in the accomplishment of democracy and basic rights. From this process, an increasing jurisdictional performance is observed, demanding a redefinition of the idea of separation of powers. The judicialization of politics and judicial activism emerge in this context as a consequence of the approach between Law and Politics in response to contemporariy demands.

Key-words: Democracy. Constitutional Jurisdiction. Judicialization of Politics.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 29/06/2009.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB, 2000. 2v.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2001

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estud. av.**, São Paulo, v. 18, n. 51, ago. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 07 mai. 2009. doi: 10.1590/S0103-40142004000200007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, Nov. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 Abr. 2008

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul. 2004. Semestral. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2008.

SALDANHA, Nelson. **O poder legislativo**: separação de poderes. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1981. 2v.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência política. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Referência deste artigo

BARBOSA, Daniella Dutra de Almeida. O Poder Judiciário e a Democracia no Brasil: O Despontar de um "Superpoder". **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 183-202, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 15 abr. 2011. Aprovado em: 30 maio 2011.*

A análise do conteúdo das Súmulas Vinculantes do STF e a Realização de Preceitos Fundamentais

Danielle Alves da Costa Lucas
Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande.
Aluna da Pós-Graduação na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

Mauro Leonardo de Lima Berto
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande.
Aluno da Pós-Graduação na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

Resumo

Aparenta ser cada vez mais crescente a necessidade da humanidade em procurar decisões judiciais dotadas, efetivamente, de segurança jurídica, cujo manuseio atua como um instrumento à obtenção da justiça. Para tanto, analisa-se que desde os primórdios fez-se necessário reorganizar o poder, descentralizando-o, e tornando distintas as funções do Estado, a partir do paradigma da Tripartição de Poderes. Coube, então, ao Judiciário a responsabilidade de promover a justiça, decidindo a quem seria dada legitimação dos direitos em questão, levando-se em consideração preceitos fundamentais à harmonia social. Considerando-se as adaptações pelas quais passou a coletividade no transcorrer dos tempos, a fim de adequar-se às modificações econômicas, jurídicas e sociais, depara-se com a crise enfrentada pela contemporaneidade, no que se refere à tutela de direitos. No uso exacerbado de suas funções típicas e atípicas, o Poder Judiciário identificou a necessidade de suprir grande parte das omissões praticadas pelo Legislativo, a fim de assegurar o cumprimento de outros preceitos fundamentais, a exemplo da cidadania e do acesso à justiça. A ascensão do direito sumular caracteriza-se como solução a ser considerada para enfrentar a crise existente no direito moderno. O destaque dado ao Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal (STF), desde a edição da Emenda Constitucional nº. 45/2004, traduz o rompimento com a inércia do con-

servadorismo, ao irradiar os efeitos de suas decisões através de enunciados contidos em súmulas vinculantes. O conteúdo destes enunciados deveria atender, em regra, à realização de interesses condizentes com preceitos comprometidos em estruturar um Estado de Direito.

Palavras-chave: Súmulas Vinculantes. Cidadania. Acesso à justiça. Supremo Tribunal Federal.

1 Introdução

Respeitar a existência de determinados princípios e não ofuscar a reprodução de seus efeitos deve ser entendido como um dos principais acertos empreendidos no panorama evolutivo das decisões judiciais, que refletem diretamente no atual estágio de desenvolvimento em que se encontra a seara jurisprudencial, executada principalmente pela propagação de súmulas dotadas de efeitos vinculantes.

Paulo Roberto Soares Mendonça[1] faz uma alusão à idéia deixada por Chaim Perelman, ao afirmar que:

> Deve-se, então, encarar com alguma precaução a idéia de clareza da lei, de vez que ela é a expressão normativa de conceitos jurídicos, que podem apresentar um conteúdo flexível. Dessa forma, falar da clareza absoluta da lei é negligenciar a tarefa concretizadora dos conceitos jurídicos desempenhada pela jurisprudência. Ao relacionar conceitos com fatos, a partir da apreciação das provas produzidas em um processo, o juiz contribui para uma precisa determinação do conteúdo dos próprios conceitos e, consequentemente, para a formação de um significado institucionalmente aceito para a própria lei positiva. As decisões judiciais criam precedentes, que passam a servir de referência para o julgamento de casos similares no futuro, seguindo a regra de justiça de que casos semelhantes devem ser julgados da mesma maneira.

1 MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 286.

A criação de súmulas, especialmente as vinculantes que são editadas pelo Supremo Tribunal Federal, vem se destacando como um importante instrumento empregado na efetuação de garantias fundamentais, muitas vezes omitidos em dispositivos elaborados, anteriormente, pelo legislador ordinário. É pertinente observar que, para se efetivar essas garantias é necessário contribuir para a realização de princípios que permitam facilitar o acesso à justiça.

Cada ordem jurídica possui fundamentos que se comprometem em orientar o Estado a atingir seus fins almejados, visando suprir as necessidades mais comuns a toda a população.

Para que se possa praticá-los, devem ser considerados os efeitos que tais preceitos podem produzir no mundo externo, a exemplo da força de que a coletividade dispõe ao exercitar a cidadania como meio de alcançar precisões.

A decisão judicial passou a ser considerada, nos últimos tempos, como um direito fundamental de cidadania, característico de sociedades que lutam pela consolidação efetiva de um Estado Democrático de Direito. A soberania legislativa do Estado moderno não derroga a responsabilidade de decidir questões concretas. Daí que os poderes da República são independentes e harmônicos entre si.

Para que se cumpra seu verdadeiro fim, é preciso assegurar o respeito a antigos preceitos essenciais à manutenção da estrutura em que se encontram inseridos os poderes estatais, a exemplo da cidadania e da soberania, concomitantemente influenciando a estabilidade alcançada pela estrutura da Separação de Poderes.

A respeito da soberania, Michel Foucault[2] elucida que:

> Afirmar que a soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais implica, no fundo, dizer que o discurso e a técnica do direito tiveram basicamente a função de dissolver o fato da dominação dentro do poder para, em seu lugar, fazer aparecer duas coisas: por um lado, os direitos legítimos da soberania e, por outro, a obrigação legal da obediência. O sistema do direito é inteiramente centrado no rei e é, portanto, a eliminação da dominação e de suas conseqüências.

Conseguir-se a proeza do respeito às hierarquias de um ordenamento jurídico apresenta-se como um dos mais importantes desafios encontrados pela contemporânea humanidade. Reconhecer limites e compreender a garantia das fundamentações existentes na elaboração de uma Carta Política pode consistir no primeiro passo a ser considerado na busca de um Estado efetivamente de Direito.

Para tanto, é preciso também considerar a democracia como um dos ambientes mais propícios à aquisição dos objetivos programados e postos na Carta Política, posicionando-se como necessário e, concomitantemente, cabível de vigilância. Enuncia Alexandre de Moraes[3]:

> O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: primazia da lei; sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; observância obrigatória da legalidade pela administração pública; separação dos poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas dos cidadãos; reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia do despotismo político.

2 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p.181.

3 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 4.

Não é recomendável esperar para que a proteção estatal desempenhe com exclusividade a primazia em assegurar a resolução de litígios. Deve-se, portanto, alterar o estado de inércia em que se encontra a estrutura basilar do Estado, ao tornar possível que o mesmo se pronuncie ou instaure providências, a exemplo da emissão de decisões judiciais, que fazem migrar as dotações normativas para o âmbito de defesa de direitos.

2 A decisão judicial como direito fundamental de cidadania

O termo cidadania possui dilatada importância, por possuir uma conceituação mais ampla do que a costumeiramente utilizada, quando se limita apenas a interagir com direitos caracterizados como políticos.

José Afonso da Silva[4] apresenta-se como um dos juristas que percebem com mais magnitude a extensão do referido termo, no panorama jurídico brasileiro:

> A Cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexiona-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação da educação (art. 05), como base e meta essencial no regime democrático.

Deocleciano Torrieri Guimarães[5] também prevê o conceito jurídico da palavra cidadania, em seu Dicionário Técnico Jurídico:

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros 1999. p 108.

5 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel. p.162.

> Cidadania – Qualidade de cidadão, pessoa que está no gozo de seus direitos e deveres civis e políticos garantidos pela Constituição. É natural, quando se refere aos indivíduos nascidos do país; legal, se adquiridos por naturalização. Não se confunde com nacionalidade, ainda que essa seja pressuposto de cidadania. Ela é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania. À União compete, privativamente, legislar sobre nacionalidade, cidadania e naturalização (C.F., arts. 1º, II, 22, XIII).

Atualmente, a prática da cidadania inclui a busca pela tutela judicial para dirimir conflitos, deixando-se de utilizar a Autotutela, que representa um dos principais mecanismos utilizados anteriormente para solucionar lides. Ada Pelegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco[6] expõem as características dessa modalidade:

> Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou a si a *jus punitionis*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos e pessoas imparciais, independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se Autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.

6 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

É possível depreender, a partir dessas concepções, que o exercício da cidadania é de tal importância que o Estado deve fornecer o suporte necessário para que a mesma seja efetivamente alcançada.

2.1 Princípio da segurança jurídica

É possível que a fundamentação de tal princípio encontre-se amparada por um diagrama, em que se visa proteger direitos compatíveis com a ordem jurídica estabelecida. Distinguir a quem cabe, verdadeiramente, o cumprimento de deveres jurídicos e a possibilidade de ver-se recuperada a materialização de direitos violados, pode ser apontado como reflexo da inclusão do princípio da segurança jurídica na arquitetura jurisdicional brasileira.

Defensores da corrente que objetiva pôr fim a celeumas jurídicas, a partir da ratificação de que as decisões qualificadas como vinculantes devem ser adotadas com prioridade absoluta, reconhecem que a segurança jurídica reproduz-se como um dos meios destinados a atender a anseios da sociedade.

Uma das fortes tendências que se pode vislumbrar no cenário jurídico atual é o fato de se seguirem orientações contidas em fontes jurisprudenciais, mais precisamente disseminadas através de súmulas vinculantes, que emanam de interpretações realizadas por Tribunais, e que passam a servir de modelo na resolução de litígios a serem seguidos pelos magistrados. Estes acabam reproduzindo, apenas, posicionamentos outrora decididos, geralmente creditados devido à segurança jurídica que circunda tais enunciados.

2.2 O princípio da inafastabilidade da jurisdição

A Constituição Federal é clara ao assegurar a qualquer indivíduo que detectar a violação de seus direitos, ou sofrer com a ameaça iminente de sua lesão, a possibilidade de socorrer-se ao Poder Judiciário a fim de resguardá-los a partir dos efeitos da coisa julgada.

A previsão legal de tal tipo está contida no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Constitucional, cujo enunciado diz que "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Considera-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição como sendo de direito processual público subjetivo, por permitir o direito de ação e o acesso à justiça, de modo a garantir que o Poder Judiciário possa sanar conflitos que se amontoam perante o seio social.

Existem discussões que se propagam pela doutrina acerca da natureza jurídica em que se enquadra o direito de agir conferido ao cidadão. Porém, cumpre salientar que a maioria dos autores evidencia opiniões que tendem a caracterizar a ação como um direito tipicamente autônomo, uma vez que o mesmo pode ser exercido por si só, mesmo se não for real a existência de um direito material correspondente, por não haver interferência direta e antecipada no objeto de tal seara.

Embora a inafastabilidade da jurisdição reflita um princípio que possui bases históricas arraigadas no paradigma evolutivo do tempo, tal dissidência tem ampliado a abrangência de seu sentido, ao ser aplicado extensamente na contemporaneidade. Ao repelir a adoção da justiça feita pelas próprias mãos, o campo jurídico moderno já demonstra traços de que é preciso dotar de soberania um ente estatal que se especialize em fazer valer a justiça, muito além do que aplicar a lei meramente ao caso concreto.

A jurisdição deve concentrar seus esforços em torno de um dos seus objetos principais, que é preservar a aplicação de direitos e garantias fundamentais, ajustando às inovações contextuais advindas do percurso temporal. Cumpre-se atribuir ao juiz a inserção do direito material, na estrutura textual, de modo a legitimar tal tutela à praticidade processual, convergindo na mutação que torna concreto o que antes apenas se interpretava como normatividade abstrata.

Em regra, não se faz necessário provocar a jurisdição, no caso de a demanda já ter se resolvido através de acordos firmados entre as partes, ou se houver aceitação da supremacia do direito de um sobre outro. Misael Montenegro Filho[7] alude à percepção de que o atual suporte se molda nos fundamentos que edificam o Poder Judiciário:

> Na atualidade, o monopólio estatal apenas é afastado em situações excepcionalíssimas, previamente contempladas pela lei, como se dá, por exemplo, na realidade das questões possessórias, encontrando-se expressada no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, norma permissiva da atuação privada do ofendido, resolvendo – ele próprio – o litígio gerado com a invasão perpetrada em bem de que detinha a posse. [...] A função jurisdicional, tendo sido provocada, não pode ser negada pelo representante do ente estatal, visto que a sua atuação é determinada pela Carta Magna. A prestação da função jurisdicional é indeclinável, não se constituindo como mera faculdade, mas como dever. A atuação de tal ou qual magistrado para a solução do conflito de interesses atrela-se ao que foi determinado pelo comando constitucional, não podendo o magistrado indicado pelo Texto Maior declinar de sua competência, estabelecendo ele, ou a lei ordinária, outro juiz como o responsável pela solução esperada. Fosse possível a adoção dessa medida, estaríamos diante do denominado juízo ou tribunal de exceção, repudiado pelo inciso XXXVII do art. 5º da Carta Magna. O princípio a ser aplicado, em contraprestação a essa descabida situação jurídica, é o juiz natural.

7 FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.48.

Vale salientar que, diferentemente da França, no sistema jurídico brasileiro predomina o princípio da unidade da jurisdição, significando que ao indivíduo é dada a possibilidade de buscar a tutela do Poder Judiciário, mesmo que ainda não se tenha atingido a máxima recursal pela via administrativa.

No sistema francês, a adoção do princípio da dualidade da jurisdição consiste em permitir que subsistam em um mesmo ordenamento duas jurisdições: a administrativa e a comum. Esta atua com legitimidade para solucionar contendas na esfera da Administração Pública, enquanto o Judiciário, em quaisquer das hipóteses que ensejem a sua procura, é respeitado por a ele competir, exclusivamente, dotar uma decisão com o escopo característico de coisa julgada.

3 O poder de legislar do STF através das súmulas vinculantes

No Brasil, a ascensão da súmula de efeito vinculante passou a ocorrer a partir da Emenda Constitucional de nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, responsável pela conhecida Reforma do Judiciário. Porém, considera-se como limitados os efeitos oriundos dessa vinculação no Brasil, uma vez que apenas apresenta posições em relação à matéria constitucional.

Diferentemente, o sistema adotado nos Estados Unidos possui aplicação bem mais ampla, cuja vigência se baseia no *Common Law*, embora tal panorama tenha orientado ao modelo vinculativo no Brasil, mesmo sendo um país que adota o sistema *Civil Law*.

A razão que mais justifica adotar tal instituto, no ordenamento jurídico pátrio, objetiva tornar mais célere a demanda processual, aglutinada no trabalho desempenhado pelos Tribunais Superiores, de maneira a facilitar o acesso à justiça a cada cidadão. Já no contexto norte-americano, em que depositam suas origens, a idéia central firma-se em tornar uniformes as decisões judiciais, de modo que se criem modelos de interpretação acerca de conteúdos inerentes às mais diversas áreas, não se limitando a apresentar posicionamentos apenas no âmbito constitucional.

Entende-se que as primeiras discussões acerca da inserção da súmula vinculante no Brasil deram-se através do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 96/92, de autoria do deputado Hélio Bicudo, no qual a abordagem específica a tal tema foi atribuída ao deputado Luiz Antônio Fleury. Após ser parcialmente aprovada na Câmara dos Deputados, a PEC 96/92 passou a ser analisada no Senado Federal.

Posteriormente, entrou na pauta de tramitação no Congresso Nacional outro projeto de emenda constitucional, intitulado PEC 54/95, que baseou sua fundamentação no texto que previa alterar o enunciado do art. 102, § 2º da Constituição Federal, permitindo que as decisões judiciais em forma de súmulas produzissem efeitos contra todos. Tal projeto possuía como autor o Senador Ronaldo da Cunha Lima, e apresentou características semelhantes ao projeto do Deputado Jairo Carneiro, considerado mais abrangente e que viria a ser aprovado em 1996.

Ambos os projetos apresentavam alguns objetivos comuns, dentre os quais: diminuir a demanda acentuada de processos, facilitar o acesso das camadas menos favorecidas ao Judiciário brasileiro e tornar harmônicas as decisões jurisprudenciais na seara constitucional.

Porém, foi com a emenda Constitucional nº 45/ 2004, acrescentando à Constituição Federal de 1988 o artigo 103-A, que houve a instituição definitiva da Súmula com efeito vinculante na ordem jurídica brasileira. Conforme o enunciado do referido artigo, tem-se que[8]:

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

Art. 103 – A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida na lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Permite-se inferir que o objeto das súmulas deve girar em torno de fatos reiteradamente debatidos, visando sinalizar tendências que os direcionem à unidade jurisprudencial. Para tanto, é necessário o amadurecimento dos posicionamentos, a fim de que a segurança jurídica garanta a estabilidade dos enunciados.

Embora, hodiernamente, a súmula seja considerada como um dos instrumentos mais estáveis dentre os mecanismos utilizados pela prática judicial, ainda é possível perceber certa resistência no que se refere ao seu uso, tanto por determinada parcela da seara advocatícia, como por representantes da magistratura.

Desde a implantação do direito sumular no Brasil, onde os primeiros passos foram norteados pelo Ministro Victor Nunes Leal, ex-membro do Supremo Tribunal Federal, ao se inserir a Súmula de Jurisprudência Predominante no referido Tribunal, tem-se visto que muitos aplicadores do direito preferem continuar seguindo interpretações mais livres, a se curvar a novos posicionamentos advindos da necessidade de efetivar o direito pela decisão judicial.

Atualmente, a temática relacionada ao poder de legislar através de decisões vinculantes, conferido ao STF, ainda é motivo de inúmeras controvérsias, que se prolongam por intermináveis debates, defendidos de um lado por quem considera benéficos os efeitos vinculantes dessa espécie de súmula, e do outro por quem as condena, qualificando-as como usurpadoras de funções atribuídas a outros Poderes.

Interpretar, coerentemente, o sentido que se encontra inserido em normas jurídicas pode ser destacado, também, com um dos preceitos que auxiliam a anunciar o objeto de súmulas vinculantes, desde que se possa atribuir-lhes a eficácia e garantir os meios de atingir-se a validade e a correta interpretação dos semelhantes enunciados.

A fim de que se possa construir o acolhimento da exteriorização contida em seu conteúdo, o desrespeito a decisões perpetradas por súmulas vinculantes editadas pelo STF pode gerar consequências extremas, a exemplo da anulação de atos administrativos e de decisões judiciais, fluindo então novas decisões, mesmo que se afastem posicionamentos diretamente sumulares.

4 Uma apreciação analítica das súmulas vinculantes e a realização de preceitos fundamentais no panorama jurídico brasileiro

Analisando-se o histórico da edição de súmulas vinculantes, no Brasil, após a edição da emenda 45/2004, identificou-se que, até meados de fevereiro de 2010, havia sido homologada a edição de trinta e uma súmulas vinculantes, por meio de decisões ajustadas pelo STF.

De acordo com os dados, no ano de 2007 foram editadas as três primeiras súmulas, cujo número passou a progredir no decorrer dos anos posteriores. Em 2008, foram editadas mais dez súmulas e, em 2009, os trabalhos da Suprema Corte se encerraram após a elaboração de mais quatorze súmulas. Já no presente ano, tomando por base a data de 17 de fevereiro de 2010, tinha-se editado quatro súmulas com efeito vinculante, somando-se um total de trinta e um enunciados decididos pelo Supremo Tribunal Federal.

Na realidade, a busca constante pelo Estado Democrático de Direito é um importante colaborador para que se possa utilizar, demasiadamente, o controle concentrado realizado pelo STF como tutor de direitos emergentes, mas também como garantidora da segurança jurídica no sistema do direito.

Daí nasce a ascensão das súmulas vinculantes como um mecanismo notoriamente regulador de carências jurídico-sociais e que passa a despontar, principalmente, através de repetidas decisões, que projetam efeitos de coisa julgada. Evidencia-se, então, como nascedouro dos pactos jurisprudenciais que vinculam suas finalidades primitivas, discussões acerca da constitucionalidade ou não de normas legais contidas na Carta Magna.

4.1 As primeiras 31 súmulas vinculantes do STF

Com o fim de traçar o cenário jurídico em que se vêm inserindo, atualmente, as súmulas com efeito de caráter vinculante, faz-se necessário analisar quais searas da sociedade estão sendo mais beneficiadas com a edição desses enunciados.

Não se pode negar que os interesses do Estado parecem ser prontamente atendidos a partir da elaboração de algumas súmulas, que visam assegurar, dentre outros artifícios, a estabilidade orçamentária do Poder Público. Além do mais, o meio social contemporâneo despertou para exigir respeito a princípios fundamentais, como aqueles advindos da dignidade da pessoa humana, que evocam a determinação em buscar o Estado Democrático de Direito.

A primeira súmula a ser editada tem por objeto atribuir validade a uma cláusula de adesão, que consiste em fazer com que o titular de uma conta vinculada de FGTS renuncie à sua pretensão em ingressar na Justiça, com o intuito de solicitar a atualização da referida conta. Tal súmula originou-se de proposta "ex officio", nos termos do art. 2º, caput, da Lei 11.417/06.

Conforme posição defendida pelo STF, afastar de ofício um ato jurídico perfeito viola importantes preceitos, a exemplo da garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988, que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, como se subentende do enunciado honrado pela Suprema Corte[9]:

> Súmula Vinculante nº. 1: Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes 1 a 29 e 31**. Disponível em <www.stf.jus.br> acessado em 16/10/2010.

O fato de permitir certa discricionariedade judicial, a partir da aplicação da referida súmula ao caso concreto, pode não dotar de segurança o objeto inserido no instituto sumular.

O enunciado da segunda súmula com efeito vinculante, editada pelo STF, exterioriza o seguinte diálogo: "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias".

Verifica-se, então, que tais dizeres penetram na esfera que determina a competência legal de cada ente federativo, uma vez que grande parte das ações impetradas no STF possui como sujeito passivo a União.

Contrariando o que está contido no sentido literal do art. 103-A da Carta Constitucional, subentende-se que essa espécie de súmula pode vincular a atitude tomada por órgãos do Poder Legislativo, além do próprio STF. Deve-se isto ao fato de tais órgãos atuarem, atipicamente, ao desempenhar função administrativa. A decisão que analisa a legalidade de ato administrativo elimina o contraditório e a ampla defesa nas hipóteses em que o litígio é julgado pelo Tribunal de Contas da União, como explicita o enunciado[10]:

> Súmula Vinculante nº. 3 – Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

O enunciado sumular nº 4 se dedica a ampliar a pretensão almejada pela Fazenda Pública, especificamente restringindo o alcance das prerrogativas salariais de servidores públicos, ao ratificar que[11]: "salvo nos

10 Id. Ibid.

11 Id. Ibid.

casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial".

Da mesma forma que a súmula vinculante nº 03, o quinto enunciado do STF também disciplina a amplitude do princípio do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares (PAD), ao inferir que: "A falta de defesa técnica por advogados no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

Dando continuidade aos fins almejados por outros enunciados sumulares, a exemplo do dispositivo vinculante nº. 4, essa sexta súmula contribui para esclarecer vedações em relação ao uso do salário mínimo como indicador de aumento de gratificações destinadas ao servidor público. Ao dizer que: "Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial", essa proposição faz incidir uma exceção ao salário mínimo, restringindo-se agora em relação ao servidor militar.

A sétima súmula elaborada pela Suprema Corte teve o intuito de ratificar a eficácia limitada da referida norma constitucional, revogada pela Emenda Constitucional. Assim, só poder-se-ia garantir a eficácia de tal dispositivo a partir da edição de uma lei complementar, fazendo com que as relações jurídicas não pudessem ser privilegiadas por previsões constitucionais que possuíam eficácia imediata.

Contrariando o entendimento da doutrina majoritária, o plenário do STF declarou, em 11 de junho de 2008, a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que consideravam em 10 anos prescrição das contribuições da seguridade social, assim como o parágrafo único do art. 5º do decreto-lei 1.569/77, que versava sobre a suspensão do prazo prescricional nas execuções fiscais consideradas de baixo valor. O enunciado da oitava súmula traduz que: "São inconstitucionais o

parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

A sessão plenária do dia 12 de junho de 2008, realizada no STF, foi marcada pela aprovação do teor da súmula vinculante nº. 9, que expressa o seguinte: "O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58". A população carcerária brasileira é considerada como a verdadeira destinatária do conteúdo disciplinado na criação de tal súmula.

Na sessão do dia 18 de junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal aprovou a sua décima súmula vinculante, que contém o seguinte enunciado:

> Súmula Vinculante nº. 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

Conhecida no cotidiano jurídico brasileiro como "súmula das algemas", tal instituto tem provocado inúmeros debates que se propagam pela sociedade, que se divide entre a composição de um conceito iminente de punibilidade, e a preservação da dignidade da pessoa humana, mesmo quando se encontre diante da restrição de direitos.

O texto da súmula exterioriza que[12]:

> Súmula Vinculante nº. 11: Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada

12 Id. Ibid.

> a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A décima segunda súmula vinculante foi editada visando disciplinar as relações entre indivíduos que atuam na educação superior pública, como expressa seu enunciado: "A cobrança de taxa de matrícula nas Universidades Públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal." Desse modo, eleva-se a consagração do princípio da cidadania ao permitir o acesso ao ensino superior sem que se possa exigir quaisquer ônus de conteúdo financeiro.

A Súmula Vinculante de nº. 13 veda a prática do nepotismo no âmbito dos três poderes constituídos, como confirma o seu enunciado[13]:

> Súmula Vinculante nº. 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Visando tornar mais eficaz um dos elementos constitucionais mais importantes na busca pelo efetivo Estado de Direito, qual seja a publicidade, o STF editou a súmula vinculante nº 14, com o objetivo de constar em seu bojo a excelência através do seguinte anúncio: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

13 Id. Ibid.

O enunciado da Súmula Vinculante nº 15 diz que: "O cálculo de gratificações e outras vantagens não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo do servidor público". Já o teor da súmula nº 16 expressa que: "Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público".

É possível perceber que os enunciados das súmulas acima possuem uma literalidade clara, necessitando apenas ressaltar que o teor da nº 16 evidencia que o objetivo era sufocar um entendimento defendido por muitos tribunais de justiça e prestigiado também por certos tribunais trabalhistas, no sentido de que o vencimento do servidor não pode ser inferior ao mínimo. O STF esclarece, portanto, que é a remuneração, constituída pela soma do vencimento com as vantagens, que não pode ser inferior ao salário mínimo.

O dispositivo vinculante nº. 17 evidencia que: "Durante o período previsto no parágrafo primeiro do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos". Mais uma vez, percebe-se que a edição da referida súmula tem por finalidade envolver interesses da Fazenda Pública, como bem destaca Marcelo Gatto Spinardi [14]:

> A súmula em questão regula a temática dos juros da mora nas execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública pela via dos precatórios. Nos termos do § 1º do art. 100, as sentenças transitadas em julgado constantes de precatórios apresentados até 01 de julho deverão ser pagas até o final do exercício seguinte. Durante esse intervalo, não incidem juros moratórios, pois, na ótica do STF, não há inadimplemento por parte dos entes públicos, os quais apenas estão exercendo uma faculdade que a Constituição lhes outorga para racionalizar os pagamentos. Contudo, a súmula não trata da situação em que, vencido o término do exercício seguinte, não há o pagamento. Para muitos juízes e tribunais, o caso acarreta o pagamento retroativo dos juros. Logo, essa interpretação não viola a súmula.

14 SPINARDI, Marcelo Gatto. Comentário à Súmula Vinculante n. 13. Disponível em: <www.sosconcurseiros.com.br> acessado em: 22/10/2010.

Em relação ao enunciado encontrado na súmula vinculante nº 18, tem-se: "A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal". Desse modo, o enunciado visa evitar que cônjuges políticos simulem separações com o intuito de burlar as regras de inelegibilidade previstas no citado dispositivo constitucional.

Enuncia a súmula nº. 19: "A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da CF." Tal proposição permite interpretar que os serviços de coleta de lixo domiciliar são considerados pelo Supremo Tribunal Federal como sendo específicos e divisíveis, podendo ensejar a cobrança de taxas, nos termos do art. 145, II, da CF, refletindo matéria de competência municipal acerca de sua arrecadação tributária, e que se encontra previsto no dispositivo constitucional.

A vigésima súmula editada pelo STF também se dedica a tratar de direitos concernentes a servidores públicos, mais especificamente em relação à paridade entre servidores ativos e servidores inativos, no que se refere ao recebimento da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA.

A súmula nº. 21 torna evidente que: "É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo". Anteriormente à edição dessa proposição, o entendimento que predominava no STF defendia a validade dessas exigências prévias, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não consolidou o direito ao duplo grau de jurisdição.

As súmulas vinculantes nº. 22 e 23, editadas pelo STF, tratam de matéria cuja competência comum é atribuída à Justiça do Trabalho. Tem-se o enunciado nº. 22[15]:

15 Id. Ibid.

> Súmula Vinculante nº. 22: A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

Com a mesma clareza peculiar, a súmula nº. 23 possui seus efeitos exteriorizados através do seguinte enunciado: "A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada".

O enunciado da súmula vinculante nº. 24 se dedica a explanar matéria referente a crimes tributários. Para tanto, argumenta o STF que é necessário exaurir as vias administrativas para que se possa identificar essa modalidade criminal, como visa transparecer o pronunciamento "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

A matéria tratada na vigésima quinta súmula editada pela Suprema Corte passou a ser considerada necessária, a partir da repercussão internacional de temáticas referentes à prisão civil. Os dizeres do enunciado elaborado pelo STF sintetizam o seu posicionamento: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

A temática encontrada na súmula vinculante nº. 26 trata do novo revestimento a que se submete a incidência dos crimes hediondos. O enunciado da referida súmula aponta que[16]:

16 Id. Ibid.

> Súmula Vinculante nº. 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

O STF elaborou a vigésima sétima súmula vinculante com o fim de determinar que a competência para o julgamento de ações entre consumidor e concessionária de serviço de telefonia só será da competência da Justiça Federal, caso a Anatel figure como parte interessada, seja como litisconsorte passiva, assistente ou opoente. Caso não se verifique essa incidência, considerar-se-á como competente a Justiça Estadual.

Em relação ao enunciado contido na súmula vinculante nº 28, tem-se que: "É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário".

Mais uma matéria destinada a disciplinar a relação entre o poder de tributar do Estado e os contribuintes pode ser percebida através da edição da súmula vinculante nº 29 pelo STF, cujo enunciado demonstra que: "É constitucional a adoção no cálculo do valor de taxa de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra."

A edição da súmula vinculante nº. 30 apresentou o seguinte enunciado: "É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos municípios". O enunciado dessa súmula teve seu efeito vinculante suspenso, a partir da sessão plenária do dia 04 de fevereiro de 2010, devido a uma questão de ordem levantada pelo ministro José Antonio Dias Toffoli.

Já a súmula vinculante nº. 31 se especializou mais uma vez em disciplinar matéria referente ao poder de tributar do Município, como se vislumbra de seu enunciado: "É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis." A justificativa mais plausível acerca da edição dessa súmula se baseia no fato de a locação não caracterizar uma prestação de serviços.

4.2 Uma análise sintética do conteúdo das súmulas vinculantes

Em regra, as súmulas vinculantes foram criadas para interpretar institutos normativos de maneira restritiva, porém se percebe que alguns enunciados traduzem o atendimento a determinados interesses da dinâmica social, refletindo em garantias que discutem a ampliação de determinados direitos.

Após visualizar-se detalhadamente o conteúdo de trinta e um enunciados inerentes às primeiras súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário apreciar sob outro prisma, de uma maneira mais sintética, a identificação das searas mais beneficiadas ou prejudicadas com os pronunciamentos externados pela Suprema Corte, de um modo geral. Também é oportuno perceber quais as tendências que o STF costuma adotar para que os seus posicionamentos sumulares contribuam para a realização dos preceitos fundamentais, especialmente o da cidadania e do acesso à justiça.

Segue a referida análise a partir do conteúdo inserido no quadro a seguir:

SÚMULA VINCULANTE Nº.	PRINCÍPIOS AMPLIADOS ou RESTRINGIDOS	ÁREA DE DISCUSSÃO (*)	PRECEITO FUNDAMENTAL ATENDIDO
1	Amplia o Ato Jurídico Perfeito, Direito Adquirido e a Coisa Julgada	Previdenciário / Trabalho	Acesso à Justiça
2	Restringe o Pacto Federativo	Constitucional	Cidadania
3	Amplia o Contraditório e a Ampla Defesa	Processual	Acesso à Justiça
4	Restringe direitos sociais (Salário Mínimo)	Administrativo / Trabalho	Cidadania
5	Restringe o Contraditório e a Ampla Defesa no PAD	Administrativo	Acesso à Justiça
6	Restringe direitos sociais (Salário Mínimo)	Trabalho	Cidadania
7	Restringe a Legalidade	Tributário / Financeiro	Acesso à Justiça
8	Amplia a Legalidade, a prescrição e a Decadência	Tributário	Acesso à Justiça
9	Amplia a liberdade individual	Penal	Cidadania
10	Amplia a Cláusula de Reserva de Plenário	Processual	Acesso à Justiça
11	Amplia a liberdade individual	Processual Penal	Cidadania
12	Amplia direitos sociais (ensino gratuito)	Civil	Cidadania

Já a súmula vinculante nº. 31 se especializou mais uma vez em disciplinar matéria referente ao poder de tributar do Município, como se vislumbra de seu enunciado: "É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis." A justificativa mais plausível acerca da edição dessa súmula se baseia no fato de a locação não caracterizar uma prestação de serviços.

4.2 Uma análise sintética do conteúdo das súmulas vinculantes

Em regra, as súmulas vinculantes foram criadas para interpretar institutos normativos de maneira restritiva, porém se percebe que alguns enunciados traduzem o atendimento a determinados interesses da dinâmica social, refletindo em garantias que discutem a ampliação de determinados direitos.

Após visualizar-se detalhadamente o conteúdo de trinta e um enunciados inerentes às primeiras súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário apreciar sob outro prisma, de uma maneira mais sintética, a identificação das searas mais beneficiadas ou prejudicadas com os pronunciamentos externados pela Suprema Corte, de um modo geral. Também é oportuno perceber quais as tendências que o STF costuma adotar para que os seus posicionamentos sumulares contribuam para a realização dos preceitos fundamentais, especialmente o da cidadania e do acesso à justiça.

Segue a referida análise a partir do conteúdo inserido no quadro a seguir:

SÚMULA VINCULANTE Nº.	PRINCÍPIOS AMPLIADOS ou RESTRINGIDOS	ÁREA DE DISCUSSÃO (*)	PRECEITO FUNDAMENTAL ATENDIDO
1	Amplia o Ato Jurídico Perfeito, Direito Adquirido e a Coisa Julgada	Previdenciário / Trabalho	Acesso à Justiça
2	Restringe o Pacto Federativo	Constitucional	Cidadania
3	Amplia o Contraditório e a Ampla Defesa	Processual	Acesso à Justiça
4	Restringe direitos sociais (Salário Mínimo)	Administrativo / Trabalho	Cidadania
5	Restringe o Contraditório e a Ampla Defesa no PAD	Administrativo	Acesso à Justiça
6	Restringe direitos sociais (Salário Mínimo)	Trabalho	Cidadania
7	Restringe a Legalidade	Tributário / Financeiro	Acesso à Justiça
8	Amplia a Legalidade, a prescrição e a Decadência	Tributário	Acesso à Justiça
9	Amplia a liberdade individual	Penal	Cidadania
10	Amplia a Cláusula de Reserva de Plenário	Processual	Acesso à Justiça
11	Amplia a liberdade individual	Processual Penal	Cidadania
12	Amplia direitos sociais (ensino gratuito)	Civil	Cidadania

Já a súmula vinculante nº. 31 se especializou mais uma vez em disciplinar matéria referente ao poder de tributar do Município, como se vislumbra de seu enunciado: "É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis." A justificativa mais plausível acerca da edição dessa súmula se baseia no fato de a locação não caracterizar uma prestação de serviços.

4.2 Uma análise sintética do conteúdo das súmulas vinculantes

Em regra, as súmulas vinculantes foram criadas para interpretar institutos normativos de maneira restritiva, porém se percebe que alguns enunciados traduzem o atendimento a determinados interesses da dinâmica social, refletindo em garantias que discutem a ampliação de determinados direitos.

Após visualizar-se detalhadamente o conteúdo de trinta e um enunciados inerentes às primeiras súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário apreciar sob outro prisma, de uma maneira mais sintética, a identificação das searas mais beneficiadas ou prejudicadas com os pronunciamentos externados pela Suprema Corte, de um modo geral. Também é oportuno perceber quais as tendências que o STF costuma adotar para que os seus posicionamentos sumulares contribuam para a realização dos preceitos fundamentais, especialmente o da cidadania e do acesso à justiça.

Segue a referida análise a partir do conteúdo inserido no quadro a seguir:

SÚMULA VINCULANTE Nº.	PRINCÍPIOS AMPLIADOS ou RESTRINGIDOS	ÁREA DE DISCUSSÃO (*)	PRECEITO FUNDAMENTAL ATENDIDO
1	Amplia o Ato Jurídico Perfeito, Direito Adquirido e a Coisa Julgada	Previdenciário / Trabalho	Acesso à Justiça
2	Restringe o Pacto Federativo	Constitucional	Cidadania
3	Amplia o Contraditório e a Ampla Defesa	Processual	Acesso à Justiça
4	Restringe direitos sociais (Salário Mínimo)	Administrativo / Trabalho	Cidadania
5	Restringe o Contraditório e a Ampla Defesa no PAD	Administrativo	Acesso à Justiça
6	Restringe direitos sociais (Salário Mínimo)	Trabalho	Cidadania
7	Restringe a Legalidade	Tributário / Financeiro	Acesso à Justiça
8	Amplia a Legalidade, a prescrição e a Decadência	Tributário	Acesso à Justiça
9	Amplia a liberdade individual	Penal	Cidadania
10	Amplia a Cláusula de Reserva de Plenário	Processual	Acesso à Justiça
11	Amplia a liberdade individual	Processual Penal	Cidadania
12	Amplia direitos sociais (ensino gratuito)	Civil	Cidadania

13	Restringe a Impessoalidade e a Moralidade da Administração Pública	Administrativo	Cidadania
14	Amplia a Publicidade no Sistema Acusatório	Penal	Acesso à Justiça
15	Amplia direitos sociais (Salário Mínimo)	Administrativo	Cidadania
16	Amplia direitos sociais (Salário Mínimo)	Administrativo	Cidadania
17	Restringe o direito à correção monetária em precatórios.	Processual	Cidadania
18	Restringe a Impessoalidade e a Boa-fé na Administração Pública	Eleitoral	Cidadania
19	Amplia o direito do Fisco	Tributário	Cidadania
20	Amplia direitos sociais	Administrativo	Cidadania
21	Amplia o acesso à justiça	Administrativo	Acesso à justiça
22	Amplia direitos sociais (deveres do empregador)	Processual do Trabalho	Acesso à Justiça
23	Amplia o direito de greve	Trabalho	Acesso à Justiça
24	Restringe a Incidência Tributária	Tributário	Cidadania
25	Amplia a liberdade individual	Processual Civil	Cidadania
26	Amplia a liberdade individual	Penal	Cidadania

27	Restringe o acesso à justiça	Consumidor	Acesso à Justiça
28	Amplia o acesso à justiça	Tributário	Acesso à Justiça
29	Amplia a Incidência Tributária	Tributário	Cidadania
30	Eficácia Suspensa	-	-
31	Restringe a Incidência Tributária	Tributário	Cidadania

(*) Um dos requisitos previstos no art. 103-A para a edição de súmulas vinculantes é que estas devem versar sobre matéria constitucional, desse modo cada seara encontra-se cumulada com o Direito Constitucional, disciplinando o conteúdo de cada súmula vinculante enumerada.

5 Conclusão

Inicialmente, tornou-se evidente que a decisão judicial possui um papel fundamental no transcorrer histórico que culminou no surgimento do direito. A norma legal, propriamente dita, nasceu da necessidade de consolidar regras advindas de pronunciamentos jurisprudenciais.

Atualmente, percebe-se a existência de práticas no ordenamento jurídico pátrio que tendem a resgatar princípios e mecanismos utilizados no passado, para que se possa enfrentar turbulências vivenciadas pela sociedade contemporânea, oriundas do pragmatismo estatal, cuja disposição judiciária contribui, demasiadamente, para tornar instável a pretensão de tutelar direitos.

Assim, ganha respaldo a ascensão do direito sumular como garantidor da inviolabilidade de direitos fundamentais, e cujo respeito resulta na aquisição dos objetivos almejados pelo Estado Democrático de Di-

reito. Percebe-se que as súmulas que se irradiam pela ordem jurídica brasileira exteriorizam sua atuação devido aos importantes fundamentos advindos das antigas decisões judiciais, deixadas como um legado a ser transmitido a futuras gerações, a fim de que se possa orientar a aquisição da pacífica convivência humana.

É pertinente a percepção a respeito da seriedade que deve enlaçar a edição de uma súmula que produza efeitos que vinculem ações da administração pública e dos demais órgãos do Judiciário. Os prejuízos oriundos da omissão legislativa em executar suas funções típicas geram a necessidade de o Poder Judiciário, especialmente o STF, dotar de segurança jurídica suas interpretações a respeito de normas legais, com o fim de suprir lacunas, e de modo que se possa atender a anseios sociais.

Desse modo, perceber a importância que envolve princípios e valores fundamentais, como a cidadania e o livre acesso à justiça, é essencial para que se possa alcançar os objetivos que motivam a criação do Poder Judiciário como o ente responsável por resguardar os direitos, a quem cabe, efetivamente, ser considerado como justo.

A content analysis of the binding precedents of the Supreme Court and the Realization of Fundamental Precepts

Abstract

Appears to be increasingly common humanity's need to seek judicial decisions effectively gifted legal certainty, which acts as a management tool for the attainment of justice. It analyzes that from the beginning it was necessary to reorganize the power, decentralizing it and making distinct functions of the state, from the paradigm of the tripartite division of powers. It fell then to the judiciary the responsibility to promote justice, deciding who would be given legitimacy of the rights in question, taking into consideration the fundamental precepts of social harmony. Considering the changes it underwent in the community passing of time in order to adapt to economic changes, legal and social, is faced with the crisis faced by contemporary society, with regard to the protection of rights. Exacerbated in the use of its functions typical and atypical, the judiciary has identified the need to address many of the omissions committed by the Legislature in order to ensure compliance with other fundamental principles, such as citizenship and access to justice. The rise of the right emulates characterized as a solution being considered to address the crisis in modern law. The prominence given to the judiciary, specifically the Supreme Court (STF), since the passage of Constitutional Amendment. 45/2004 represents a break with the inertia of conservatism, to radiate the effects of their decisions through statements contained in binding precedents. The content of these statements should serve as a rule, the holding of interests in keeping with the precepts committed to designing a rule of law.

Key-words: Binding precedents. Citizenship. Access to justice. Supreme Court.

Referências

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Noticias. Disponível em :<www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 out.2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros 1999.

SPINARDI, Marcelo Gatto. **Comentários à súmula vinculante n. 5**. Disponível em: <www.sosconcurseiros.com.br>. Acesso em: 23 out. 2010.

Referência deste artigo

LUCAS, Danielle Alves da Costa. BERTO, Mauro Leonardo de Lima. A análise do conteúdo das Súmulas Vinculantes do STF e a Realização de Preceitos Fundamentais. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 203-232, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 16 mar. 2011. Aprovado em: 3 maio 2011.*

Crimes cibernéticos: a obrigatoriedade do registro de acesso à internet como forma de possibilitar a identificação do criminoso

Danielle Novaes de Siqueira Valverde
Gerente de Tecnologia da Informação da Secretaria de Defesa Social. Mestre em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Tecnologias da Informação (UFPE). Especialista em Análise de Sistemas (Iteci). Especialista em Direito Processual Penal (UFPE). Especialista em Direito Público (Esmape). Bacharela em Direito. Bacharela em Ciência da Computação.

Resumo

Este artigo apresenta um estudo sobre o cenário atual do ordenamento jurídico pátrio no que se refere à obrigatoriedade do armazenamento dos registros de acesso dos usuários à rede mundial de computadores – internet, pelos provedores de acesso e estabelecimentos que comercializam a locação de terminais de computadores para acesso à rede, como lan houses e cybercafés. O desafio ao estado tem sido compatibilizar a necessidade de dotar o espaço cibernético de regras de acesso com a cultura da internet, baseada na liberdade de expressão e de uso, valorização do anonimato, explicados principalmente pela sua origem e crescimento desordenado. A internet não tem dono; é um caos que tenta se organizar sobre padrões. É sob essa plataforma desordenada e confusa, supranacional, sem fronteiras, que o cibercriminoso se esconde para aliciar menores, traficar drogas, armas e seres humanos, incitar a prática de terrorismo, racismo, invadir contas bancárias e desviar riquezas. Em nível nacional, são louváveis as iniciativas locais para estabelecer mecanismos de identificação dos acessos à grande rede. No entanto, pecam pela abrangência territorial limitada às fronteiras estaduais e, em alguns casos, municipais, bem como pela previsão de punição apenas a proprietários de estabelecimentos que permitem acessos à Internet por meio de suas redes de computadores, como *lan houses* e *cybercafés*, deixando de alcançar os provedores de acesso. Os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional já não refletem as necessidades atuais do combate ao crime cibernético, carecendo de modernização conceitual e abrangência que supere a velocidade do avanço da tecnologia.

Palavras-chave: Cybercrime. Internet. Provedor de acesso. Direito informático.

1 Introdução

Este trabalho tem por objetivo apresentar uma análise acerca da obrigatoriedade da guarda dos registros de acesso dos usuários à internet, como forma de possibilitar a identificação de autores de crimes praticados por meio desta, tornando o anonimato exceção e não regra, na rede mundial de computadores.

A internet nasceu sob o manto da desorganização, da falta de limites, da ausência de semântica. Equipara-se a uma nuvem, uma massa amorfa, sem dono. A magia da explosão mundial deve-se justamente a esse fator que, aliado a padrões abertos estabelecidos pelos protocolos do conjunto *Transmission Control Protocol / Internet Protocol* (TCP/IP), possibilitaram a comunicação entre redes de computadores heterogêneas, originando uma imensa "torre de babel" de tecnologias, em nível mundial.

Utiliza-se a internet para publicar assuntos de relevante interesse público (lei, constituições de diversos países, resultados de pesquisas científicas), discussões inúteis (como a que se debruça sobre o sabor do *catchup* da *Mc Donald's*, e tantos outros), como também para praticar crimes (lavagem de dinheiro, ações terroristas, negociações relacionadas a tráfico de drogas, de pessoas e de armas, dentre outras formas de criminalidades modernas).

Os desafios, nesse contexto, são muitos. Envolvem cooperação internacional, legislação supranacional, competência, cultura. Estabelecer mecanismos internos que disciplinem o uso da internet é apenas uma questão entre tantas outras necessárias a viabilização da persecução criminal nos casos de crimes cibernéticos. A Convenção de Budapeste sobre o *cybercrime* refletiu o nível de preocupação das nações com essas novas modalidades criminosas.

Apesar do avanço da tecnologia, do surgimento frequente de novos recursos e aplicativos na internet, os legisladores, juristas e doutrinadores brasileiros caminham a passos lentos na direção da construção de normas que alcancem o *cybercrime*, possibilitando maior eficácia na investigação criminal.

É nessa lacuna onde se insere este trabalho, que visa contribuir com as discussões acerca da obrigatoriedade da guarda dos registros de acesso à internet, por parte de todas as instituições que participem de sua disponibilização.

Este artigo foi estruturado de forma a apresentar inicialmente os principais conceitos relativos à internet, para, em seguida, abordar os modelos de tratamento dos registros de *logs* em outros países, nas normas vigentes no Brasil, e nos projetos de mudança na legislação pátria.

2 Internet: a rede mundial de redes de computadores

A Internet foi concebida inicialmente para atender a fins militares do governo norteamericano.

No final da década de 60, quando o mundo vivia sob ameaça constante de uma guerra fria, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos (ARPA) patrocinou uma pesquisa, envolvendo universidades e centros de pesquisas norte-americanos, cujo objetivo principal era desenvolver uma rede de comunicação confiável entre centros militares de comando e controle que garantisse que as conexões permanecessem intactas enquanto os computadores de origem e de destino estivessem funcionando, mesmo que algumas máquinas intermediárias deixassem de operar repentinamente. Por essa razão, era preciso criar uma arquitetura flexível, capaz de se adaptar a aplicações com necessidades divergentes, como por exemplo, a transferência de arquivos e a transmissão de dados e voz em tempo real, usando a malha física de telefonia já existente.

Ademais, outro desafio se impunha aos pesquisadores: fazer com que as redes de computadores das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), com arquiteturas completamente diferentes e incompatíveis entre si, tivessem a capacidade de se comunicar e interagir.

O resultado das pesquisas foi apresentado em dezembro de 1969: uma rede experimental, batizada como Arpanet, que interligava quatro universidades norte-americanas: Universidade da Califórnia, em Los Angeles; Universidade da Califórnia, em Santa Bárbara; Universidade de Stanford e Universidade do Utah, em Salt Lake City (TANENBAUM, 1997, p. 55). A denominação internet foi atribuída somente na década de 80, quando a rede já havia tomado dimensões continentais, interconectando sistemas heterogêneos, através da pilha de protocolos TCP/IP, que é uma coleção de protocolos utilizados para gerenciar, manter e regular a comunicação entre os sistemas em rede (TITTEL; STEWART, 1997, p. 108).

A primeira conexão à Internet realizada no Brasil foi em 1991, por meio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), a qual, inicialmente, concentrou a administração do domínio ".br" e a distribuição dos números IPs em todo o país (CARVALHO, 2006, p. 98).

No escopo do tema tratado neste artigo, é importante apresentar a distinção entre provedor de acesso, provedor de serviço e estabelecimentos que comercializam a locação de terminais de computadores para acesso à internet, como *lan houses* e *cybercafés*.

Provedor de acesso é qualquer entidade pública ou privada que faculte aos usuários a conexão com a internet, mediante atribuição de endereço IP. O provedor de serviço é qualquer entidade que processe ou armazene dados registrados, inseridos, excluídos ou alterados, de forma ativa, por seus usuários. Os registros de acesso ou *logs* armazenados pelos primeiros são de grande valia na investigação de prática delituosa

pela rede. Já os provedores de serviços são objeto de interesse da justiça quando a demanda envolve a sua responsabilidade pelas informações armazenadas por seus usuários. As *lan-houses* e os *cybercafés* são estabelecimentos comerciais que disponibilizam acessos à Internet, de forma gratuita ou não.

3 Cybercrimes: atividades delituosas no âmbito da rede mundial de computadores

Denomina-se crime da informática toda ação típica, antijurídica e culpável, cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão (FERREIRA, 2005, p. 240). Outras terminologias referem-se ao mesmo objeto, como crime digital, crime eletrônico, crime de computador.

Com o advento da Internet, surgiram os *cybercrimes*, denominação atribuída aos delitos digitais praticados por meio da internet. São espécies do gênero o *cyberterrorismo*, o *cyberbullying*.

O *cyberterrorismo* abrange os ilícitos cujos fins estão voltados à prática de ações terroristas. A *Al Qaeda*, por exemplo, recruta membros pela rede, investe na formação de seus agentes na ciência da computação, utiliza-a para angariar fundos, incitar o terrorismo (PERL, 2008, p. 2). Das investigações que apuraram os atentados de 11 de setembro ao *World Trade Center* (Nova York), observou-se que a internet foi utilizada para, através de emails, planejar os ataques (REINALDO FILHO, 2004).

O *bullying* compreende atitudes agressivas, intencionais e repetidas, que ocorrem sem motivação evidente, adotadas por um ou mais estudantes contra outro(s), causando dor e angústia, e executadas dentro de uma relação desigual de poder (NOGUEIRA, 2009, p. 35). *Cyberbullying* é a denominação utilizada quando o *bullying* ocorre por meio

da internet. No Brasil, não é crime. Em Pernambuco, a Lei Estadual nº 13.995, de 22 de dezembro de 2009, publicada no Diário Oficial do Estado de 23 de dezembro de 2009, dispõe sobre a inclusão de medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate ao *bullying* escolar no projeto político pedagógico das escolas públicas e privadas de educação básica do estado.

A preocupação com o uso da internet para a prática de delitos e a necessidade de mão de obra especializada para combatê-los motivou o governo dos Estados Unidos a criar, sob o Departamento de Justiça, a seção de crimes de computador e propriedade intelectual (*Computer Crime and Intellectual Property Section – CCIPS)*, com a responsabilidade de implementar a estratégia nacional do departamento na questão concernente ao combate aos crimes digitais e a propriedade intelectual (CCIPS, 2010). A unidade foi ativada completamente em 2009 (POSTON, 2010).

Um estudo realizado pelo *Ponemon Institute* a pedido da *ArcSight* junto a 45 organizações dos Estados Unidos revelou que o *cybercrime* – incluindo ataques via *Web*, disseminação de código malicioso, roubo de propriedade intelectual, sequestro de contas bancárias *online*, revelação indevida de informações confidenciais, falha no funcionamento das infraestruturas corporativas – custa, a cada uma das empresas inquiridas, uma média de 3,8 milhões de dólares anuais, podendo chegar a 52 milhões, a depender da empresa . Os setores mais afetados são os de defesa, energia e serviços financeiros (PONEMON, 2010).

4 Obrigatoriedade da guarda dos dados de identificação do usuário no acesso à internet

4.1 Segundo a Convenção do *Cybercrime* de Budapeste

Em 23 de novembro de 2001, após o episódio terrorista de 11 de setembro, a Comunidade Europeia promoveu a convenção sobre o *cybercrime*, ocorrida em Budapeste, oportunidade em que estabeleceu conceitos básicos de direito material e processual, como também um rol de tipos penais, com o intuito de alcançar a padronização universal, considerando a sua principal característica, a transnacionalidade (FERREIRA, 2007).

O Brasil não participou nem ratificou a Convenção. Se o fizer, será sob reservas, pois ela trata de algumas questões que não são admitidas no país, como a interceptação de comunicações (INFOREL, 2008).

O seu art. 16 faculta à autoridade competente exigir ou obter outra forma de conservação de dados relativos ao tráfego ou armazenados por meio de um sistema informático, desde que existam motivos para pensar que eles são suscetíveis de perda ou alteração.

Ademais, essas autoridades poderão obrigar o provedor a conservar e proteger a integridade dos referidos dados por período de tempo tão longo quanto necessário, até no máximo de 90 (noventa) dias. Esse tempo o Ministério Público ou a polícia teriam para justificar ao magistrado a necessidade de acesso aos dados, solicitando a emissão do respectivo mandato.

4.2 Na legislação estrangeira

De acordo com informações constantes no *site* Cultura Digital (2010), nos Estados Unidos não há obrigatoriedade da guarda de registros de acessos pelos provedores. Desde 2008, quando foi introduzido o projeto H.R. 1076, intitulado *Internet Stopping Adults Facilitating the Exploitation of Today's Youth – SAFETY*, que essa obrigação vem sendo debatida no Congresso. A proposta atende a demanda do FBI que, desde 2005, propugna pela adoção de regra que obrigue os provedores de acesso a reter, por pelo menos 02 (dois) anos, para fins de investigação criminal, os registros de *log* de acesso de seus usuários. Os provedores se defendem, sob o argumento do direito à privacidade.

Acerca da responsabilidade dos provedores, os Estados Unidos tratam de forma diferenciada os provedores de acesso e os de serviços de armazenamento de conteúdo. Os primeiros não são responsabilizados por conteúdo ilegal transmitido em suas redes, desde que mantenham política de cancelar o acesso de usuários que reincidam em conduta proscrita em lei. Os serviços de armazenamento de conteúdo, por sua vez, são obrigados a remover material divulgado na Internet por seus clientes, mediante requisição de quem detenha direito autoral sobre ele. Caso o usuário comprove que não está infringindo a lei de direitos autorais, ou o detentor do direito não leve adiante processo judicial sobre o caso, o serviço de armazenamento deve restaurar o conteúdo, mediante pedido do usuário, com prazo de que varia de 10 a 14 dias.

O anonimato, entendido como a proteção da fonte de certa manifestação ou expressão on-line, não se aplica ao usuário da Internet, em razão de entendimento jurisprudencial de que a Primeira Emenda à Constituição americana garante a liberdade de expressão e o direito ao anonimato. No entanto, o ordenamento jurídico do país não veda o monitoramento de comunicação na Internet (VIEIRA, 2010).

Outro país que não exige a guarda de registros de acessos e de conteúdos é Cingapura. Ademais, permite o anonimato e investe na educação dos usuários, em recomendações aos proprietários dos *sites* no sentido de assegurar que os conteúdos publicados não sejam ofensivos à moral a aos bons costumes.

Em sentido oposto ao acesso amplo e irrestrito aos recursos da grande rede estão países como a China, Croácia, Índia e Paquistão.

A política chinesa para a Internet é baseada na lei e na segurança e amparada no princípio do uso correto, voltado a criar um ambiente harmônico, saudável e de promoção do progresso social e econômico (CHINA, 2010). Caracteriza-se por um rigoroso controle de acessos e de conteúdos, realizado por órgãos governamentais, sendo vedado o anonimato e obrigatória a guarda de *logs* pelos provedores por até 60 (sessenta) dias, quando devem ser disponibilizados aos órgãos policiais e de segurança e à Procuradoria do Povo, para fins de manutenção da segurança nacional e para investigação de delitos. Inclusive, recentemente, o governo, por meio da Diretoria do Escritório de Informação do Conselho de Estado, externou a intenção de criar a obrigação de os usuários utilizarem seus nomes verdadeiros na rede.

Quanto à responsabilidade pelos conteúdos publicados, cabe tanto ao usuário quanto ao provedor, de acordo com o art. 63 do Decreto nº 291 (Gestão de Serviços da Internet).

Na questão concernente aos *cybercafés*, o rigor da legislação chinesa está relacionado à repressão ao discurso político. No ano de 2002, milhares de estabelecimentos desse tipo foram fechados (REINALDO FILHO, 2004).

Na Croácia, o marco civil da Internet é a lei sobre Comunicações Eletrônicas, publicada em 24 de junho de 2008. O armazenamento dos registros de acessos originados do provedor é limitado a 12 (doze) me-

ses, para fins de investigação de ilícitos penais que atentem contra a defesa e a segurança nacionais. O anonimato é relativo: regra geral, o acesso anônimo é vedado. No caso de ser realizado via modem, o usuário pode deixar de se identificar, mas são conhecidos o número do telefone e a sua localização.

Em Bombaim, na Índia, a polícia monitora os *cybercafés*, cadastrando os usuários. Os registros de navegação devem ficar arquivados por um ano, para serem apresentados à polícia, em caso de solicitação. Além disso, o funcionamento de um *cybercafé* depende de licença especial e os seus proprietários estão obrigados a instalar filtros nos computadores, de modo a bloquear pornografia ou outro tipo de material considerado ofensivo (REINALDO FILHO, 2004).

O Paquistão, outro país que está sofrendo os efeitos da ameaça terrorista, também adotou normas regulando os *cybercafés*. Lá a preocupação em relação ao assunto aumentou sensivelmente após o desaparecimento do jornalista Daniel Pearl (que viria a aparecer morto em seguida), do *Wall Street Journal*: seus sequestradores enviaram fotos suas e mensagens via e-mail. Embora não tenha ficado provado que eles não utilizaram computadores residenciais, a questão da regulação dos *cybercafés* passou a ser vista, a partir daí, como um assunto de segurança nacional (REINALDO FILHO, 2004).

Outros países, como a Dinamarca, Omã e Arábia Saudita prevêem, nos seus ordenamentos jurídicos, a obrigatoriedade da guarda dos registros de acesso à Internet por um determinado período.

Na Dinamarca, os *logs* são guardados pelo período de 01 (um) ano. Os provedores não são responsáveis pelos conteúdos transmitidos por seus usuários, tampouco pelos armazenamentos temporários, transitório e intermediário das informações transmitidas. O anonimato é possível, nos casos de acessos via telefonia pré-paga.

Em Omã, são armazenados por 03 (três) meses os registros de *downloads*. Há isenção de responsabilidade dos provedores em relação à publicação de conteúdos de terceiros somente em casos nos quais não se percebam danos a outrem. O acesso anônimo é ilegal.

Na Arábia Saudita, a obrigatoriedade da guarda dos *logs* é limitada a 06 (seis) meses. Os usuários são responsáveis pelos acessos que realizam na rede e os provedores, por identificá-los.

4.3 Na legislação brasileira

Criar obrigação para os provedores de acesso registrarem *logs* não é suficiente para identificar o autor de um delito cometido por meio da internet. Os responsáveis pelas redes locais precisam contribuir, armazenando todos os acessos.

Nesse sentido, a legislação pátria registra iniciativas pontuais cujo objetivo está relacionado à criação de mecanismos para identificação de *cybercriminosos*. Em nível estadual, são elas: Alagoas (Lei nº 6.891/2007), Amapá (Lei nº 1.047/2006), Amazonas (Lei nº 3.173/2007 e Lei nº 3.351/2008), Bahia (Lei nº 11.608/2009), Espírito Santo (Lei nº. 8.777/2007), Paraíba (Lei nº 8.134/2006), Paraná (Lei nº 16.241/2009), Pernambuco (Lei nº 14.001/2009), Piauí (Lei nº 5.747/2008), Rio de Janeiro (Lei nº 5.132/2007), Rio Grande do Sul (Lei nº. 12.698/2007), Santa Catarina (Lei nº 14.890/2009), São Paulo (Lei nº 12.228/2006). Em nível distrital e municipal, destacam-se iniciativas como a do Distrito Federal, com a Lei Distrital nº 3.437/04 e a do Município do Recife, com a Lei Municipal nº 17.572, de 27 de outubro de 2009.

O Estado de São Paulo instituiu, através da Lei nº 12.228/2006, a obrigação dos estabelecimentos que comercializam acessos à internet por meio de locação de seus computadores e máquinas, como *lan houses*,

cibercafés, de implantar e manter cadastro atualizado de seus usuários (art. 2º *caput)*, bem como dos registros de *log* com a hora inicial e final de cada acesso, identificação do usuário e do equipamento por ele utilizado (art. 2º 2º § 2º), por, no mínimo, 60 (sessenta) meses (art. 2º § 4º), sob pena de multa (art. 6º).

Santa Catarina, por meio da Lei nº 14.890/2009, disciplinou o controle de usuários em *lan houses*, criando a obrigação desses estabelecimentos adotarem sistemas de monitoramento por câmeras de vigilância (art. 1º) e o registro e guarda, por dois anos, do cadastro dos usuários, relacionando-o ao computador, com referência a horário de início e término de acesso (art. 2º).

Em Recife, por meio da lei nº 17.572, de 27 de outubro de 2009, as *lan houses* e empresas do gênero ficam obrigadas a manter o cadastro do usuário por um período de, pelo menos, 12 meses, a partir da data de formação do registro, contendo os dados de identificação do usuário, bem como data, hora e terminal utilizado.

Em nível nacional, merece destaque a questão concernente à responsabilidade criminal do representante do provedor de acesso, em casos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A lei nº 11.829/2008 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Segundo pesquisa do *Safernet*, entidade de direito privado, sem fins lucrativos, que desenvolve pesquisas e projetos sociais voltados para o combate à pornografia infantil na Internet brasileira, no período de 01 de julho a 01 de outubro deste ano, 59,75% das denúncias recebidas foram referentes à pornografia infantil (SAFERNET, 2010).

A previsão da responsabilidade criminal do representante do provedor de acesso foi incluída no referido Estatuto pela lei acima citada. Atualmente, o art. 241-A do Estatuto prevê a responsabilidade criminal de quem, oficialmente notificado, continua a assegurar o acesso à rede mundial de computadores ou os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito, envolvendo crianças ou adolescentes (§ 2º).

5 Projetos de Lei

5.1 Marco civil da Internet

Marco civil da Internet (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010) é a denominação atribuída à minuta do anteprojeto de lei, elaborado pelo Ministério da Justiça, que cria diretrizes para o uso da rede mundial de computadores no país, estabelecendo direitos e deveres para os usuários, governo e provedores de serviços e acessos.

As questões mais polêmicas estão relacionadas diretamente com a viabilidade e a segurança na produção de provas, no caso de eventual prática de ilícito. São elas: o tempo de guarda dos registros de acesso à rede; o anonimato e a responsabilidade dos provedores por conteúdos publicados.

Tecnicamente, os acessos dos usuários à Internet são registrados pelos servidores (computadores) dos provedores em registros de conexão e acesso (*log*). O anteprojeto propõe a guarda desses registros por 06 (seis) meses (art. 14), devendo mantê-los sob sigilo que será quebrado apenas por ordem judicial.

Nesse ponto, há embate entre representantes dos provedores e das instituições policiais. Os primeiros alegam o alto custo do armaze-

cibercafés, de implantar e manter cadastro atualizado de seus usuários (art. 2º *caput)*, bem como dos registros de *log* com a hora inicial e final de cada acesso, identificação do usuário e do equipamento por ele utilizado (art. 2º 2º § 2º), por, no mínimo, 60 (sessenta) meses (art. 2º § 4º), sob pena de multa (art. 6º).

Santa Catarina, por meio da Lei nº 14.890/2009, disciplinou o controle de usuários em *lan houses*, criando a obrigação desses estabelecimentos adotarem sistemas de monitoramento por câmeras de vigilância (art. 1º) e o registro e guarda, por dois anos, do cadastro dos usuários, relacionando-o ao computador, com referência a horário de início e término de acesso (art. 2º).

Em Recife, por meio da lei nº 17.572, de 27 de outubro de 2009, as *lan houses* e empresas do gênero ficam obrigadas a manter o cadastro do usuário por um período de, pelo menos, 12 meses, a partir da data de formação do registro, contendo os dados de identificação do usuário, bem como data, hora e terminal utilizado.

Em nível nacional, merece destaque a questão concernente à responsabilidade criminal do representante do provedor de acesso, em casos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A lei nº 11.829/2008 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Segundo pesquisa do *Safernet*, entidade de direito privado, sem fins lucrativos, que desenvolve pesquisas e projetos sociais voltados para o combate à pornografia infantil na Internet brasileira, no período de 01 de julho a 01 de outubro deste ano, 59,75% das denúncias recebidas foram referentes à pornografia infantil (SAFERNET, 2010).

A previsão da responsabilidade criminal do representante do provedor de acesso foi incluída no referido Estatuto pela lei acima citada. Atualmente, o art. 241-A do Estatuto prevê a responsabilidade criminal de quem, oficialmente notificado, continua a assegurar o acesso à rede mundial de computadores ou os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito, envolvendo crianças ou adolescentes (§ 2º).

5 Projetos de Lei

5.1 Marco civil da Internet

Marco civil da Internet (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010) é a denominação atribuída à minuta do anteprojeto de lei, elaborado pelo Ministério da Justiça, que cria diretrizes para o uso da rede mundial de computadores no país, estabelecendo direitos e deveres para os usuários, governo e provedores de serviços e acessos.

As questões mais polêmicas estão relacionadas diretamente com a viabilidade e a segurança na produção de provas, no caso de eventual prática de ilícito. São elas: o tempo de guarda dos registros de acesso à rede; o anonimato e a responsabilidade dos provedores por conteúdos publicados.

Tecnicamente, os acessos dos usuários à Internet são registrados pelos servidores (computadores) dos provedores em registros de conexão e acesso (*log*). O anteprojeto propõe a guarda desses registros por 06 (seis) meses (art. 14), devendo mantê-los sob sigilo que será quebrado apenas por ordem judicial.

Nesse ponto, há embate entre representantes dos provedores e das instituições policiais. Os primeiros alegam o alto custo do armaze-

namento, enquanto que os policiais consideram o prazo por demasiado curto para a realização de uma boa investigação criminal, pois, muitas vezes, o conhecimento do fato criminoso pela vítima supera em muito este prazo e, em outros casos, os fatos criminosos vão sendo descobertos durante as investigações, as quais, quando envolvem o crime organizado demoram meses, senão anos. Ademais, o prazo previsto afeta o direito de punir do estado por disciplinar que todos os crimes praticados na Internet possuem o prazo decadencial de 06 (seis) meses, pois se o estado não agir neste período, ficará impedido, faticamente, de fazê-lo (POLÍCIA FEDERAL, 2010). Sendo assim, a proposta apresentada é de 03 (três) anos para a guarda dos dados cadastrais dos usuários, que coincide com o consolidado na cláusula terceira do termo de mútua cooperação firmado entre os principais provedores de acesso no Brasil com o Senado (Comissão Parlamentar da Pedofilia), Comitê Gestor da Internet (RABANEDA, 2010), Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, Polícia Federal e sociedade civil (MALTA et al., 2008, p.7).

O anteprojeto estabelece que o usuário na rede tem direito ao anonimato, mas que é parcial em decorrência do armazenamento dos registros de *log*. Para os policiais (POLÍCIA FEDERAL, 2010), a liberdade de expressão deve ser limitada pelo disposto no art. 5º, inc. IV, da Carta Magna.

Por fim, o anteprojeto aborda rapidamente os direitos e deveres dos provedores de acesso e de serviços. Então, sugerem os policiais a responsabilização dos provedores por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, se após intimado a cumprir ordem judicial, no curso de uma investigação criminal ou instrução processual penal, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente (POLÍCIA FEDERAL, 2010).

5.2 Projeto de lei no novo Código de Processo Penal

O projeto de lei do novo CPP não faz qualquer referência à obrigatoriedade da guarda dos registros de *log* de acesso à internet nem do cadastro de usuários da rede. Referente à internet, o projeto limita-se a prever, no título relativo às medidas cautelares pessoais, o bloqueio de endereço eletrônico (art. 534, inc XV).

Seria oportuno acrescentar, quanto aos crimes praticados por meio da internet, a possibilidade de o juiz penal desabilitar o acesso ao *site* utilizado reiteradamente para execução de infrações penais.

No Título VIII, referente à prova, poderia o legislador prever a obrigatoriedade dos provedores guardarem os dados eletrônicos que possibilitem a preservação da prova.

5.3 Projeto de Lei do Senado para *lan houses*

O Senado Federal foi a Casa onde se iniciou, em 2008, a tramitação de um projeto de lei PLS nº 296 (CAMATA, 2008), cujo objetivo principal é obrigar os estabelecimentos de locação de terminais de computadores, como *lan houses*, *cybercafés* a manter cadastro de seus usuários, com dados pessoais e registros de acessos (data, hora de início e término, máquina), por 03 (três) anos (art. 1º, 2º, 3º e 5º). A violação a esta lei acarreta multa que varia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a 100.000,00 (cem mil reais).

5.4 Projeto de lei dos crimes de informática

O projeto de lei nº 84 (PL 84/1999), apresentado à Câmara dos Deputados em fevereiro de 1999 (PIAUHYLINO, 1999), dispõe sobre os

namento, enquanto que os policiais consideram o prazo por demasiado curto para a realização de uma boa investigação criminal, pois, muitas vezes, o conhecimento do fato criminoso pela vítima supera em muito este prazo e, em outros casos, os fatos criminosos vão sendo descobertos durante as investigações, as quais, quando envolvem o crime organizado demoram meses, senão anos. Ademais, o prazo previsto afeta o direito de punir do estado por disciplinar que todos os crimes praticados na Internet possuem o prazo decadencial de 06 (seis) meses, pois se o estado não agir neste período, ficará impedido, faticamente, de fazê-lo (POLÍCIA FEDERAL, 2010). Sendo assim, a proposta apresentada é de 03 (três) anos para a guarda dos dados cadastrais dos usuários, que coincide com o consolidado na cláusula terceira do termo de mútua cooperação firmado entre os principais provedores de acesso no Brasil com o Senado (Comissão Parlamentar da Pedofilia), Comitê Gestor da Internet (RABANEDA, 2010), Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, Polícia Federal e sociedade civil (MALTA et al., 2008, p.7).

O anteprojeto estabelece que o usuário na rede tem direito ao anonimato, mas que é parcial em decorrência do armazenamento dos registros de *log*. Para os policiais (POLÍCIA FEDERAL, 2010), a liberdade de expressão deve ser limitada pelo disposto no art. 5º, inc. IV, da Carta Magna.

Por fim, o anteprojeto aborda rapidamente os direitos e deveres dos provedores de acesso e de serviços. Então, sugerem os policiais a responsabilização dos provedores por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, se após intimado a cumprir ordem judicial, no curso de uma investigação criminal ou instrução processual penal, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente (POLÍCIA FEDERAL, 2010).

5.2 Projeto de lei no novo Código de Processo Penal

O projeto de lei do novo CPP não faz qualquer referência à obrigatoriedade da guarda dos registros de *log* de acesso à internet nem do cadastro de usuários da rede. Referente à internet, o projeto limita-se a prever, no título relativo às medidas cautelares pessoais, o bloqueio de endereço eletrônico (art. 534, inc XV).

Seria oportuno acrescentar, quanto aos crimes praticados por meio da internet, a possibilidade de o juiz penal desabilitar o acesso ao *site* utilizado reiteradamente para execução de infrações penais.

No Título VIII, referente à prova, poderia o legislador prever a obrigatoriedade dos provedores guardarem os dados eletrônicos que possibilitem a preservação da prova.

5.3 Projeto de Lei do Senado para *lan houses*

O Senado Federal foi a Casa onde se iniciou, em 2008, a tramitação de um projeto de lei PLS nº 296 (CAMATA, 2008), cujo objetivo principal é obrigar os estabelecimentos de locação de terminais de computadores, como *lan houses*, *cybercafés* a manter cadastro de seus usuários, com dados pessoais e registros de acessos (data, hora de início e término, máquina), por 03 (três) anos (art. 1º, 2º, 3º e 5º). A violação a esta lei acarreta multa que varia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a 100.000,00 (cem mil reais).

5.4 Projeto de lei dos crimes de informática

O projeto de lei nº 84 (PL 84/1999), apresentado à Câmara dos Deputados em fevereiro de 1999 (PIAUHYLINO, 1999), dispõe sobre os

crimes cometidos na área de informática e suas penalidades. Em razão da identidade e natureza da matéria, foram apensadas a este projeto de lei duas propostas de iniciativa do Senado Federal, os PLS nºs 76/2000 e 137/2000. Em 06 de novembro de 2010, o PL 84 foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

O art. 20, seus incisos e parágrafos disciplinam a responsabilidade dos provedores de acesso à Internet, quanto à necessidade de dados para investigação pública.

Em relação à guarda dos registros de logs, foi previsto o prazo de 03 (três) anos (inc. I), os quais só devem ser fornecidos, junto com os dados cadastrais do usuário, à autoridade investigatória ou ao Ministério Público. Assim, a requisição judicial deve ser exigida somente quanto ao dado sensível – a própria informação, e não aos dados cadastrais.

A determinação de preservação somente após requisição judicial conflita com regra existente na própria Convenção de Budapeste. Tanto nos EUA (POSTON, 2010) quanto na Europa, quando se constata que em determinado provedor (de qualquer natureza) exista informação necessária ao sucesso da investigação, tanto a Polícia quanto o Ministério Público emitem uma solicitação de preservação diretamente ao provedor, indicando que a partir de tal data, por exemplo, sejam mantidos os arquivos respectivos, para, futuramente, ser emitida a ordem judicial.

Trata-se de um alerta para que o dado seja mantido, sob pena de desobediência. A informação sensível somente é entregue mediante requisição judicial, mas a sua manutenção pode ser feita pela autoridade policial e pelo Ministério Público, a fim de que não se dilua, dada a volatilidade do dado informático.

Ademais, estará sujeito a multa (§ 2º art. 20) o responsável que descumprir as regras dispostas no artigo. O valor será destinado ao Fundo Nacional de Segurança Pública (§ 3º art. 20).

6 As leis contra o crime cibernético já nascerão obsoletas

A identificação de delinquentes cibernéticos (aqueles que se utilizam da internet para praticar crimes) vem sendo dificultada pela ausência de normas que obriguem os provedores de acesso e responsáveis por redes locais com canal de comunicação à internet, cada um dentro de suas atribuições, a armazenar registros de acessos à Internet (*logs*), por certo período de tempo.

Decerto que nenhuma norma irá conseguir abarcar todos os casos, permitindo que a polícia e a justiça cheguem aos autores de crimes, mas a maioria dos usuários, formada por leigos em assuntos técnicos em informática, certamente será identificada, caso venha a delinquir. Os *hackers* e os *crackers*, em razão do nível de conhecimento técnico na área, continuarão transparentes e desafiadores à inteligência policial.

Iniciativas locais para disciplinar o acesso dos usuários à rede mundial de computadores refletem o anseio da sociedade em criar mecanismos que possibilitem a identificação de infratores no espaço cibernético. No entanto, pecam pela abrangência delimitada à região de cobertura da norma.

Instituir a obrigação da guarda dos registros de *logs* de acesso à internet, para os provedores, e dos cadastros de clientes (nome, CPF, endereço) atrelados às informações de acesso à rede (IP do computador, data, hora de início e final), para as *lan houses* e *cybercafés*, não alcança um número considerável de usuários. Não se pode olvidar que acessos públicos à internet ocorrem também através de outras instituições que não estão contempladas nas propostas estudadas. É o caso dos colégios, centros educativos, hotéis, bibliotecas públicas, ou seja, qualquer lugar em que é franqueado acesso à rede.

Ademais, o alto custo de armazenamento alegado pelos provedores de acesso para rechaçar a proposta da obrigatoriedade de guarda dos *logs* merece estudo à parte, considerando a tendência temporal de diminuição da relação preço e capacidade de armazenamento.

Outro desafio às investigações criminais que não foi tratado nos projetos refere-se aos acessos realizados por meio da internet pública, ou seja, aquele em que o usuário, através de rede sem fio, conecta-se à internet, sem a necessidade de registro prévio em qualquer servidor ou provedor.

O avanço da tecnologia ocorre tão rapidamente que, se aprovado qualquer dos projetos relativos à informática que tramita no Congresso Nacional há mais de 10 anos, a lei já nascerá carente de mudanças a atualizações urgentes.

Cybercrime: the obligation to registration of Internet access as a way of enable the identification of the criminal

Abstract

This article presents a study about the current national legal system concerning the obligation to storage of access logs users of the big web – internet, by providers and establishments that lease computer´s terminals to access the network, as lan houses and cybercafés. The challenge has been to reconcile the need to provide the rules of cyberspace access with Internet culture, based on freedom of expression and use, enhancement of anonymity, explained mainly by its origin and sprawl. The Internet has no owner; it's a chaos that tray to organize themselves through standards. It is upon this platform disorderly and confused, that pass the national boundaries, that the cyber criminal is hiding himself to entice minors, to traffic drugs, weapons and human beings, to stimulate terrorism, racism, to invade bank accounts and steal money. In Brazil, there are some good local initiatives to establish mechanisms to identify accesses to the net. But, this rules sin to the limited territorial state borders and, in some cases, municipal, and more to preview punishment just to the owners of shps that provide internet access, like lan houses or cybercafés, failing to reach internet service providers. The projects of laws that are in National Congress don´t reflect the current needs of fight against cyber crime, and need to be modernize the concepts and scope that exceeds the speed of technology´s advancement.

Key-words: Cybercrime. Internet. Accessprovider computer law.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em: Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art1>. Acesso em: 23 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 22 nov. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Minuta de anteprojeto de lei que estabelece o marco civil da Internet no Brasil**. Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/debate/>. Acesso em: 21 nov. 2010.

BUDAPESTE. **Convenção sobre o** *cybercrime*. 23 de novembro de 2001. Disponível em: <https://www.safernet.org.br/site/sites/defa ult/files/Convencao-sobre-o-Cibercrime.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2010.

Ademais, o alto custo de armazenamento alegado pelos provedores de acesso para rechaçar a proposta da obrigatoriedade de guarda dos *logs* merece estudo à parte, considerando a tendência temporal de diminuição da relação preço e capacidade de armazenamento.

Outro desafio às investigações criminais que não foi tratado nos projetos refere-se aos acessos realizados por meio da internet pública, ou seja, aquele em que o usuário, através de rede sem fio, conecta-se à internet, sem a necessidade de registro prévio em qualquer servidor ou provedor.

O avanço da tecnologia ocorre tão rapidamente que, se aprovado qualquer dos projetos relativos à informática que tramita no Congresso Nacional há mais de 10 anos, a lei já nascerá carente de mudanças a atualizações urgentes.

Cybercrime: the obligation to registration of Internet access as a way of enable the identification of the criminal

Abstract

This article presents a study about the current national legal system concerning the obligation to storage of access logs users of the big web – internet, by providers and establishments that lease computer´s terminals to access the network, as lan houses and cybercafés. The challenge has been to reconcile the need to provide the rules of cyberspace access with Internet culture, based on freedom of expression and use, enhancement of anonymity, explained mainly by its origin and sprawl. The Internet has no owner; it's a chaos that tray to organize themselves through standards. It is upon this platform disorderly and confused, that pass the national boundaries, that the cyber criminal is hiding himself to entice minors, to traffic drugs, weapons and human beings, to stimulate terrorism, racism, to invade bank accounts and steal money. In Brazil, there are some good local initiatives to establish mechanisms to identify accesses to the net. But, this rules sin to the limited territorial state borders and, in some cases, municipal, and more to preview punishment just to the owners of shps that provide internet access, like lan houses or cybercafés, failing to reach internet service providers. The projects of laws that are in National Congress don´t reflect the current needs of fight against cyber crime, and need to be modernize the concepts and scope that exceeds the speed of technology´s advancement.

Key-words: Cybercrime. Internet. Accessprovider computer law.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em: Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art1>. Acesso em: 23 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 22 nov. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Minuta de anteprojeto de lei que estabelece o marco civil da Internet no Brasil**. Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/debate/>. Acesso em: 21 nov. 2010.

BUDAPESTE. **Convenção sobre o** *cybercrime*. 23 de novembro de 2001. Disponível em: <https://www.safernet.org.br/site/sites/defa ult/files/Convencao-sobre-o-Cibercrime.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2010.

CAMATA, Gerson. Projeto de Lei do Senado nº 296, de 2008. Obriga os estabelecimentos de locação de terminais de computadores a manterem cadastro de seus usuários. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF .asp?t=67905>. Acesso em: 20 nov. 2010.

CARVALHO, Marcelo Sávio Meneses de. **A trajetória da Internet no Brasil:** do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança. Dissertação do curso de pós-graduação de engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestrado em ciências da engenharia de sistemas e computação. Rio de Janeiro, setembro, 2006. Disponível em: <http://www.slideshare.net/msavio/a-trajetoria-da-internet-no-brasil-2362034?from=share_email_logout2>. Acesso em: 01 fev. 2011.

CCIPS. **Computer Crime & Intellectual Property Section**. Disponível em: <http://www.cybercrime.gov/>. Acesso em: 26 out. 2010.

CETIC. **Posição dos países por número de hosts – 2010**. Disponível em: <http://www.cetic.br/hosts/2010/index.htm>. Acesso em: 26 out. 2010.

CHINA. **White paper on Internet in China**. Publicado em 08 de junho de 2010. Disponível em: <http://news.xinhuanet.com/english 2010/china/2010-06/08/c_13339232.htm>. Acesso em: 22 nov. 2010.

CULTURA DIGITAL. Disponível em: <http://culturadigital.br>. Acesso em: 22 nov. 2010.

FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. **Internet**: Macrocriminalidade e Jurisdição Internacional. Curitiba: Juruá, 2007.

FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: DE LUCCA, Newton; SINÃO FILHO, Adalberto. (Coord.). **Direito & Internet**: Aspectos Jurídicos Relevantes. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

INFOREL. **Brasil não pode aderir a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime**. 10/07/2008. Disponível em: <http://www.safernet.org.br/site/ noticias/brasil-n%C3%A3-pode-aderir-conven%C3%A7-budapeste-sobre-cibercrime>. Acesso em: 28 out. 2010.

MALTA, Magno et al. **Termo de Mútua Cooperação**. Disponível em: <http://www.safernet.org.br/site/sites/default/files/Teles.pdf>. Acesso em: 27 out. 2010.

NOGUEIRA, Sandro D´Amato. **Crimes de Informática**. 2. ed. Leme: Belo Horizonte, 2009.

PERL, Raphael F.. Terrorist Use of the Internet: Threat, Issues, and Options for International Co-operation. In: **Second International Forum on Information Security**, OSCE (Organization of Security and co-operation in Europe) Action against Terrorism Unit, Garmisch-Partenkirchen, 7-10 April 2008. Disponível em: <http://www.osce.org/documents/cio/2008/04/ 30594_en.pdf>. Acesso em: 24 out. 2010.

PERNAMBUCO. Lei nº 13.995, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre a inclusão de medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate ao *bullying* escolar no projeto pedagógico elaborado pelas escolas públicas e privadas de educação básica do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/>. Acesso em: 10 abr. 2011.

PIAUHYLINO, Luiz. Projeto de lei nº 84. Dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e dá outras providências. Data de apresentação: 24/02/1999. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/809184.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2010.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POLÍCIA FEDERAL. **Contribuição da polícia federal para o marco civil da internet**. Postado em 31 de maio de 2010. Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/2010/05/31/contribuicao-da-policia-federal-para-o-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 10 abr. 2011.

PONEMON INSTITUTE. **First Annual Cost of Cyber Crime Study**: Benchmark Study of U.S. Companies. Julho de 2010. Disponível em: <http://www.arcsight.com/collateral/whitepapers/Ponemon_Cost_of_Cyber_Crime_study_2010.pdf>. Acesso em: 26 out. 2010.

PORTUGAL. Lei nº 109/1991. Sobre a criminalidade informática. Aprovada em 11 de Junho de 1991. Promulgada em 26 de Julho de 1991. Referendada em 31 de Julho de 1991. Disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/legis/ nacional/lei_10991.htm>. Acesso em: 26 out. 2010.

POSTON, Michael. Unidade de Direitos de Propriedade Intelectual. In: CÚPULA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E PIRATARIA, 22 a 24 de setembro de 2010, Recife.

RABANEDA, Fabiano. **Os logs de acesso e sua guarda pelos provedores**. Publicado em: 02/03/2010. Disponível em: <http://www.nic.br/imprensa/clipping/2010 /midia165.htm>. Acesso em: 21 nov. 2010.

RECIFE. Lei nº 17.572, de 27 de outubro de 2009. Obriga as empresas de locação de terminais de computadores a manterem cadastro dos seus usuários. Disponível em: <http://www.alinemariano.com.br/index.

php?option=com_content&view=article&id=706:lei-coibira-crimes-na-internet&catid=2:noticias&Itemid=19>. Acesso em: 20 nov. 2010.

REINALDO FILHO, Demócrito. Por uma política de segurança para os "cyber-cafés" brasileiros. **Revista Jus Vigilantibus**, 11 fev. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/1834>. Acesso em: 23 out. 2010.

SAFERNET. **Indicadores**: Central nacional de denúncias. Disponível em: <http://www.safernet.org.br/site/indicadores>. Acesso em: 23 out. 2010.

SANTA CATARINA. Lei nº 14.890, de 22 de outubro de 2009. Disciplina o controle de usuários em estabelecimentos voltados a comercialização do acesso a internet no Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://200.192.66.20/ALESC/Pesquisa Documentos.asp>. Acesso em: 20 nov. 2010.

SÃO PAULO. Lei nº 12.228, de 11 de janeiro de 2006. Dispõe sobre os estabelecimentos comerciais que colocam à disposição, mediante locação, computadores e máquinas para acesso à internet e dá outras providências. Disponível em: <http://www.legislacao.sp.gov.br/dg280202.nsf/ae9f9e0701e533a a032572e6006cf5fd/a09582edf8731132032570f400589b24?OpenDocument>. Acesso em: 20 nov. 2010.

SARNEY, José. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/ atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>. Acesso em: 21 nov. 2010.

TANENBAUM, Andew S. **Redes de Computadores**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

TITTEL, Ed; STEWART, James M. **Intranet**: Guia Completo para Implementar, Administrar e Utilizar uma Intranet. São Paulo: IDG Books, 1997.

VIEIRA, Mauro Luiz Iecker. Resposta do embaixador do Brasil nos EUA a consulta sobre o uso da Internet naquele país. Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/2010/05/24/contribuicao-de-washington-para-o-marco-civil/>. Acesso em: 22 nov. 2010.

Referência deste artigo

VALVERDE, Danielle Novaes de Siqueira. Crimes cibernéticos: a obrigatoriedade do registro de acesso à internet como forma de possibilitar a identificação do criminoso. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 233-256, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 20 abr. 2011. Aprovado em: 31 maio 2011.*

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF

Eduardo Martins Neiva Monteiro
Membro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Mestrando em Direito pela Universidade Católica do Estado de Pernambuco. Mestrando.

Prof. Dr. Hélio Sílvio Ourém Campos[1]
Doutor e Mestre pela U.F.PE e pela Universidade Clássica-Faculdade de Direito de Lisboa. Pós-Doutorado. Juiz Federal Titular da 6ª Vara/PE, havendo composto a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais em Brasília (2003-2007). Professor Titular da Universidade Católica do Estado de Pernambuco. Ex-Procurador Judicial do Município do Recife, Ex-Procurador Judicial do Estado de Pernambuco, Ex-Procurador Federal.

Resumo

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, ma espécie de Tribunal voltado ao julgamento, em segunda estância, de processos administrativos tributários federais, desempenha no Estado brasileiro um papel de importância inegável, mormente diante da crescente opção dos contribuintes por deixar em segundo plano a via dudicial na resolução de suas controvérsias com o fisco federal. Nesse contexto, essencal é que as decisões em instância final tenham a marca da legitimidade, a ser apreciada inclusive a partir do pleno conhecimento do órgão que as profere. Em linhas objetivas, busca-se com este estudo torná-lo mais familiar à comunidade acadêmica e profissional, contemplando-a com uma breve exposição sobre os órgãos similares que no Brasil passaram a existir desde o início do século passado e cujas características, algumas não se perderam no curso da história, a exemplo da composição paritária de seus membros, que marca a atual estrutura do CARF.

Palavras-chave: CARF. Direito Tributário. Processo Administrativo Fiscal Federal.

[1] www.ourem.cjb.net. Facebook: in ouremcampos@hormail.com.

1 Introdução

O Mestrado em Direito da Universidade Católica do Estado de Pernambuco, embora haja sido instituído recentemente, pois ainda não possui 10 anos, já começa a frutificar, mediante a constante produção de trabalhos de pesquisa sobre temas que, a despeito de inegavelmente relevantes, virem recebendo da doutrina nacional um pequeno destaque. É o caso do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o CARF.

Este órgão federal decide, administrativamente, sobre questões de uma repercussão teórico-prática e econômico-financeira impressionante, não sendo exagero afirmar que lida na ordem dos bilhões e trilhões de reais. Ora, matéria assim não pode continuar isolada com pequenos grupos. É necessário que a Universidade investigue e dê ciência a um maior número de pessoas sobre qual a estrutura, organização e funcionamento do CARF.

Um dos autores deste artigo é, profissional que, atualmente, encontra-se como membro deste Órgão de referência na Administração pública tributária federal. Por isto, é instigante passar-lhe a palavra.

Atualmente, os litígios administrativos tributários[2] são dirimidos, na esfera federal, em segunda e última instância, pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão colegiado vinculado à estrutura do Ministério da Fazenda e composto por representantes da Fazenda Nacional e dos contribuintes.

Até mesmo em razão dos programas curriculares das instituições de Ensino Superior, a experiência indica que pouco ou nada se estuda nas Faculdades de Direito brasileiras sobre o processo administrativo tributário. O foco ainda se resume, essencialmente, ao processo judicial.

2 *"A organização do contencioso administrativo orienta-se pelo princípio do duplo grau de jurisdição, em obediência ao mandamento constitucional inserido no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que garante aos litigantes em processo administrativo o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"* (NEDER, LÓPEZ, 2010, p.464).

Apesar de não ser obrigatório, pois à luz do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (*"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*), a qualquer momento a via judicial pode ser o caminho escolhido para a resolução dos conflitos, não se pode negar que a opção pelo contencioso administrativo já é uma realidade, em razão do seu menor custo para o contribuinte, vez que não há custas e sequer se necessita de advogado para o pleno exercício do direito de defesa. Ademais, em seu favor está o fato de os julgadores terem conhecimento especializado, mormente em direito tributário, ciências contábeis e comércio exterior.

Bem antes de a discussão chegar a ser travada no Judiciário, por exemplo, no bojo de uma execução fiscal, há um longo trajeto a ser percorrido nas instâncias administrativas, a começar na Receita Federal do Brasil, em suas unidades de julgamento de primeira instância (Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento[3]), culminando com as sessões públicas de julgamento realizadas em Brasília (DF), cidade em que está sediado o CARF.

Em tempos de *internet*, em que a informação é disponibilizada em tempo real, vez ou outra, logo após encerrados, tem-se notícia dos julgamentos[4], o que só aumenta a fiscalização externa sobre a qualidade das decisões que, por envolver cifras milionárias e até mesmo bilionárias, impactam no montante da própria expectativa governamental de arrecadação tributária, o que só confirma a relevância do órgão na estrutura do Estado brasileiro.

3 A Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2006, disciplina a constituição das turmas e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento – DRJ.

4 Vejamos, por exemplo: *"Montadoras discutem autuações por uso de créditos do IPI: Mitsubishi consegue anular multa milionária"* (Jornal Valor Econômico. Legislação & Tributos, São Paulo, 19/11/2010); *"Parmalat Brasil não precisará pagar R$ 400 milhões em dívidas fiscais: Conselho fiscal do Ministério da Fazenda considerou que a empresa não têm vínculos com a antiga controladora, a PPL Participações"* (Exame.com, disponível em http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/noticias/parmalat-brasil-nao-precisara-pagar-r-400-milhoes-dividas-fiscais-582973. Consulta em 16/02/2011); *"CARF inicia o segundo semestre com o julgamento de importantes questões tributárias"* (CNF – Confederação Nacional das Instituições Financeiras, em 12/08/2010, disponível em http://www.cnf.org.br/noticias1.asp?id_noticia=847. Consulta em 16/02/2011).

Diante desse quadro, é oportuno que se divulguem as principais características do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, até mesmo para que os setores estatais, bem como os da sociedade envolvidos direta e indiretamente com o estudo do processo administrativo tributário, unam esforços rumo ao seu contínuo aperfeiçoamento.

Previamente à apresentação de sua atual estrutura, buscar-se-á expor um apanhado histórico sobre os tribunais administrativos tributários no Brasil. Ver-se-á que, de longa data, o Estado e a sociedade confiaram a órgãos especializados a tarefa de resolver, no âmbito administrativo, as controvérsias tributárias federais.

Este trabalho tem o propósito de conferir uma visão panorâmica, inicial, de valia não apenas para aqueles que atuam no CARF, como Conselheiros, advogados ou Procuradores da Fazenda Nacional, mas a todos os interessados pelo tema, servindo como fonte de consulta para o desenvolvimento e aprofundamento das pesquisas inerentes ao tema.

2 Os órgãos de julgamento administrativo tributário no Brasil: breve histórico

O Erário Régio português, transferido para o Brasil com a vinda da Família Real, formou o núcleo central que daria origem ao Ministério da Fazenda. Para centralizar o julgamento de processos, criou-se o Tribunal do Conselho da Fazenda, órgão de última instância administrativa. Em 1831, suas funções foram repartidas entre o Tribunal do Tesouro Nacional e os Juízes Territoriais, que em 1840 foram substituídos pelos Juízes dos Feitos da Fazenda no julgamento dos processos fiscais. Em 1850, a função passou para a Diretoria Geral do Contencioso, com competência para julgar os processos fiscais por intermédio dos Chefes da Fazenda, do Tribunal do Tesouro e do Ministério da Fazenda. As

sentenças dessa Diretoria tinham a mesma força das proferidas pelos Tribunais de Justiça até fins de 1909 (MARTINS, 2010, pp.41-42).

Com o Decreto nº 16.580[5], de 4 de setembro de 1924, previu-se a criação de um Conselho de Contribuintes em cada Estado e no Distrito Federal, composto por cinco membros, dentre representantes do comércio, indústria, profissionais liberais e funcionários públicos nomeados pelo Ministro da Fazenda. A temática restringia-se ao imposto sobre a renda e tinha como competência julgar recursos contra as decisões proferidas pelos Delegados Gerais do Imposto sobre a Renda. O único a entrar em funcionamento, no final de 1925, foi o do Rio de Janeiro, então Distrito Federal.

Em 12 de janeiro de 1927, o Decreto nº 5.157 conferiu autorização para a alteração dos regulamentos dos impostos distintos do imposto sobre a renda, de forma a adaptá-los à sistemática de apreciação de recursos por parte de um Conselho. De acordo com MARTINS (2010, p.44), a experiência no Rio de Janeiro "*...foi tão bem-sucedida que, atendendo às solicitações dos próprios contribuintes, logo o governo criou um outro conselho para cuidar dos demais tributos que não o de renda*".

Esse Conselho foi o primeiro paritário do país, formado por representantes dos contribuintes (indicados por associações representativas do comércio e da indústria) e por funcionários da Administração Pública, nomeados pelo Governo Federal, sob a presidência do Ministro da Fazenda, que poderia reformar as decisões, ou de autoridade fiscal por ele designada:

> Art. 1º Fica o Governo autorizado a revêr os regulamentos das repartições fiscaes subordinadas ao Ministerio da Fazenda, para o fim especial e exclusivo de estabelecer que os recursos dos contribuintes em materia fiscal, sobretudo no tocante aos impostos de consumo,

5 Regulamento para o Serviço de Arrecadação do Imposto sobre a Renda.

sejam julgados e resolvidos por um conselho constituido em partes iguaes, por funccionario da administração publica e por contribuintes, nomeados estes pelo Governo por proposta das principaes associações de classe, representativas do commercio e da industria, o qual funccionará sob a presidencia do ministro da Fazenda ou da autoridade fiscal por este designada.

Paragrapho único. As deliberações do conselho não poderão obrigar as decisões finaes do ministro da Fazenda, sempre que este não se conformar com aquellas deliberações.

Por sua vez, o Decreto nº 20.350, de 31 de agosto de 1931, que alterou o Decreto nº 5.157/27, estabeleceu que os Conselhos a serem instalados passariam a ser denominados Conselho de Contribuintes e deveriam ser compostos por doze membros, dentre funcionários da Fazenda, com idoneidade moral e profissional, e por contribuintes indicados pelas principais associações de classe e nomeados pelo Governo Federal. Permaneceu a paridade entre os seus membros, para os quais se fixou o mandato de dois anos, sem previsão de renovação. Pela primeira vez, previu-se que funcionários do Ministério da Fazenda acompanhassem e participassem das discussões, bem como interpusessem recursos[6]. Além do mais, buscou-se conferir dinamismo ao julgamento com a previsão da possibilidade de sustentação oral pelas partes[7].

A competência dos Conselhos de Contribuintes era restrita a julgamento de recursos até então interpostos para o Ministro da Fazenda, das decisões proferidas pelas autoridades fiscais do Distrito Federal e dos Estados; bem como ao julgamento de recursos sobre classificação e

6 Pode-se afirmar que foi a ideia embrionária da participação de representantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, atualmente com assento ao lado direito da presidência do colegiado, durante os julgamentos.

7 A possibilidade de sustentação oral permanece até os dias atuais. Apesar de voltada aos processos judiciais, a observação do Prof. Hélio Campos (*in* "O desenvolvimento e a sonegação fiscal") no sentido de que os contribuintes contratam advogados sérios e competentes para fazerem as suas defesas e de que "*...a Fazenda Pública tem o dever de também proceder as sustentações orais, sobretudo naquelas causas que repercutem bilhões*", vez que se trata de "*...exercício regular de um direito-dever em benefício de toda a sociedade, pois é necessário ter em conta que o público é de todos nós*", é aplicável no processo administrativo tributário e, frise-se, é o que se constata.

valor de mercadorias pelas alfândegas; multas aplicadas por infração de leis e regulamentos fiscais.

Mesmo sendo considerado um órgão julgador de última instância, havia a possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo ao Ministro da Fazenda, em favor da Fazenda Pública, quando a decisão fosse não unânime e manifestamente contrária à lei ou à prova constante do processo.

Com o Decreto nº 24.036, de 26 de março de 1934, os serviços da Administração Geral da Fazenda Nacional foram reorganizados, sendo extintos os Conselhos até então instalados. Em contrapartida, foram criados dois Conselhos de Contribuintes[8], com novas atribuições, e um Conselho Superior de Tarifa, voltado a questões de classificação fiscal, valoração e outras decorrentes de leis e regulamentos aduaneiros.

Com esse marco legislativo foram previstas duas instâncias na resolução das questões originadas de interpretação de lei tributária, uma singular e outra coletiva.

Além disso, os novos Conselhos contemplavam como características principais: órgão colegiado paritário, composto por seis membros, sendo três contribuintes, estranhos aos quadros fazendários e não indicados por associações de classe, e três funcionários fazendários; mandato de dois anos; previsão de dois suplentes em cada Conselho; presidente eleito pelos pares; possibilidade de pedido de reconsideração da decisão ao próprio colegiado; atuação de um representante da Fazenda Nacional perante cada um dos Conselhos, de livre escolha do Governo da República, com atribuição para interpor recurso dirigido ao Ministério da Fazenda, quando a decisão fosse não unânime e contrária à prova dos autos ou à lei.

8 O Primeiro Conselho de Contribuintes tinha como temática o imposto sobre a renda, o imposto de selo e o imposto sobre vendas mercantis. O Segundo Conselho de Contribuintes, por sua vez, cuidava do imposto sobre o consumo, taxa de viação e demais impostos não atribuídos ao Primeiro Conselho (competência residual). Os Conselhos foram instalados no antigo edifício do Tesouro Nacional, no Rio de Janeiro (MARTINS, 2010, p.81).

Em 30 de outubro de 1964, com o Decreto nº 54.767, foi criado o Terceiro Conselho de Contribuintes. Com a nova organização dos Conselhos, divididos em Câmaras, passaram os colegiados a funcionar com o mínimo de quatro e o máximo de oito membros, de livre escolha do Presidente da República, tendo sido mantida a paridade. Para os funcionários da Fazenda exigia-se reconhecida competência e conhecimentos especializados em assuntos tributários. Os representantes dos contribuintes passaram a ser indicados em lista tríplice por órgãos de classe. Os mandatos permaneceram definidos em dois anos e o número de suplentes passou para quatro, por Câmara.

Também subsistiu a atuação de um representante da Fazenda Nacional, agora perante cada uma das Câmaras criadas, funcionário do Ministério da Fazenda com formação em Direito, com conhecimentos especializados em assuntos tributários e designado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

Contra as decisões proferidas pelas Câmaras, passou-se a prever uma espécie de embargos de declaração, cabível para dirimir divergência entre o acórdão lavrado e os respectivos fundamentos.

Já naquela época era presente a preocupação com a imparcialidade. Foram estabelecidas, então, algumas hipóteses denominadas de impedimento à atuação dos Conselheiros: (a) quando existente interesse pessoal ou das sociedades de que fizessem parte como sócios, acionistas, interessados ou membros da diretoria ou de conselhos fiscais; (b) quando estivessem em disputa interesses diretos ou indiretos de qualquer parente, consaguíneo ou afim até o terceiro grau; e (c) na situação de o Conselheiro ter atuado no processo como autoridade julgadora de primeira instância, advogado ou representante da parte.

Com a criação da Comissão Coordenadora das Atividades dos Conselhos e Juntas Fiscais, as indicações dos membros dos Conselhos passaram a ser analisadas previamente, atribuição hoje do Comitê de Seleção dos Conselheiros, como se verá adiante.

A partir de 6 de março de 1972, o processo de determinação e exigência dos créditos tributários da União passou a ser regido pelo Decreto nº 70.235, que trouxe alterações para a estrutura dos órgãos de julgamento de segunda instância.

Foi instituído o Quarto Conselho de Contribuintes, em substituição ao Conselho Superior de Tarifa. Os Conselhos passaram a ter a seguinte competência em razão da matéria (tributo): o Primeiro Conselho ficou responsável pelo imposto sobre a renda; o Segundo, pelo imposto sobre produtos industrializados; o Terceiro, por tributos estaduais e municipais de competência da União nos Territórios e demais tributos federais; e, finalmente, o Quarto, por imposto de importação, imposto de exportação, demais tributos aduaneiros e penalidades relacionadas com operações de comércio exterior. Passou-se a prever a possibilidade de o Ministro da Fazenda, em instância especial, julgar recursos de decisões dos Conselhos de Contribuintes, interposto pelos Procuradores representantes da Fazenda que ali atuam, bem como decidir sobre propostas de aplicação de equidade apresentadas pelos Conselhos de Contribuintes (artigo 26).

No ano de 1972, a sede do Primeiro Conselho de Contribuinte foi transferida para Brasília, e a dos demais, em meados do ano seguinte.

Com o Decreto nº 79.630, de 29 de abril de 1977, foi extinto o Terceiro Conselho de Contribuintes e suas competências, transferidas ao Segundo Conselho. O Quarto Conselho passou a denominar-se Terceiro Conselho.

Através do Decreto nº 83.304, 28 de março de 1979, foi instituída a Câmara Superior de Recursos Fiscais, vinculada ao Ministério da Fazenda

Em 30 de outubro de 1964, com o Decreto nº 54.767, foi criado o Terceiro Conselho de Contribuintes. Com a nova organização dos Conselhos, divididos em Câmaras, passaram os colegiados a funcionar com o mínimo de quatro e o máximo de oito membros, de livre escolha do Presidente da República, tendo sido mantida a paridade. Para os funcionários da Fazenda exigia-se reconhecida competência e conhecimentos especializados em assuntos tributários. Os representantes dos contribuintes passaram a ser indicados em lista tríplice por órgãos de classe. Os mandatos permaneceram definidos em dois anos e o número de suplentes passou para quatro, por Câmara.

Também subsistiu a atuação de um representante da Fazenda Nacional, agora perante cada uma das Câmaras criadas, funcionário do Ministério da Fazenda com formação em Direito, com conhecimentos especializados em assuntos tributários e designado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

Contra as decisões proferidas pelas Câmaras, passou-se a prever uma espécie de embargos de declaração, cabível para dirimir divergência entre o acórdão lavrado e os respectivos fundamentos.

Já naquela época era presente a preocupação com a imparcialidade. Foram estabelecidas, então, algumas hipóteses denominadas de impedimento à atuação dos Conselheiros: (a) quando existente interesse pessoal ou das sociedades de que fizessem parte como sócios, acionistas, interessados ou membros da diretoria ou de conselhos fiscais; (b) quando estivessem em disputa interesses diretos ou indiretos de qualquer parente, consaguíneo ou afim até o terceiro grau; e (c) na situação de o Conselheiro ter atuado no processo como autoridade julgadora de primeira instância, advogado ou representante da parte.

Com a criação da Comissão Coordenadora das Atividades dos Conselhos e Juntas Fiscais, as indicações dos membros dos Conselhos passaram a ser analisadas previamente, atribuição hoje do Comitê de Seleção dos Conselheiros, como se verá adiante.

A partir de 6 de março de 1972, o processo de determinação e exigência dos créditos tributários da União passou a ser regido pelo Decreto nº 70.235, que trouxe alterações para a estrutura dos órgãos de julgamento de segunda instância.

Foi instituído o Quarto Conselho de Contribuintes, em substituição ao Conselho Superior de Tarifa. Os Conselhos passaram a ter a seguinte competência em razão da matéria (tributo): o Primeiro Conselho ficou responsável pelo imposto sobre a renda; o Segundo, pelo imposto sobre produtos industrializados; o Terceiro, por tributos estaduais e municipais de competência da União nos Territórios e demais tributos federais; e, finalmente, o Quarto, por imposto de importação, imposto de exportação, demais tributos aduaneiros e penalidades relacionadas com operações de comércio exterior. Passou-se a prever a possibilidade de o Ministro da Fazenda, em instância especial, julgar recursos de decisões dos Conselhos de Contribuintes, interposto pelos Procuradores representantes da Fazenda que ali atuam, bem como decidir sobre propostas de aplicação de equidade apresentadas pelos Conselhos de Contribuintes (artigo 26).

No ano de 1972, a sede do Primeiro Conselho de Contribuinte foi transferida para Brasília, e a dos demais, em meados do ano seguinte.

Com o Decreto nº 79.630, de 29 de abril de 1977, foi extinto o Terceiro Conselho de Contribuintes e suas competências, transferidas ao Segundo Conselho. O Quarto Conselho passou a denominar-se Terceiro Conselho.

Através do Decreto nº 83.304, 28 de março de 1979, foi instituída a Câmara Superior de Recursos Fiscais, vinculada ao Ministério da Fazenda

e integrada pelos presidentes e vice-presidentes dos Conselhos de Contribuintes, com competência para apreciar recurso especial contra decisão não unânime, quando contrária à lei ou à evidência de prova (privativo do PFN) e contra decisão que desse à lei tributária interpretação divergente da que tenha dado outra câmara dos Conselhos de Contribuintes ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais. Estabeleceu-se a atuação de um Procurador da Fazenda Nacional, designado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, em cada um dos colegiados. Além disso, as câmaras dos Conselhos passaram a ser compostas por oito Conselheiros, nomeados pelo Ministro da Fazenda, com mandato de três anos, permitida a recondução sem qualquer limite. Os presidentes passaram a ser escolhidos dentre os representantes da Fazenda e os vice, dentre os representantes dos contribuintes.

Em 16 de março de 2007, com a criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil pela Lei nº 11.457, a competência para julgamento de recursos referentes às contribuições previdenciárias foi transferida do Conselho de Recursos da Previdência Social para o Segundo Conselho de Contribuintes, ficando o julgamento a cargo de Câmaras especializadas em matéria previdenciária.

Finalmente, com a Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, foi criado o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão colegiado do Ministério da Fazenda, paritário, que unificou a estrutura dos quatro órgãos de julgamento então existentes: Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes, e a Câmara Superior de Recursos Fiscais, que passou a integrá-lo.

Como muito bem esclarece o ex-presidente do CARF, Carlos Alberto Freitas Barreto, a racionalização da atividade de julgamento foi a principal razão para a unificação dos antigos Conselhos de Contribuintes:

> Anteriormente à criação do CARF, o contencioso administrativo federal era composto por três Conselhos de Contribuintes, com estruturas idênticas. A unificação em um único órgão, em 2009, visou [...] a uma maior racionalidade administrativa, ganhos de eficiência e economia de recursos, eliminando a sobreposição de funções. O escopo da mudança, a par de uma maior racionalidade administrativa, objetiva também conferir celeridade à solução dos litígios, observadas as garantias inerentes aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

3 Estrutura e funcionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF

3.1 Visão geral

A instalação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais efetivou-se em 19 de fevereiro de 2009, por meio da Portaria MF nº 41, de 17 de fevereiro de 2009, e o seu Regimento Interno – RICARF consta da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com alterações posteriores. Na internet, o endereço do sítio eletrônico é http://www.carf.fazenda.gov.br.

A finalidade maior do CARF, linhas gerais, é julgar, com relação a questões sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Receita Federal do Brasil (autos de infração, processos de restituição, compensação etc.), recursos de ofício[9], voluntários[10] e especiais.

Dispõe o Decreto nº 70.235/72:

> Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:
>
> ....
>
> II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério

9 De acordo com o art.1º da Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008, *"O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, sem valor superior a R$1.000.000,00 (um milhão de reais)".*

10 O recurso voluntário é interposto caso o contribuinte não concorde com a decisão proferida em primeira instância pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento.

da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial.

.....

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I – exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

II – deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada à infração denunciada na formalização da exigência.

§ 1º O recurso será interposto mediante declaração na própria decisão.

§ 2º Não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade.

.....

Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno.

.....

§ 2o Caberá recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, no prazo de 15 (quinze) dias da ciência do acórdão ao interessado:

I – (VETADO);

II – de decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, turma de Câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O recurso voluntário visa à satisfação de interesse próprio daquele que o interpõe, enquanto o recurso de ofício (também conhecido como *ex officio* ou, ainda, remessa necessária), à satisfação de interesse alheio (da Fazenda Nacional) ao sujeito que o interpõe (BOITEUX, 2006, p. 53).

Por sua vez, os pressupostos para a interposição do recurso especial estão estabelecidos no art.67, do Anexo II do Regimento Interno do CARF:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1° Para efeito da aplicação do caput, entende-se como outra câmara ou turma as que integraram a estrutura dos Conselhos de Contribuintes, bem como as que integrem ou vierem a integrar a estrutura do CARF.

§ 2° Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ou que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de primeira instância.

§ 3° O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

§ 4° Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida, indicando até duas decisões divergentes por matéria.

§ 5° Na hipótese de apresentação de mais de dois paradigmas, caso o recorrente não indique a prioridade de análise, apenas os dois primeiros citados no recurso serão analisados para fins de verificação da divergência.

§ 6° A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

§ 7° O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 8° Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou da Imprensa Oficial.

da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial.

.....

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I – exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

II – deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada à infração denunciada na formalização da exigência.

§ 1º O recurso será interposto mediante declaração na própria decisão.

§ 2° Não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade.

.....

Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno.

.....

§ 2o Caberá recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, no prazo de 15 (quinze) dias da ciência do acórdão ao interessado:

I – (VETADO);

II – de decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, turma de Câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O recurso voluntário visa à satisfação de interesse próprio daquele que o interpõe, enquanto o recurso de ofício (também conhecido como *ex officio* ou, ainda, remessa necessária), à satisfação de interesse alheio (da Fazenda Nacional) ao sujeito que o interpõe (BOITEUX, 2006, p. 53).

Por sua vez, os pressupostos para a interposição do recurso especial estão estabelecidos no art.67, do Anexo II do Regimento Interno do CARF:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1° Para efeito da aplicação do caput, entende-se como outra câmara ou turma as que integraram a estrutura dos Conselhos de Contribuintes, bem como as que integrem ou vierem a integrar a estrutura do CARF.

§ 2° Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ou que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de primeira instância.

§ 3° O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

§ 4° Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida, indicando até duas decisões divergentes por matéria.

§ 5° Na hipótese de apresentação de mais de dois paradigmas, caso o recorrente não indique a prioridade de análise, apenas os dois primeiros citados no recurso serão analisados para fins de verificação da divergência.

§ 6° A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

§ 7° O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 8° Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou da Imprensa Oficial.

§ 9° As ementas referidas no § 7° poderão, alternativamente, ser reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade e com identificação da fonte de onde foram copiadas.

§ 10. O acórdão cuja tese, na data de interposição do recurso, já tiver sido superada pela CSRF, não servirá de paradigma, independentemente da reforma específica do paradigma indicado.

§ 11. É cabível recurso especial de divergência, previsto no caput, contra decisão que der ou negar provimento a recurso de ofício.

O recurso especial é formalizado em petição dirigida ao presidente da câmara à qual esteja vinculada a turma que houver prolatado a decisão recorrida, no prazo de quinze dias contados da data da ciência da decisão, cabendo ao presidente da câmara recorrida admiti-lo ou, caso não satisfeitos os pressupostos de sua admissibilidade, negar-lhe seguimento (art.68 do Anexo II do RICARF).

O despacho que rejeitar, total ou parcialmente, a admissibilidade do recurso especial será submetido à apreciação do presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, sendo definitiva na esfera administrativa tal decisão (art.71 do Anexo II do RICARF).

Ao CARF compete ainda apreciar embargos de declaração contra suas decisões, quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma. Devem ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Turma, no prazo de cinco dias contados da ciência do acórdão, por Conselheiro do colegiado; pelo contribuinte, responsável ou preposto; pelo Procurador da Fazenda Nacional; pelos Delegados de Julgamento, nos casos de nulidade de suas decisões; ou, ainda, pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da liquidação e execução do acórdão (art.65 do Anexo II do RICARF).

3.2 Estrutura judicante

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais está estruturado em três Seções de Julgamento, especializadas por matéria, e compostas por quatro Câmaras, cada uma integrada por Turmas ordinárias e especiais[11]. Estas são voltadas a julgamento de processos que envolvam valores reduzidos. Inicialmente pensadas para terem caráter temporário, na prática vão se consolidando como permanentes.

Ainda na estrutura do CARF encontra-se a Câmara Superior de Recursos Fiscais, antes presente como órgão autônomo, composta por três Turmas especializadas por matéria e pelo Pleno. Suas Turmas são competentes para o julgamento de recursos especiais que, como visto anteriormente, voltam-se à uniformização da interpretação da lei tributária[12].

A seu turno, o Pleno encarrega-se da uniformização de decisões divergentes das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, cabendo ainda, por proposta do Presidente, dirimir controvérsias sobre interpretação e alcance das normas processuais aplicáveis no âmbito do CARF. Ademais, cabe editar enunciado de súmula quando se tratar de matéria que, por sua natureza, for submetida a duas ou mais turmas da CSRF[13].

Uma das características que inegavelmente demonstram a importância do CARF é a possibilidade de a alguns enunciados serem conferidos

11 De acordo com Regimento Interno do CARF, a competência das turmas especiais é restrita ao julgamento de recursos em processos que envolvam valores reduzidos, sendo o limite de alçada definido por ato do Ministro de Estado da Fazenda (art.8º). Atualmente, o limite de alçada é de 1(um) milhão de reais.

12 Dispõe o Anexo II do Regimento Interno do CARF: *"Art. 26. As turmas da CSRF são constituídas pelo presidente e vice-presidente do CARF e pelos presidentes e vice-presidentes das Câmaras da respectiva Seção. Art. 27. O Pleno da CSRF, composto pelo presidente e vice-presidente do CARF e pelos demais membros das turmas da CSRF, reunir-se-á quando convocado pelo Presidente do CARF para deliberar sobre matéria previamente indicada."*

13 Em sessão realizada em 29 de novembro de 2010 o Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais aprovou mais sete enunciados (Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010).

efeitos vinculantes a toda Administração Tributária Federal[14], ou seja, não apenas internamente. Dispõe o Anexo II do Regimento Interno:

> Art. 75. Por proposta do Presidente do CARF, do Secretário da Receita Federal do Brasil ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou de Presidente de Confederação representativa de categoria econômica de nível nacional, habilitadas à indicação de conselheiros, o Ministro de Estado da Fazenda poderá atribuir à súmula do CARF efeito vinculante em relação à administração tributária federal.
>
> § 1° A proposta de que trata o caput será encaminhada por intermédio do Presidente do CARF.
>
> § 2° A vinculação da administração tributária federal na forma do caput dar-se-á a partir da publicação do ato do Ministro de Estado da Fazenda no Diário Oficial da União.

A possibilidade de se atribuir efeito vinculante à súmula do CARF é mais uma medida que aproxima e institui semelhanças entre o tribunal administrativo e o Poder Judiciário, visando à celeridade na tramitação do processo (NETO, p.4.419).

3.3 Competência em razão da matéria (tributo)

De acordo com o regimento interno, em regra cabe à Primeira Seção de Julgamento processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, quando se tratar de antecipação do IRPJ; exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das

14 Tais efeitos já foram conferidos a alguns enunciados, conforme Portaria MF nº 383, publicada em 14/07/2010 no Diário Oficial da União.

Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES); penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas jurídicas, relativamente a tais tributos; bem como tributos, empréstimos compulsórios e matéria correlata não incluídos na competência julgadora das demais Seções.

Por sua vez, à Segunda Seção de Julgamento cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação do Imposto de Renda da Pessoa Física – IRPF; Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF; Imposto Territorial Rural – ITR; Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3° da Lei n° 11.457, de 16 de março de 2007; e penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas físicas e jurídicas, relativamente a estes tributos.

Por fim, à Terceira Seção de Julgamento, além da competência residual, cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação do PIS/PASEP, Cofins, Finsocial, IPI, CPMF, IOF, CIDE, Imposto de Importação, Imposto de Exportação, e de classificação fiscal de mercadorias. Além disso, quanto ao comércio exterior encarrega-se do julgamento referente às seguintes matérias:

> – contribuições, taxas e infrações cambiais e administrativas relacionadas com a importação e a exportação;
>
> – classificação tarifária de mercadorias;
>
> – isenção, redução e suspensão de tributos incidentes na importação e na exportação;
>
> – vistoria aduaneira, dano ou avaria, falta ou extravio de mercadoria;
>
> – omissão, incorreção, falta de manifesto ou documento equivalente, bem como falta de volume manifestado;

– infração relativa à fatura comercial e a outros documentos exigidos na importação e na exportação;

– trânsito aduaneiro e demais regimes aduaneiros especiais, e dos regimes aplicados em áreas especiais, salvo a hipótese prevista no inciso XVII do art. 105 do Decreto-Lei n° 37, de 18 de novembro de 1966;

– remessa postal internacional, salvo as hipóteses previstas nos incisos XV e XVI, do art. 105, do Decreto-Lei n° 37, de 1966;

– valor aduaneiro;

– bagagem; e

– penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas físicas e jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo.

Cabe, ainda, à Terceira Seção processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância, relativos aos lançamentos decorrentes do descumprimento de normas antidumping ou de medidas compensatórias (art.4°, parágrafo único, do Anexo II do Regimento Interno).

3.4 Processo de seleção dos Conselheiros, duração dos mandatos e composição das Turmas

Atualmente, o processo de seleção dos componentes do CARF envolve duas fases.

Quanto ao Conselheiro representante da Fazenda Nacional, a escolha recai sobre nomes constantes de listra tríplice elaborada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil[15]. No caso do Conselheiro representante dos contribuintes, a indicação considera nomes presentes em lista tríplice elaborada pelas confederações representativas de categorias econômicas de nível nacional e pelas centrais sindicais, sendo que estas últimas fazem a indicação de representantes dos trabalhadores para compor turmas vinculadas à Segunda Seção, com atribuição de julgamento de recursos que versem sobre contribuições previdenciárias.

15 A Portaria RFB nº 1.837, de 1º de outubro de 2010, dispôs sobre o processo seletivo interno para fins de composição de lista tríplice para designação de Conselheiro representante da Fazenda Nacional. A principal etapa do certame consiste na análise de currículo dos interessados, em que são valorados os seguintes itens: tempo de efetivo serviço na Administração pública ou no setor privado, em cargo de chefia na Secretaria da Receita Federal do Brasil e em área de julgamento de processos administrativos fiscais; formação técnico-acadêmica, quando se leva em consideração títulos de graduação e pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu*; bem como cursos de aperfeiçoamento.

De acordo com o art.29, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, a indicação de candidatos a Conselheiro recairá:

> I – no caso de representantes da Fazenda Nacional, sobre Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, em exercício no cargo há pelo menos 5 (cinco) anos;
>
> II – no caso de representantes dos contribuintes, sobre brasileiros natos ou naturalizados, com notório conhecimento técnico, registro no respectivo órgão de classe há, no mínimo, 5 (cinco) anos e efetivo e comprovado exercício de atividades que demandem conhecimento nas áreas de direito tributário, de processo administrativo fiscal, de tributos federais e de contabilidade.

Encerrada essa etapa, as listas tríplices são encaminhadas ao Comitê de Seleção de Conselheiros[16], vinculado à Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda. Este Comitê é composto por representante do CARF, indicado por seu Presidente, que presidirá o Comitê; da Secretaria da Receita Federal do Brasil, indicado pelo Secretário da Receita Federal do Brasil; da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, indicado por seu Procurador-Geral; das confederações representativas das categorias econômicas de nível nacional, que poderão indicar profissional com notório conhecimento de direito tributário ou de contabilidade; e da sociedade civil, designado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

16 A Portaria MF nº 438, de 27 de agosto de 2009, publicada no Diário Oficial da União em 28 de agosto de 2009 (Seção 1, p.29), aprovou o Regimento Interno do Comitê de Seleção de Conselheiros.

A título de informação, que se reputa relevante à sociedade, relativamente ao processo seletivo 2009/2010, foram designados os seguintes componentes do Comitê de Seleção de Conselheiros[17]: Sr. André Rocha Nardelli, Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, como representante da Secretaria da Receita Federal do Brasil; Sr. Paulo de Barros Carvalho, Professor universitário, como representante da sociedade civil; Sr. Cezar Saldanha Souza Júnior, Professor universitário, como representante da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Completaram a composição o Sr. Carlos Alberto Freitas Barreto, à época Presidente do CARF, e o Sr. Eurico Marcos Diniz de Santi, Professor universitário, como representante das confederações representativas das categorias econômicas de nível nacional[18].

O procedimento a cargo do Comitê de Seleção de Conselheiros compreende as fases de análise de currículo profissional, bem como entrevista de avaliação de conhecimentos específicos inerentes à função e aferição da disponibilidade do indicado para o exercício da função. Na hipótese de indicação para recondução ou designação para outro mandato, avalia-se o desempenho anterior na função, sem necessidade de lista tríplice.

Ao final, caberá ao Ministro de Estado da Fazenda a designação dos Conselheiros.

A regulamentação dos mandatos é tratada pelo art. 40, do Anexo II do Regimento Interno do CARF. Ordinariamente, a duração é de três anos, permitida a recondução por até nove anos. Há, ainda, regras especiais. No caso de Conselheiro que se encontre no exercício da presidência ou vice-presidência da Câmara Superior de Recursos Fiscais, ou de Câmara de alguma das Seções de Julgamento, o mandato pode alcançar dezoito anos. Na hipótese, de presidência, vice-presidência de turma ordinária ou especial, ou de substituto de Conselheiro, doze anos.

17 Portarias MF nº 439, 440 e 441, de 27 de agosto de 2009 (DOU de 1º de setembro de 2009, Seção 2, p.33).

18 Portaria MF nº 468, de 14 de setembro de 2009 (DOU de 15 de setembro de 2009, Seção 2, p.31).

Expirado o mandato, o Conselheiro continua a exercê-lo pelo prazo máximo de três meses. Somente após decorridos três anos após o término do mandato, dispensa ou renúncia, poderá o Conselheiro ser novamente designado. Com a aposentadoria, no caso de representante da Fazenda Nacional, cessa automaticamente o mandato.

Atualmente, as Turmas ordinárias e especiais do CARF são compostas por seis Conselheiros titulares e seis suplentes, mantida a paridade entre os representantes da Fazenda Nacional e os dos contribuintes.

É vedada a designação de mais de dois representantes que possuam relação ou vínculo profissional com outro Conselheiro em exercício de mandato, caracterizado pelo desempenho de atividade profissional no mesmo escritório ou na mesma sociedade de advogados, de consultoria ou de assessoria (art.38, do Anexo II do RICARF). Também não podem ser designados como Conselheiro representante dos Contribuintes ex-ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Procurador da Fazenda Nacional, antes de decorridos três anos do desligamento de seus cargos.

O Regimento Interno ainda contempla hipóteses de impedimento e de suspeição:

> Art. 42. O conselheiro estará impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha:
>
> I – atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;
>
> II – interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto;
>
> III – como parte, cônjuge, companheiro, parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;
>
> IV – participado do julgamento em primeira instância.

Parágrafo único. Para os efeitos do inciso II, considera-se existir interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro representante dos contribuintes:

I – preste consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ao interessado, ou dele perceba remuneração sob qualquer título, no período da instauração do processo administrativo fiscal e até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso; e

II – atue como advogado, firmando petições, em ação judicial cujo objeto, matéria, ou pedido seja idêntico ao do recurso em julgamento.

Art. 42. O Conselheiro estará impedido de atuar como relator em recurso especial em que tenha atuado, na decisão recorrida, como relator ou redator relativamente à matéria objeto do recurso especial.

Art. 43. Incorre em suspeição o conselheiro que tenha amizade íntima ou inimizade notória com o sujeito passivo ou com pessoa interessada no resultado do processo administrativo, ou com seus respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 44. O impedimento ou a suspeição será declarado por conselheiro ou suscitado por qualquer interessado, cabendo ao arguído, neste caso, pronunciar-se por escrito sobre a alegação antes do término do julgamento, o qual, se não for por ele reconhecido, será submetido à deliberação do colegiado.

Parágrafo único. No caso de impedimento ou suspeição do relator, o processo será redistribuído a outro conselheiro integrante do colegiado.

3.5 Sessões de julgamento

As turmas ordinárias e especiais realizarão até doze reuniões ordinárias por ano, composta cada uma por até dez sessões de julgamento[19], em geral públicas, salvo decisão justificada da Turma para exame de matéria sigilosa, facultada a presença das partes ou de seus procuradores (art. 53, do Anexo II do Regimento Interno).

19 As sessões de julgamento a serem realizadas em cada reunião são devidamente consignadas na ata de convocação.

Recentemente, o Regimento Interno do CARF foi modificado para contemplar a previsão de sessões não presenciais, que até o momento não foram implementadas, sendo asseguradas:

I – as garantias inerentes aos princípios da ampla defesa e do contraditório;

II – disponibilização de salas de recepção e transmissão para atuação das partes e participação do público;

III – a apresentação de memoriais em meio digital, previamente ao julgamento, e sustentação oral a partir de salas de recepção;

IV – a gravação da sessão de julgamento.

A nova alteração regimental facultou, ainda, ao Presidente do colegiado converter o julgamento de processo incluído em pauta de sessão de julgamento não presencial para sessão de julgamento presencial, de ofício, por solicitação de Conselheiro integrante do colegiado ou de qualquer das partes (art.53, §3º, do Anexo II).

Há, ainda, previsão no sentido de que sejam julgados em sessões não presenciais os recursos em processos de valor inferior a um milhão de reais ou, independentemente do valor, forem objeto de súmula ou resolução do CARF ou de decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (art.53, § 4º, do Anexo II).

Por fim, é importante dizer que as Turmas apenas deliberam quando presente a maioria de seus membros, sendo as decisões tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, que é representante da Fazenda Nacional, além do voto ordinário, o de qualidade.

4 Considerações finais

Como visto acima e já antecipado na introdução, o objetivo deste estudo foi apresentar em linhas gerais a estrutura e o funcionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Inegável é a sua importância no contencioso administrativo tributário, pois ali é que são decididas, em última instância, os processos administrativos de interesse da Fazenda Nacional e dos contribuintes que cada dia mais optam por tal caminho.

Vale ressaltar, ainda, que no julgamento não há subordinação à Receita Federal do Brasil, de sorte que não há obrigatoriedade de obediência aos atos emanados daquele órgão. Ainda durante a existência dos Conselhos de Contribuintes, já se afirmava (PAUSEN, ÁVILA, SLIWKA, 2007, p.76):

> Ao contrário das Delegacias de Julgamento, que devem observar o disposto no art.116, III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, bem assim o entendimento da Secretaria da Receita Federal (SRF) expresso em atos tributários e aduaneiros, os Conselhos de Contribuintes não estão subordinados à SRFB. Subordinam-se, porém, assim como as DRJs, à legalidade, não podendo, segundo a jurisprudência, já assentada no âmbito administrativo, decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei.

Por isso, equivoca-se quem afirma que o CARF:

> É órgão integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, o que significa dizer que faz parte da mesma estrutura da Secretaria da Receita Federal e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. [...] o órgão responsável pela revisão final do lançamento tributário compõe a mesma estrutura dos órgãos que promovem a fiscalização e a cobrança tributária (Receita Federal do Brasil), bem como a representação dos interesses da Fazenda em juízo (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional). (SOUZA, 2010, pp.4-5)

O fato de ser vinculado ao Ministério da Fazenda e tratar de questões tributárias não implica dizer que compõe também a estrutura da atual Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Engana-se quem pensa que o tema importa apenas aos profissionais diretamente ligados, vez que o que se decide no CARF relaciona-se à fiscalização e arrecadação de receitas tributárias que podem, obviamente, com prestígio aos ditames legais, em conjunto com um sistema executório eficiente, contribuir para o incremento de receitas estatais e, com isso, possibilitar o aumento de investimentos, sem a necessidade de aumento da carga tributária já existente e tão criticada pela sociedade. O contribuinte, por outro lado, que litiga no CARF, espera imparcialidade e decisões técnicas, pautadas na boa e devida forma.

Por interessar a toda a sociedade, não se pode desprezar como os colegiados são compostos, razão pela qual os critérios previamente estabelecidos para a indicação dos Conselheiros representantes da Fazenda e dos contribuintes devem ser continuamente avaliados rumo à manutenção da legitimidade das decisões proferidas[20].

A atuação do CARF, bastante especializada, em certa monta faz com que, diante de credibilidade de suas decisões, a instância judicial não seja sobrecarregada em razão da solução definitiva das demandas no âmbito administrativo[21]. Mesmo quando não favoráveis a seus interesses, os contribuintes, diante de uma decisão final do CARF, avaliam o custo de

20 *In* "Cortes constitucionais e a dinâmica do poder" (p.9), o Prof. Hélio Sílvio Ourém Campos afirma ser fundamental tornar transparente e aberto a reflexões o embate sobre a escolha dos juízes, constituindo-se até mesmo em um direito fundamental de cidadania. Em igual sentido, ao mostrar preocupação com a forma de ingresso nos tribunais brasileiros, salienta que "*...o tema da investidura não parece que deva passar ao largo*" (CAMPOS, 2010, p.28). Apesar de voltado à composição de cargos no Judiciário, as observações são pertinentes à escolha de integrantes de órgãos deliberativos da Administração pública.

21 De acordo com o Sr. Nelson Machado, ex-Secretário do Ministério da Fazenda, "*O novo regimento interno do CARF introduziu também novas exigências, tais como: a seleção de conselheiros, visando mais transparência nas indicações; a tramitação prioritária de processos e a criação de turmas especiais, para permitir mais celeridade no julgamento; e a possibilidade de vinculação das súmulas do CARF à Administração Tributária Federal, contribuindo para reduzir os litígios judiciais e administrativos*" (MARTINS, 2010, p.13).

ingressarem no Judiciário contra uma decisão de qualidade, que certamente reduz as chances de êxito da demanda judicial.

Para CARVALHO (pp.21-22), a jurisprudência administrativa do CARF constrói um sentido que parece ser o mais justo, diante das alterações constantes do próprio objeto de conhecimento:

> Durante muitos anos, a modificação de posicionamento pelo poder executivo ou judiciário foi mal vista pela comunidade científica, como fator desestabilizador da segurança jurídica. Acontece que entre os axiomas da atual linguística do texto, dois fatores existem para impedir, decisivamente, a estagnação das construções interpretativas: intertextualidade e inesgotabilidade do sentido.
>
> O primeiro, desde logo, põe a produção de linguagem em contato com todos os demais textos existentes, a ele ligados direta ou indiretamente; ao passo que o segundo leva em conta a irrepetibilidade do real, físico e social, para concluir ser impossível a reprodução exata das condições pragmáticas em que foi expedida a mensagem. Ainda que emissor e receptor sejam os mesmos e idêntico o teor digital da comunicação, ter-se-á alterado o meio envolvente, o que provoca, inevitavelmente, modificação interpretativa.
>
> Essas considerações conduzem o pensamento a mutações constantes diante do objeto do conhecimento, e de forma mais enfática quando se tratar de bens da cultura, como o direito, em que os valores fazem-se presentes de modo invariável.
>
> É o que se dá com a modificação jurisprudencial do CARF. O passar do tempo vai levantando dúvidas, estruturando problemas, sugerindo novos esquemas de avaliação dos dados da experiência, rendendo espaço, assim, ao aparecimento de diferentes propostas de compreensão. E nosso direito positivo, no seu plano empírico, tem oferecido discussões demasiadamente interessantes. A todo momento deparamo-nos com situações conflitivas que envolvem a tomada de diferentes opiniões pelos conselheiros, muitas vezes diametralmente opostas, transpondo, por esse modo, o importante obstáculo das ideologias no momento mesmo da positivação de suas decisões administrativas.

> A jurisprudência administrativa, ao seu jeito, vai construindo o sentido que lhe parece ser o mais justo, refletindo a inconstância dos relacionamentos sociais, enquanto a doutrina acompanha esse processo de configuração, procurando encontrar o perfil de uma outorga de competência que o legislador constituinte não adscreveu de maneira expressa.

A divulgação do CARF, no meio acadêmico e profissional, faz despertar a importância de sua atuação no cenário jurídico nacional, em uma área estratégica – fiscalização e arrecadação de tributos – para o Estado brasileiro em épocas de discursos sobre a necessidade de uma reforma fiscal e da redução da carga tributária.

Fica a mensagem de que o processo tributário, devidamente equacionado, deve representar um papel importante no desenvolvimento de uma verdadeira justiça tributária, tendo entre seus postulados o devido processo legal a afastar a ideia de um "Estado-juiz-de-sua-própria-causa" (SILVA, 2009, p. 305).

Board Administrative of Tax Appeals

Abstract

The Administrative Appeals Tax - CARF, although little researched and known in the academic and professional plays importance in the Brazilian state undeniable, because more and more federal tax disputes arebeing definitely solvedat the administrative level, which makes that decisions on the second and final instance there have made the mark of legitimacy. It is this premise that The study is anchored to exhibit in bright lines of the current structure body, without leaving to make a presentation on the implementation of administrative agencies for trial tax throughout history Brazilian.

Key-words: Tax Law. Federal Fiscal Administrative Procedure. Board Resource Tax - CARF.

Referências

BARRETO, Carlos Alberto Freitas. O bom Conselho: solucionar litígios. **Revista de Seguridade Social**, a. XX, n. 104. ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. Jul./ set. 2010.

BOITEUX, Fernando Netto. Recurso especial da União contra decisão do Conselhos de Contribuintes que julga recurso de ofício – possibilidade. **Revista Dialética de Direito Tributário** (RDDT), n. 124, jan. 2006.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. **O desenvolvimento e a sonegação fiscal**. Disponível em http://www.jfce.gov.br/internet/esmafe/materialDidatico/documentos/judiciarioDireitoDesenvolvimentoEconomico/desenvolvimentoSonegacaoFiscal-HelioCampos.pdf. Acesso em: 10 jan.2011.

_____. **As Cortes constitucionais e a dinâmica do poder.**

_____. Economia versus democracia: o princípio da legalidade em um Brasil globalizado. Recife: Edição do autor (e-book), 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Segurança jurídica no CARF**. Disponível em http://www.barroscarvalho.com.br/art_nac/seguranca_juridica_novo.pdf. Acesso em: 16 fev.2011.

MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais.** Rio de Janeiro: Capivara, 2010.

NEDER, Marcos Vinicius, LÓPEZ, Maria Teresa Martinez. **Processo administrativo fiscal federal comentado**. 3.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

NETO, Armando Zanin. As alterações no processo administrativo fiscal federal e a instalação do CARF. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE. Junho de 2010. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4047.pdf.> Acesso em: 15 fev. 2011.

PAUSEN, Leandro, ÁVILA, René Bergmann, SLIWKA, Ingrid Schroder. **Direito processual tributário:** processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Adonis Costa e. Uma abordagem teórica do processo administrativo tributário. In: SEVERO NETO, Manoel (org.). **Direito, cidadania & processo**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches – FASA, 2009.

SOUZA, Emmanuel Biar de. **O Conselho Administrativo dos Recursos Fiscais, suas decisões e a relação com o art.100 do CTN.** Disponível em http://www.veirano.com.br/veirano/Home/Biblioteca/Artigos/tabid/47/ArtigoId/1401/Default.aspx. Acesso em: 16 fev. 2011.

Sítios consultados na internet:

http://www.carf.fazenda.gov.br;

http://www.cnf.org.br;

http://www.exame.abril.com.br;

http://www.in.gov.br;

http://www.presidencia.gov.br;

http://www.receita.fazenda.gov.br

http://www.senado.gov.br;

Referência deste artigo

MONTEIRO, Eduardo Martins Neiva. CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 257-286, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 19 abr. 2011. Aprovado em: 31 maio 2011.*

O princípio do superior interesse das crianças e dos adolescentes

Felipe Soares Torres
Especialista em Direito das Pessoas e da Família pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Proteção dos Menores pelo Centro de Direito da Família da Universidade de Coimbra – Portugal. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra – Portugal. Advogado e professor da Faculdade Boa Viagem – FBV.

Resumo

O estudo tem por objetivo a análise do princípio do superior interesse das crianças e dos adolescentes no direito brasileiro vigente. Para tanto, apresentam-se inicialmente algumas características das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, trazendo um breve panorama jurídico da evolução da figura do ser humano em desenvolvimento, ao longo da história da humanidade. A posteriori, apresentar-se-á uma descrição do princípio estudado, trazendo à baila o conteúdo do interesse da criança, a análise deste princípio como um conceito jurídico indeterminado e a visão do direito internacional a respeito deste tema. Por fim, consolidam-se algumas técnicas para a aplicação satisfatória do princípio apreciado, além de se apontarem questões problemáticas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, envolvendo crianças e adolescentes e que foram verificadas ao longo da pesquisa científica.

Palavras-chave: Direito da Família. Criança. Adolescente. Superior Interesse da Criança e do Adolescente.

Introdução

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos[1], podendo agir de acordo com as suas convicções e ideologias. Contudo, o ordenamento jurídico não pode ignorar o fato de que até certa idade os seres humanos ainda não adquiriram o grau de conhecimento necessário para atuarem plenamente na vida cível[2]. Estas pessoas, inicialmente, são as crianças.

Até pouco tempo atrás, a criança era tratada como um ser desprovido de capacidade relevante para tomar decisões referentes a assuntos corriqueiros da sua vida pessoal e patrimonial. A noção de criança, pelo menos teoricamente, evoluiu. Hoje, em grande parte das civilizações ocidentais, a criança é perspectivada como um ser humano em desenvolvimento, um sujeito ativo na construção do seu futuro e titular de direitos fundamentais, os quais estão consagrados pelo ordenamento jurídico interno da maioria dos Estados e possuem o valor de princípios gerais do direito[3].

A despeito do progresso mencionado, a pessoa que se encontra num estágio inicial de amadurecimento ainda continua compreendida, em muitas situações, como um ser totalmente incapaz.

É notório que a fragilidade e a carência das crianças manifestam-se não só na prática dos atos jurídicos, mas também em todos os outros aspectos da sua vida cotidiana. Porém, apesar das deficiências serem amplas, a grande verdade é que estas são regressivas. À medida que a criança vai desenvolvendo suas competências e adquirindo experiências, a incapacidade natural vai desaparecendo. De fato, as crianças progridem e modificam o grau de sua maturidade e personalidade muito rapidamente, impondo ao direito acompanhar de perto tais mudanças.

1 Cfr. art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2 GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em comentários ao Código Civil Português**. Coimbra: Coimbra editora. v. I. 1929. p. 176, afirma que: "Todo homem nasce física e mentalmente débil. A inteligência e a vontade fortificam-se à medida do crescimento do respectivo organismo."

3 TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. p. 32 e ss.

Tendo como pano de fundo esta realidade, o presente artigo objetiva trazer um conceito jurídico moderno de criança e de adolescente como legítimos titulares de direitos e de deveres, alinhando esta perspectiva com o princípio do superior interesse das crianças, entendido por muitos como um princípio que enobrece a figura da criança e auxilia na tutela dos seus direitos.

2 Da infância à maioridade: síntese histórico-jurídica

Desde o direito antigo tem-se prestado uma atenção particular à condição dos seres humanos em estágios iniciais da vida, dotando-os de um regime jurídico especial, adaptado às suas características específicas.

O direito romano já regulava a situação das crianças, contudo, desconhecia o conceito geral de incapacidade[4]. Em Roma não havia uma divisão radical entre menoridade e maioridade. O direito romano fixou uma pluralidade de idades, atendendo ao desenvolvimento físico e intelectual da pessoa humana. A menoridade não era uma realidade uniforme[5].

Os jurisconsultos romanos consagravam a existência de uma relação entre o desenvolvimento sexual e intelectual das pessoas. Assim, a capacidade de agir encontrava-se relacionada ao reconhecimento da puberdade. A gradação vinda das fontes romanas estabelecia que aos sete anos existiam os *infans*, considerados totalmente incapazes. Após os sete

4 BURDESE, Alberto. **Capacità (diritto romano)**. Milão: Enciclopédia del Diritto. v. VI. 1960. p.1-3.

5 MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in)Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra editora. 2008. p. 20.

anos, os *impúberes*, os quais já eram imputáveis[6]. A *pubertas* verificava-se aos catorze anos para os homens e aos doze anos para as mulheres, levando, inicialmente, à capacidade plena[7].

No direito germânico primitivo existia apenas a menoridade e a maioridade. Não havia relatos de que dentro da maioridade e da menoridade ocorresse qualquer divisão. Nessa época, a maioridade estava relacionada com a aptidão para "pegar em armas"[8].

Até o século dezesseis, o conceito de infância era inexistente na Europa[9]. Na Idade Média, quando os pintores pretendiam representar artisticamente as crianças, desenhavam corpos pequenos com o rosto de adultos[10]. A criança não possuía o estatuto de adolescente. O ser humano passava de infante para "homem pequeno". Esta transição se dava através da convivência com os adultos, na rua, nas oficinas, ou em casa de família alheia, de acordo com a tradição da "aprendizagem"[11].

A partir dos séculos dezesseis e dezessete, os reformadores moralistas e os colégios das ordens religiosas começaram a recuperar, vagarosamente, a ideia esquecida de que os jovens possuem sentimentos específicos da sua idade, diferentes dos sentimentos dos adultos. Assim,

6 Para uma indicação histórica a respeito do tema, *vide* JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano – IV**. Coimbra: Coimbra editora. 2008. p. 173-174.

7 Nesse ponto, havia uma discussão entre os sabinianos e os proculianos, as duas grandes escolas de direito do período Clássico. Para os sabinianos, a *puberta* dependia de cada caso concreto. Estes defendiam uma *inspectio corporis*. Já os proculianos propugnavam a fixação de uma idade certa e igual para todos. Assim, no que tange à obtenção da capacidade plena, a solução vigente atualmente no Código Civil brasileiro é a trazida pela escola proculiana.

8 MAFFEI, Domenico. **Capacità. Diritto Intermedio**. Milão: Enciclopédia del Diritto. v. VI. 1960. p. 4.

9 Ainda hoje infância é um conceito complexo, construído pelos adultos em função dos seus interesses. Repleta de ambiguidades, continua a persistir uma concepção de criança como objeto de propriedade dos pais. Nesse sentido, *vide* FIONDA, Julia. **Legal Concepts of Childhood: an Introduction**. Oxford: Julia Fionda editora. 2004. p. 3-4.

10 Este fato, típico da Idade Média, demonstra a inexistência da especificidade da infância como fase inicial da vida dos seres humanos. OLIVEIRA, Guilherme de. **A criança maltratada**. Coimbra: Temas de Direito da Família. 1999. p. 188.

11 Nas sociedades pré-industriais, as crianças eram tratatadas como adultos em miniatura e começavam a trabalhar aos seis ou sete anos. As altas taxas de fecundidade e de mortalidade, típicas da demografia da época, enfraquecia o vínculo afetivo entre pais e filhos.

deu-se início a uma longa jornada, objetivando a cisão das crianças do mundo dos adultos, nomeadamente através da escolarização e da organização em classes de acordo com a idade.

Com relação ao enquadramento da criança como sujeito de diretos, Maria Clara Sottomayor afirma:

> A classificação, pelo direito, da criança como sujeito de direitos remonta ao movimento individualista do século XIX e à teoria geral do direito elaborada por Savigny, a qual constitui a base da ciência jurídica da família românica-germânica do direito. Contudo, esta qualidade de sujeito era considerada uma mera técnica de participação no tráfico jurídico e não implicava o reconhecimento da dignidade de pessoa humana[12].

A versão original do código Napoleônico considerava menor toda a pessoa de um ou de outro sexo que não tivesse atingido vinte e um anos de idade[13]. A Assembléia Legislativa francesa hesitou entre os vinte e um e os vinte e cinco anos do Direito comum, tendo optado pela primeira hipótese com o intuito de captar o apoio dos mais jovens. A menoridade seguia-se, imediatamente, às regras sobre poder paternal e antecedia os temas da tutela e da emancipação.

Na sua versão original, o Código Alemão veio romper essa unidade. Este Código incluiu a menoridade no campo da capacidade jurídica, enquanto o poder paternal e a tutela foram para o Livro de Direito da família. Já o Código Civil Italiano de 1942 trata destas regras no livro I, relativo às pessoas e à família.

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 fixou a maioridade aos vinte e um anos de idade. Este limite etário só foi reduzido para os de-

12 SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra editora. v. I. 2004. p. 127.

13 Cfr. arts. 388º e 488º, *Code Civil des français*, 1804.

zoito anos com a vigência da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a qual deu origem ao novo Código Civil brasileiro.

2.1 O conceito hodierno de criança e de adolescente

Para realizar uma abordagem jurídica a respeito de um princípio que envolve crianças e adolescentes, mister se faz estabelecer o conceito destas duas fases distintas da vida humana.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, define criança como sendo "todo ser humano menor de dezoito anos de idade, salvo quando, em virtude da lei que lhe seja aplicável, atinja a maioridade mais cedo" (art. 1º da CDC/89).

O Código Civil brasileiro não prevê expressamente a distinção entre crianças e adolescentes. O legislador brasileiro preferiu utilizar o termo "menor" para definir o indivíduo que ainda não completou dezoito anos de idade e não foi emancipado (art. 5º, CC).

Apesar de ser uma expressão mais antiga e consolidada na doutrina e na jurisprudência, o termo "menor" reflete uma ideia de inferioridade em relação ao sujeito que designa, tornando-se incompatível com o estatuto de cidadania que as crianças têm alcançado dentro e fora da família[14].

Diante desta perspectiva, o art. 2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), define como sendo criança a pessoa até os doze anos de idade incompletos. Já o adolescente é aquela pessoa que possui entre doze e dezoito anos de idade.

14 MARTINS, Rosa. **A criança, o adolescente e o acto médico.** O problema do consentimento. Coimbra: Coimbra editora. v. I. 2004. p. 791.

3 O interesse da criança: notas introdutórias

Superados os comentários iniciais referentes à evolução histórica da infância à maioridade e aos conceitos de criança e de adolescente, faz-se necessário adentrar no cerne do presente artigo, passando a tratar do princípio do superior interesse da criança.

No instante em que a criança encontra-se numa situação de perigo, sofrendo alguma espécie de privação ou dificuldade, é necessário introduzir algo que restabeleça a coerência e o equilíbrio em sua vida. Esse elemento, a definir de acordo com as circunstâncias e o tipo de necessidade, deverá constituir o interesse da criança[15].

O interesse da criança, com o sentido atualmente utilizado e com a intensidade e preocupação que hoje se exprime, é algo bastante recente. Sendo um dos princípios emergentes do direito moderno das pessoas e da família que atinge todo o seu regime legal, o interesse da criança irradia energia jurídica e alcança outras partes do ordenamento jurídico, não se limitando à esfera privada[16].

15 Com origem no século XIX, o princípio do superior interesse da criança encontrou o seu alicerce inicial nas correntes protecionistas e assistencialistas de hierarquia vertical, tendo se afirmado como um princípio de auto-limitação do poder dos adultos, utilizado no direito da família em âmbitos concretos (*favor legitimitatis*, na determinação da filiação e o *favor filii*, frente aos interesses dos pais, quando o pátrio poder foi considerado um *officium* mais do que um *beneficium*), e com perspectiva e aplicação limitada, em uma época em que as crianças eram vistas como objeto, não como sujeitos de direitos. A incompatibilidade e a superação do autoritarismo no seio familiar obrigaram seus membros a redistribuírem as funções, surgindo uma nova ordem familiar baseada na igualdade entre os cônjuges e na titularidade conjunta das responsabilidades parentais, modificando drasticamente o papel e a personalidade da criança nesse novo agregado familiar. Com esse marco ideológico e social de fundo, apareceu com força o interesse do menor, o qual nunca passou despercebido pelo direito, principalmente pela jurisprudência. Atualmente, este princípio destaca-se pela nova valoração que possui, tendo sido elevado ao patamar de princípio geral do direito. MONTERO, A. Reis. **A Revolução dos Direitos da Crianças**. Porto: Campo das Letras. 2002. p. 92 e 145 e RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **El interés del menor**. Madri: dykinson. v. II. 2007. p. 27-28 e 40.

16 No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio em causa aparece de forma explícita no artigo 100, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como um princípio geral que rege todas as medidas aplicadas por este diploma legal. Ademais, pode-se encontrar referência ao mencionado princípio nos artigos 19, § 2º; 22; 52-C, § 1º e 2º; 124, § 2º; 142; 148, alínea f; todos do ECA e nos artigos 1567, parágrafo único; 1574, parágrafo único; 1583, §3; 1589, parágrafo único; 1612; 1691;1692, todos do Código Civil. Como se pode depreender, o legislador estabeleceu várias expressões para destacar a prioridade do interesse da criança (interesse do menor, interesse dos filhos, interesse do adolescente, interesse da prole). A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 utiliza a expressão "interesse superior da criança" no seu art. 3º. Nos ordenamentos anglo-saxônicos, predomina o *the best interest of the child* e o *the best interests principle*. Em termos semelhantes, o princípio é utilizado em instrumentos internacionais e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. A

No que tange à justificativa jurídica deste princípio, a fundamentação recentemente aceita apregoa que o interesse da criança alicerça-se em dois pressupostos: uma ideia inicial de controle, delimitando o correto exercício dos direitos das crianças e a sua tutela; e outra concepção de solução, enquanto princípio interpretativo a serviço dos aplicadores do direito, para que estes o utilizem nas suas decisões em benefício das crianças[17].

A visão paternalista tradicional atribui ao menor o *status* de pessoa meramente protegida. Contudo, a visão autonomista moderna define a criança como sendo uma pessoa autônoma, possuindo, de acordo com a sua maturidade e com a questão a ser decidida, capacidade para concretizar o seu próprio interesse.

Assim, a noção de interesse da criança não deve resumir-se à esfera da proteção. Cabe a este princípio conferir os meios necessários para que a criança consiga obter, progressivamente, uma maior autonomia.

Neste sentido, entende-se autonomia não semelhante à de um adulto pois, neste caso, poder-se-ia incorrer no grave erro de equiparar duas fases distintas da vida humana. Trata-se de uma autonomia condizente com a situação da criança e que a habilite ao exercício de direitos e liberdades intransferíveis à sua personalidade.

Sobre a atual importância do mencionado princípio, verificam-se as palavras de Francisco Rivero Hernández:

> El interés del menor es, sin embargo, un standard jurídico y un concepto elevado por los legisladores y los tribunales a la categoría de principio general de gran repercusión en todo el Derecho de la persona, tanto en intensidad – ha modificado el régime funcional de no pocas instituiciones y derechos – como en las muy diversas proyecciones que ha alcanzado, en Derecho interno y em Convenios internacionales. Merece, pois, una atención particular [18].

respeito desta diferença de nomenclatura, verifica-se que a presença ou ausência do termo "superior" não altera nem prejudica o alcance jurídico do principio estudado, o qual tem como meta destacar a prioridade do interesse da criança quando confrontado com outros interesses, nomeadamente, dos adultos.

17 ZERMATTEN, Jean. **L' Intérêt Supérieur de l'Enfant, De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique**. Working Report, Institut International des Droits de l'Enfant. 2003. p. 11. Disponível em «http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_fr.pdf». Acesso em: 05 abr. 2011.

3.1 O interesse da criança como um conceito jurídico indeterminado

O interesse da criança é perspectivado como sendo um conceito jurídico indeterminado. Os diversos textos legislativos (nacionais e internacionais) não estabelecem de forma clara e direta em que consiste este interesse. Neste sentido, o princípio estudado tem sido alvo de inúmeras controvérsias que tentam influenciar, negativamente, a sua eficácia prática, sendo taxado como uma "fórmula mágica" que favorece a arbitrariedade judicial e o abuso de direito[19].

De fato, o interesse do menor não é susceptível de uma concretização em abstrato que valha para todos os casos, sendo perspectivado como um conceito jurídico através do qual a lei se refere a uma realidade cujo limite não define com exatidão [20].

Em decorrência da imprecisão mencionada, o princípio do interesse da criança torna-se mutável diante do contexto no qual as crianças e os jovens se encontram inseridos. É inegável que o caráter, aparentemente, vago e elástico deste conceito pode acarretar o surgimento de interpretações subjetivas, de acordo com a opinião pessoal dos julgadores.

18 "O interesse da criança é, sem dúvida, um modelo jurídico e um conceito elevado pelos legisladores e pelo tribunal à categoria de princípio geral de grande repercussão em todo o direito das pessoas, tanto em intensidade – tendo modificado o regime de funcionamento de muitas instituições e direitos – como nas mais diversas projeções que tem alcançado no direito interno e em Convenções internacionais. Merece, assim, uma atenção particular." (tradução nossa) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Ob. cit. p. 30.

19 CARBONIER, Jean. **Les Notions a Contenu Variable dans le Droit Français de la Famille**. Bruxelas: Les Notions a Contenu Variable en Droit, Études publiées par Chaïn Perelman et Raymond Vander Elst. 1984. p. 108.

20 Realizando duas apreciações a respeito do princípio analisado: uma geral e abstrata e outra concreta, DONNIER, Marc. **L' intérêt de l'enfant**. Paris: Recueil Dalloz. v. XXVI. 1959. p. 180-181.

Além disso, traz a possibilidade do surgimento de injustiças (tratamento distinto para casos iguais ou tratamentos iguais para casos diferentes), o que poderia vir a acarretar insegurança jurídica.

Contudo, verifica-se que, ao recorrer a um conceito jurídico indeterminado como técnica legislativa para tutelar as necessidades da criança, o legislador agiu de forma acertada.

Na prática, estabelecer precisamente todas as particularidades que rodeiam o mundo das crianças seria um esforço hercúleo, além de, por vezes, infundado. A dinâmica das relações que envolvem as crianças poderia pôr todo o trabalho a perder. Definir um princípio interpretativo de natureza constitutiva e com uma vasta abrangência, tanto no tempo como no espaço, incumbindo aos aplicadores do direito a missão de concretizá-lo de acordo com o caso *sub judice*, foi o melhor caminho que poderia ter sido seguido.

Diante de uma pluralidade de circunstâncias que podem margear o caso concreto, deve-se permitir uma pluralidade de valorações na aplicação do princípio, consagrando, assim, a sua real adequação às carências e às necessidades das crianças e dos adolescentes. Entende-se que este benefício é superior aos inconvenientes anteriormente mencionados.

3.2 Conteúdo do interesse da criança e a sua autonomia progressiva

Apesar de ser um conceito indeterminado, o interesse da criança não é absoluto. O seu conteúdo é estabelecido pela lei, pela ética e pelas convenções jurídico-sociais, podendo sofrer restrições legitimadas pelo princípio da proporcionalidade [21].

21 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Ob. cit. p. 69 e 87 ss.

De fato, a dependência de pressupostos fáticos e sua inserção em situações concretas da vida da criança trazem a noção de que o conteúdo do interesse do menor não é algo ilimitado[22].

Tendo como norte a ideia de que o princípio estudado possui a função de auxiliar o exercício dos direitos das crianças e de indicar a orientação correta a ser seguida pelos aplicadores do direito, pode-se retirar algumas ilações no sentido de aproximar-se do real conteúdo deste princípio.

A primeira conclusão é que o interesse do menor não constitui um direito subjetivo de cada criança. Este princípio interpretativo não deve ser entendido de maneira isolada, mas sim, no contexto global da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Um segundo passo é considerar o interesse do menor como conceito indeterminado e relativo, tanto em relação ao tempo, como em relação ao espaço, devendo ser concretizado sempre observando o seu efeito, a longo prazo, na vida das crianças. Deste modo, para que tal princípio seja aplicado corretamente, será necessário realizar uma previsibilidade objetiva no momento da sua utilização prática.

Por fim, o princípio estudado deve ser compreendido como um conceito evolutivo e dinâmico, além de duplamente subjetivo, perante a comunidade e perante as pessoas individualmente consideradas (pais, crianças, juízes e outros)[23].

22 No direito inglês, diante da dificuldade de sua concretização prática, a *Law Commission*, que trabalhou na preparação da Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989, decidiu estabelecer uma lista de critérios que podem direcionar a aplicação do princípio do superior interesse das crianças nos tribunais britânicos. Tais critérios são: os desejos e sentimentos da criança, considerados à luz de sua idade e discernimento; suas necessidades físicas, educacionais e emocionais; o efeito provável de qualquer mudança de situação na vida do menor; sua idade, sexo, ambiente e qualquer outra característica que o tribunal considere relevante; algum dano sofrido ou o risco de sofrê-lo; a capacidade de cada progenitor, ou da pessoal tomada em consideração para satisfazer as necessidades do menor; as possibilidades que o caso concreto oferece ao tribunal. CRETNEY, S.M. MASSON, J.M. **Principles of Family Law**. Londres: 5. ed. 1990. p. 517 e ss. *apud* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Ob. cit. p. 111-113.

23 ZERMATTEN, Jean. Ob. cit. p. 11.

Superadas as questões de concretização prática, para que se possa dar conteúdo ao princípio do interesse do menor, deve-se considerar um aspecto fundamental: a criança como um ser autônomo e em desenvolvimento.

Caminhando neste sentido, observa-se a criança não como objeto de direitos, mas como sujeito de direitos. Assim, não raras as vezes, será o recurso ao interesse superior da criança que determinará a restrição ou a compreensão de direitos de que esta é também titular em decorrência da sua autonomia.

Neste ponto, a ideia da criança como um sujeito ativo nas relações jurídicas, coligada com a dimensão cultural inerente a cada indivíduo, formará o conteúdo do superior interesse da criança, definindo o sentido e os limites que a própria criança possuirá como sujeito de direitos.

Logo, o conteúdo do interesse da criança deve ser entendido tendo-se em mente não a futura sociedade de adultos que irá se formar através das crianças, mas sim o presente destas, como seres em desenvolvimento, com autonomia e necessidades peculiares e proeminentes. Levando, assim, em consideração, a pessoa do menor, o seu desenvolvimento e a sua participação na sua própria vida, como componentes fundamentais para a delimitação do conteúdo do princípio analisado.

3.3 O interesse da criança visto pelo prisma do direito internacional

A preocupação e a atenção da Comunidade Internacional com relação ao desenvolvimento e ao bem-estar das crianças se manifesta nos instrumentos políticos e jurídicos adotados na esfera universal, consolidando um conjunto de normas destinadas à tutela específica dos menores.

Neste sentido, o princípio do superior interesse da criança tem sido reconhecido, internacionalmente, como o marco fundamental na evolução dos direitos destas[24].

A partir da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989[25], a utilização do princípio do interesse da criança como instrumento jurídico internacional de tutela da infância passou por uma transformação. Este princípio adquiriu um aparente consenso e uma cobertura legal que lhe conferiu força vinculativa. De fato, a estrutura base da Convenção consiste na combinação de dois elementos que não podem ser separados: os direitos das crianças e o princípio do superior interesse destas. A interpretação da CDC leva à conclusão de que a norma do interesse da criança supera o conceito tradicional de proteção, estando aberto a um novo desenvolvimento e a uma expansão jurídica[26]. Assim, deixando no passado a antiga ideia de proteção exclusiva, a nova face do interesse do menor fundamenta-se na promoção dos direitos individuais das crianças.

Atualmente, o princípio do superior interesse da criança, em decorrência das modificações sofridas nos últimos vinte anos, da eficaz pres-

24 No direito inglês, a presença do interesse do menor é mais antiga e aparece na prática da *Chancery Court*, no término do século XVIII. No século XIX a *Guardianship of infants* de 1886, estabelecia que o bem-estar da criança (*child's welfare*) era uma relevante consideração junto com outras, como por exemplo, a conduta e os desejos dos pais.

25 A Declaração dos Direitos das Crianças de 1924, no seu princípio segundo, faz menção implícita ao superior interesse da criança, ao estabelecer que: "A humanidade deve dar a criança o melhor que tem." Posteriormente, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, de forma direta, consolida na Base II que: "A criança deve beneficiar de uma proteção especial e ver-se rodeada de possibilidades concedidas pela lei e por outros meios, a fim de se poder desenvolver de uma maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Na adoção de leis para este fim, o interesse superior da criança deve ser a consideração determinante." A Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980, sobre aspectos cíveis da subtração internacional de menores; as Regras de Beijing, de 1985 e os Princípios Orientadores de Riad em 1988, foram, também, importantes instrumentos que antecederam a Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças de 1989. Após a CDC de 1989, pode-se citar como instrumentos internacionais que influenciaram a noção de interese do menor a Convenção de Haia número XXXIII, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 29 de maio de 1993; a Carta dos Direitos Fudamentais da União Europeia de 7 de dezembro de 2001; as Recomendações da ONU emanadas do Comitê dos Direitos da Criança; a Resolução das Nações Unidas de 2002, que aprovou o documento "Um Mundo Digno das Crianças" e o programa do Conselho da Europa de 2006 "Construir uma Europa para e com as crianças".

26 WOLF, Joachim. **The Concept of the 'Best Interest' in the Therms of the UN Convention on The Rights of the Child**. Boston-London: The Ideologies of Children's Rights. ed. Michael Freeman and Philip Veerman. v. 23. 1992. p. 125-133.

são exercida pelas Declarações e Convenções Internacionais, além, obviamente, da evolução social e jurídica dos povos, encontra-se presente nas legislações internas de muitos países. Este princípio vem, inegavelmente, iluminando o caminho seguido pelos aplicadores do direito em todo o mundo e influenciando, de maneira direta, a jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais.

3.4 Aplicação do princípio estudado

O princípio do superior interesse da criança põe em evidência a realidade do menor como sujeito ativo nas relações jurídicas, digno de atenção, proteção e promoção. Ao juiz caberá a função e o trabalho mais árduo. Deverá o magistrado ponderar fatos, dados, circunstâncias e juízos de valores (dos pais, dos peritos e de todos que participem do processo), procedendo à elaboração minuciosa da análise da situação para, só assim, buscar um ponto de equilíbrio entre o real interesse da criança e as vicissitudes do caso concreto, separando o "joio do trigo".

O menor, no sentido legal (com referência a sua idade) e como objeto de aplicação do princípio estudado, tanto pode ser a criança recém-nascida como o adolescente de dezessete anos. Claramente, o aplicador do direito não poderá utilizar-se dos mesmos critérios para determinar qual será o interesse do menor em todos os casos.

Logo, estabelecer, por exemplo, se a guarda da criança será atribuída ao pai ou à mãe no momento do divórcio; se o adolescente irá ingressar no mercado de trabalho ou irá fazer um curso no exterior; ou se a criança irá se submeter a uma intervenção cirúrgica são questões, obviamente, melindrosas e que encontram respostas subordinadas a uma análise interpretativa da realidade pessoal, familiar, cultural e social do menor[27].

27 BREEN, Claire. **A Western Tradition in International and Comparative Law, The Standard of the best Interest of the child**. The Hague/London/New York: International Studies in the Human Rights. v. 72. 2002. p. 86, afirma: "[...] um grau de flexibilidade na interpretação dos direitos das crianças e na figura do superior

Apesar de todo o subjetivismo mencionado, a noção de interesse da criança também contém uma zona definida como núcleo do conceito. Esta zona é passível de ser preenchida através do recurso a valorações objetivas, estando a discricionariedade do julgador limitada[28].

Neste sentido, pode-se depreender que o interesse da criança, mesmo sendo compreendido como um conceito jurídico indeterminado, possui uma parcela subjetiva e outra objetiva. Na cota subjetiva, será atribuída uma ampla carga de discricionariedade ao julgador. O mesmo não ocorrerá quando o juiz for apreciar questões atinentes à fração objetiva deste princípio[29].

Deste modo, caberá ao magistrado definir a sua concretização objetiva de acordo com princípios constitucionais, como por exemplo, o direito da criança à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 227º, CF).

O aplicador do direito também poderá seguir as orientações legais do conteúdo das responsabilidades parentais, além de, sempre que possível, levar em consideração a autonomia da criança na organização da sua própria vida.

interesse pode sempre ser necessário para que possam levar-se em conta diferenças regionais e culturais." (tradução nossa).

28 Trazendo como exemplo de uma zona de consenso, livre do subjetivismo judiciário e limitadora da discricionariedade judicial, dentro do conceito de interesse da criança, SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Qual é o interesse da criança?** Identidade Biológica versus Relação afectiva. Coimbra: Coimbra editora. 2008, p. 49, faz referência à manutenção da estabilidade da vida familiar e social da criança, dos laços afetivos profundos e da verdade afetiva e sociológica da criança.

29 Com relação ao princípio estudado, a doutrina alemã e a espanhola fazem a distinção entre: a) um núcleo fixo (*Begriffskern*), também denominado de "zona de certeza positiva, " formada por dados seguros como condição inicial mínima; b) uma "zona de certeza negativa", no sentido de que a partir daí desaparece o valor implícito do conceito; e c) uma "zona intermediária", de variação e de incerteza (*Begriffshof*), onde cabem várias opções dentro de margens relativas e imprecisas. Esta zona de ambiguidade torna-se mais ampla à medida que o conceito deixa de ser técnico ou especializado e se torna cultural ou valorativo. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Ob. cit. p. 71-72.

são exercida pelas Declarações e Convenções Internacionais, além, obviamente, da evolução social e jurídica dos povos, encontra-se presente nas legislações internas de muitos países. Este princípio vem, inegavelmente, iluminando o caminho seguido pelos aplicadores do direito em todo o mundo e influenciando, de maneira direta, a jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais.

3.4 Aplicação do princípio estudado

O princípio do superior interesse da criança põe em evidência a realidade do menor como sujeito ativo nas relações jurídicas, digno de atenção, proteção e promoção. Ao juiz caberá a função e o trabalho mais árduo. Deverá o magistrado ponderar fatos, dados, circunstâncias e juízos de valores (dos pais, dos peritos e de todos que participem do processo), procedendo à elaboração minuciosa da análise da situação para, só assim, buscar um ponto de equilíbrio entre o real interesse da criança e as vicissitudes do caso concreto, separando o "joio do trigo".

O menor, no sentido legal (com referência a sua idade) e como objeto de aplicação do princípio estudado, tanto pode ser a criança recém-nascida como o adolescente de dezessete anos. Claramente, o aplicador do direito não poderá utilizar-se dos mesmos critérios para determinar qual será o interesse do menor em todos os casos.

Logo, estabelecer, por exemplo, se a guarda da criança será atribuída ao pai ou à mãe no momento do divórcio; se o adolescente irá ingressar no mercado de trabalho ou irá fazer um curso no exterior; ou se a criança irá se submeter a uma intervenção cirúrgica são questões, obviamente, melindrosas e que encontram respostas subordinadas a uma análise interpretativa da realidade pessoal, familiar, cultural e social do menor[27].

27 BREEN, Claire. **A Western Tradition in International and Comparative Law, The Standard of the best Interest of the child**. The Hague/London/New York: International Studies in the Human Rights. v. 72. 2002. p. 86, afirma: "[...] um grau de flexibilidade na interpretação dos direitos das crianças e na figura do superior

Apesar de todo o subjetivismo mencionado, a noção de interesse da criança também contém uma zona definida como núcleo do conceito. Esta zona é passível de ser preenchida através do recurso a valorações objetivas, estando a discricionariedade do julgador limitada[28].

Neste sentido, pode-se depreender que o interesse da criança, mesmo sendo compreendido como um conceito jurídico indeterminado, possui uma parcela subjetiva e outra objetiva. Na cota subjetiva, será atribuída uma ampla carga de discricionariedade ao julgador. O mesmo não ocorrerá quando o juiz for apreciar questões atinentes à fração objetiva deste princípio[29].

Deste modo, caberá ao magistrado definir a sua concretização objetiva de acordo com princípios constitucionais, como por exemplo, o direito da criança à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 227º, CF).

O aplicador do direito também poderá seguir as orientações legais do conteúdo das responsabilidades parentais, além de, sempre que possível, levar em consideração a autonomia da criança na organização da sua própria vida.

interesse pode sempre ser necessário para que possam levar-se em conta diferenças regionais e culturais." (tradução nossa).

28 Trazendo como exemplo de uma zona de consenso, livre do subjetivismo judiciário e limitadora da discricionariedade judicial, dentro do conceito de interesse da criança, SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Qual é o interesse da criança?** Identidade Biológica versus Relação afectiva. Coimbra: Coimbra editora. 2008, p. 49, faz referência à manutenção da estabilidade da vida familiar e social da criança, dos laços afetivos profundos e da verdade afetiva e sociológica da criança.

29 Com relação ao princípio estudado, a doutrina alemã e a espanhola fazem a distinção entre: a) um núcleo fixo (*Begriffskern*), também denominado de "zona de certeza positiva, " formada por dados seguros como condição inicial mínima; b) uma "zona de certeza negativa", no sentido de que a partir daí desaparece o valor implícito do conceito; e c) uma "zona intermediária", de variação e de incerteza (*Begriffshof*), onde cabem várias opções dentro de margens relativas e imprecisas. Esta zona de ambiguidade torna-se mais ampla à medida que o conceito deixa de ser técnico ou especializado e se torna cultural ou valorativo. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Ob. cit. p. 71-72.

Conclusões

Palmilhado esse curto caminho, pode-se extrair algumas considerações finais com relação à situação das crianças e dos adolescentes e à forma como o princípio do superior interesse da criança encontra-se materializado no nosso ordenamento.

Restringir a capacidade de agir das crianças a um marco etário fixo, uma fronteira intransponível entre a capacidade plena e a incapacidade absoluta é, simplesmente, não levar em consideração toda a evolução pela qual o direito dos menores tem passado ao longo dos tempos. É ter uma visão reducionista da imagem social da criança, não a perspectivando como um ser humano repleto de anseios e que necessita de autodeterminação para desenvolver-se de modo satisfatório.

Nesse sentido, pode-se inicialmente apontar um problema legislativo existente no ordenamento jurídico brasileiro (e na maioria dos ordenamentos jurídicos espalhados ao redor do mundo) que fere os interesses das crianças e dos adolescentes: a inexistência de um critério de transição da menoridade à maioridade, que valorize de maneira adequada o desenvolvimento progressivo das faculdades físicas, intelectuais, morais e emocionais de cada ser humano.

A determinação peremptória dos dezesseis anos para o fim da incapacidade absoluta e início da capacidade relativa e dezoito anos como via de acesso à maioridade, compatibiliza-se mal com certas situações em que a criança com menos idade pode gozar de maturidade suficiente para praticar atos jurídicos válidos.

Com efeito, este critério rígido mostra a clara preferência dada pelo legislador à segurança das relações jurídicas em detrimento do superior interesse da criança e do adolescente.

Assim, pode-se propor um sistema jurídico de transição da menoridade à maioridade mais flexível e repartido em três grandes fases distintas, inspirado no modelo Austríaco e Alemão.

Até os setes anos de idade a criança será considerada "incapaz", devendo sempre ser representada em todos os seus atos pelos titulares das responsabilidades parentais e, subsidiariamente, pelos tutores. Sem a devida representação legal, o ato praticado pela criança será considerado nulo.

Dos setes anos até os catorze anos de idade, a criança será considerada "relativamente incapaz". Nessa faixa etária, a criança deverá ser representada na prática da maioria dos atos jurídicos. De forma excepcional, a criança já poderá ser assistida em alguns atos, cabendo ao legislador defini-los de acordo com o princípio do superior interesse da criança, a segurança do tráfego jurídico e o grau de complexidade do ato em causa. Conforme o método proposto, nessa fase da vida da criança já devem ser inseridos alguns espaços de autodeterminação, principalmente com relação à participação e à opinião da criança em decisões que afetam diretamente o seu desenvolvimento, além do que, o ato praticado pela criança nessa idade, sem a anuência do representante legal ou do assistente legal (dependendo do ato em questão), será considerado anulável.

Por fim, a terceira fase seria dos catorze anos até os dezoito anos de idade. Nesse momento, o adolescente será considerado "relativamente capaz". Deverá o adolescente ser sempre assistido pelos titulares das responsabilidades parentais e, quando o legislador entender por bem, poderá agir de forma totalmente autônoma através do recurso às "maioridades antecipadas", as quais deverão ser fomentadas. Encontrando-se na referida faixa etária, o ato praticado pelo adolescente sem a anuência do assistente legal será compreendido como anulável.

Percebe-se que essa proposta não é isenta de crítica, porém materializaria um enorme benefício aos dois principais ícones envolvidos: à criança, que muitas vezes se encontra injustamente afastada das relações jurídicas; e ao interesse do tráfico jurídico, o qual seria melhor servido pela previsão de vários limites etários, com consequências diferenciadas para os atos praticados pelo menor.

Além do que, a referida sugestão de modificação legislativa não padece do vício da inconstitucionalidade, harmonizando-se bem com o princípio do superior interesse da criança, com direito à capacidade jurídica e ao desenvolvimento da personalidade, com o princípio da igualdade e com os demais preceitos constitucionais assegurados aos seres humanos que se encontram na fase inicial de sua vida e em um estágio de amadurecimento.

Ainda dentro dessa temática, tem-se a exata consciência de que apenas a modificação de escalões etários e a ampliação e sistematização dos direitos das crianças, através da concessão de espaços de autonomia, não surtirão o efeito prático desejado se não forem modificadas as condições reais em que as crianças se encontram inseridas, tanto no âmbito familiar como perante a sociedade.

Assim, tão importante quanto a existência de uma legislação progressista, que perceba adequadamente a criança como um ser humano em desenvolvimento, é a mudança da mentalidade daqueles que exercem o controle sobre as ações do menor.

Os elementos estruturantes existentes nas relações familiares e sociais não devem ser menosprezados, mas tão somente repensados. O conteúdo da autoridade dos genitores é um desses elementos. A família tem um papel insubstituível em tudo o que se refere às crianças. Cabe ao legislador buscar o justo ponto de equilíbrio entre o poder familiar e a tutela da independência progressiva dos menores.

Como ponto positivo extraído do estudo elaborado, pode-se apontar a tendência atual consolidada tanto pelos tribunais brasileiros como pelos tribunais internacionais em privilegiar o princípio do superior interesse da criança como o elemento norteador de várias decisões.

Percebe-se esse fato como sendo o primeiro passo da grande mudança que está acontecendo com relação à perspectiva pela qual o menor é visto. Mais do que uma questão jurídica, a definição e a preservação exata do superior interesse da criança trazem consigo uma enorme importância social, firmando um critério de justiça protetora daqueles que, juntamente com os idosos, são os elos mais frágeis da sociedade.

Assim, apesar dos problemas apontados, pode-se dizer que as crianças e os adolescentes estão, paulatinamente, recebendo o cuidado merecido pelos aplicadores do direito.

O ser humano evolui. Novos desafios surgem diariamente. A criança, de maneira cada vez mais precoce, passa a estreitar as relações com o mundo que a rodeia. A noção de incapacidade da criança vem sendo constantemente repensada. Como foi demonstrado ao longo da investigação, o ordenamento jurídico não pode fechar os olhos para a realidade das crianças como sujeitos autônomos, titulares de direitos específicos, com capacidade de modificar o seu próprio meio social e de participar na satisfação de suas necessidades e das necessidades dos demais.

Do exposto, pode-se ressaltar que ainda há muito que evoluir. É preciso assegurar o progressivo aperfeiçoamento dos sistemas legislativos com o *animus* de manter e de estimular o desenvolvimento das crianças sempre *pari passu* com o realidade social atual. Assim, poderão os aplicadores do direito cada vez mais consolidar, de maneira satisfatória, a autonomia das crianças incapazes no presente e, por conseguinte, transformá-las em homens cada vez mais capazes no futuro.

The principle of higher interest of children and adolescents

Abstract

The study aims to analyze the principle of best interests of children and adolescents in Brazilian law in force. To this end, we present some initial characteristics of children and adolescents as subjects of rights, providing a brief overview of the evolution of legal figure in human development throughout history. A posteriori, it will provide a description of principle study, bringing up the contents of the child's interest, the analysis of this principle as an undefined legal concept and vision of international law regarding this issue. Finally, it consolidates some techniques for the satisfactory implementation of appreciated principle, while identifying problem areas exist in Brazilian law involving children and adolescents and that were found throughout the scientific research.

Key-words: Family Law. Child. Adolescent. Higher Interest of the Child and Adolescent.

Referências

BREEN, Claire. **A Western Tradition in International and Comparative Law, The Standard of the best Interest of the child.** The Hague/London/New York: International Studies in the Human Rights. v. 72. Martinus Nijhoff Publishers. 2002.

BURDESE, Alberto. **Capacità (diritto romano)**. Milão: Enciclopedia del Diritto. v. VI. 1960.

CARBONIER, Jean. **Les Notions a Contenu Variable dans le Droit Français de la Famille**. Bruxelas: Les Notions a Contenu Variable en Droit, Études publiées par Chaîn Perelman et Raymond Vander Elst. 1984.

CRETNEY, S.M., MASSON, J.M. **Principles of Family Law**. Londres: 5. ed. 1990.

DONNIER, Marc. **L' intérêt de l'enfant**. Paris: Chronique. XXVI. Recueil Dalloz. 1959.

FIONDA, Julia. **Legal Concepts of Childhood: an Introduction**. Oxford: Julia Fionda. 2004.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em comentários ao Código Civil Português**. Coimbra: Coimbra editora. v. I. 1929.

JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano – IV**. Coimbra: Coimbra editora. 2008.

MAFFEI, Domenico. **Capacità. Diritto Intermedio**. Milão: Enciclopedia del Diritto. v. VI. 1960.

MARTINS, Rosa. **A criança, o adolescente e o acto médico.** O problema do consentimento. Coimbra: Coimbra editora. 2004.

_____. **Menoridade, (in)Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Centro de Direito da Família. Coimbra editora. 2008.

MONTEIRO, A. Reis. **A Revolução dos Direitos da Crianças**. Porto: Campo das Letras. 2002.

OLIVEIRA, Guilherme de. **A criança maltratada**. Coimbra: Temas de Direito da Família. Coimbra editora. 1999.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **El interés del menor**. Madri: dykinson. v. II . 2007.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra editora. v. I. Coimbra. 2004.

_____. **Qual é o interesse da criança?** Identidade Biológica versus Relação afectiva. Coimbra: Coimbra editora. 2008.

TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

WOLF, Joachim. **The Concept of the 'Best Interest' in the Therms of the UN Convention on The Rights of the Child**. Boston-London: The Ideologies of Children's Rights. ed. Michael Freeman and Philip Veerman. v. 23. 1992.

ZERMATTEN, Jean. **L' Intérêt Supérieur de l'Enfant, De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique**. Working Report. Institut International des Droits de l'Enfant. 2003. Disponível em: <http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_fr.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2011.

Referência deste artigo

TORRES, Felipe Soares. O princípio do superior interesse das crianças e dos adolescentes. **Revista da ESMAPE**. Recife, v. 15, n. 32, p. 287-308, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 10 mar. 2011. Aprovado em: 29 abr. 2011.*

A proteção da biodiversidade contra os organismos geneticamente modificados no protocolo de Cartagena sobre biossegurança: uma análise crítica

Fernanda Barreto Campello Walter
Graduada em Direito e Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito Internacional e Relações Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada e professora do curso de Direito da Faculdade Boa Viagem.

Resumo

No contexto do Direito e Relações Internacionais, o mundo está dividido entre países importadores e países exportadores de alimentos. Suas posições nas negociações internacionais acerca da proteção do ambiente são influenciadas, inequivocamente, por este contexto. O presente artigo realiza uma análise crítica do Protocolo de Cartagena sobre biossegurança, primeiro instrumento internacional que visa proteger a biodiversidade dos organismos geneticamente modificados ou transgênicos. O objetivo da pesquisa foi apontar as principais falhas nos seus mecanismos de controle. Com este mister, são analisados, inicialmente, importantes conceitos ligados ao tema, tais como o de biossegurança, biodiversidade, biotecnologia, assim como o do princípio da precaução.

Palavras-chave: Transgênicos. Biodiversidade. Biossegurança. Protocolo de Cartagena.

1 Introdução

O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, em vigor desde 2003, é o primeiro acordo internacional vinculante sobre o tema dos organismos geneticamente modificados (OGM) e o primeiro a adotar o princípio da precaução de forma inequívoca. O artigo inicial do Protocolo estabelece que seu objetivo é, em conformidade com o enfoque da precaução, contribuir para a garantia de um um nível adequado de proteção na área da transferência, da manipulação e da utilização seguras dos organismos geneticamente modificados, resultantes da biotecnologia moderna, que possam provocar efeitos prejudiciais para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, concentrando-se primordialmente nos movimentos transfronteiriços

Assim, o Protocolo tem uma missão extremamente complicada: aproximar legislações nacionais sobre organismos geneticamente modificados bem diferentes entre si e, em muitos casos, suprir a ausência de regulamentação nacional[1].

De acordo com o referido instrumento, deve-se entender por organismo geneticamente modificado qualquer organismo que tenha uma combinação de material genético inédita, obtida por meio do uso da biotecnologia moderna. No Brasil, é mais comum a utilização da palavra transgênicos, mas com o mesmo significado.

São diversas as classificações na doutrina especializada quanto à evolução da técnica de modificação genética, a depender do objetivo perseguido e do foco da pesquisa. No tocante às plantas ou, até mesmo, aos alimentos transgênicos em geral, a literatura costuma dividir a evolução da aplicação da técnica por gerações, levando em conta

1 Segundo Barbara Eggers e Ruth Mackenzie, "The responses of national legislators to GMOs differ considerably and include: 'no regulation' (to date many developing countries), 'specific regulation' invoving pre-maketing aproval and mandatory labelling regimes for GMOs (e.g. EC), and 'existing regulation' simply aplying the instruments developed for conventional foods and pesticides" (EGGERS; MACKENZIE, 2000, v. 3, p. 526).

critérios cronológicos e a finalidade comercial perseguida com as alterações.

A primeira geração de plantas transgênicas teve início apenas nos anos 80 e é caracterizada por alterações com finalidades agrônomas, tais como tolerância a herbicidas, resistência às pragas e, ainda, a condições adversas, como salinidade e desidratação do solo. Ressalte-se aqui, como faz Echols, que é nessa primeira geração de produtos que se encontram os alimentos consumidos pela maioria da população do mundo e pelos animais e, por isso mesmo, exportados em grandes quantidades pelos países produtores(ECHOLS, 2001, p. 71). Em razão desse volume de exportação, os conflitos comerciais envolvendo transgênicos estão ligados aos produtos provenientes dessa geração.

São também decorrentes dessa geração, talvez pelo tempo que já estão no mercado e pelo volume de movimentos transfronteiriços, os riscos já documentados contra a biodiversidade.

O presente estudo visa realizar uma análise minuciosa e crítica do mencionado Protocolo e de seus institutos, no tocante a sua capacidade de proteger a biodiversidade do planeta, tendo em conta, dentre outros aspectos, a difícil negociação internacional que o precedeu. Nesse intuito são estudados os antecedentes históricos do Protocolo, seu quadro institucional, seus objetivos e seu âmbito de aplicação, além dos procedimentos regulatórios nele previstos e destinados aos diversos tipos de OGM.

Não se desenvolve, unicamente, uma pesquisa de Direito Internacional Público, pois a perspectiva aqui adotada, como visto, é a de proteção ambiental. A regulamentação é apreciada com foco nos riscos ambientais decorrentes dos OGM; realiza, assim, um evidente estudo de Direito Internacional do Ambiente.

Tendo em vista a finalidade do estudo, desenvolvem-se inicialmente conceitos essenciais ao tema, como os de biotecnologia, transgênicos, biossegurança e Engenharia Genética.

É também indispensável o desenvolvimento de uma seção sobre a biodiversidade e sobre os riscos que os OGM a ela oferecem, já que o Protocolo tem como objetivo principal sua conservação.

Finalmente, antes da análise crítica do Protocolo, realiza-se um breve estudo sobre a evolução da ideia de prevenção de perigos e riscos e sobre os elementos essenciais da precaução, princípio ontologicamente ligado ao tema.

Finaliza-se a presente investigação com a elaboração de conclusões que expõem frustrações e críticas à regulação analisada, esperando-se que o trabalho tenha atingido o seu objetivo de expor a situação internacional da proteção do ambiente contra os OGM e, assim, aprofundar o debate para que soluções mais efetivas sejam encontradas.

2 Enquadramento científico: biotecnologia, organismos geneticamente modificados e biossegurança

O Professor de Coimbra João Paulo Remédio Marques define a biotecnologia como

> um conjunto de técnicas que, através da intervenção do homem, consistem na manipulação de matéria biológica tendo em vista – a mais da manipulação desse material por via da alteração de suas propriedades – a fabricação e ulterior comercialização de produtos e processos, no quadro de vários sectores de actividade económica (MARQUES, 2001, p.180).

Hoje ela é utilizada tanto como ferramenta finalista, ou seja, geradora direta de produtos como vacinas, medicamentos, alimentos e combustíveis e como tecnologia horizontal, apoiando o desenvolvimento e a otimização de processos de setores tradicionais, como a agricultura, a alimentação, a medicina e a química industrial (JORCANO; MONTEIRO, 2006, p. 125).

O desenvolvimento da Engenharia Genética ou da chamada tecnologia do DNA recombinante[2] permitiu ao homem a modificação direta do DNA, de forma a alterar características específicas ou introduzir-lhe novos caracteres. Assim, por meio dessa ciência é possível modificar diretamente o genoma de determinado organismo, através da introdução intencional de genes exógenos, pela eliminação de genes ou, até, pelo remanejamento de genes do próprio organismo (GUERRANTE, 2003, p. 1-2).

Assim, deve-se entender por OGM qualquer organismo que tenha uma combinação de material genético inédita, obtida por meio do uso da biotecnologia moderna. No mesmo sentido são as definições do *Codex Alimentarius* e da Diretiva nº 2001/18 da União Europeia, para a qual OGM é qualquer organismo, com exceção do ser humano, cujo material genético tenha sido modificado de uma forma que não ocorre naturalmente por meio de cruzamentos e/ou de recombinação natural.

Para os autores que fazem a distinção entre OGM e transgênicos, este último seria um subtipo do primeiro, na medida em que, apesar de serem criados a partir da mesma técnica, receberam genes provenientes de organismos de espécies diferentes da sua[3]. O que se observa na prática, entretanto, é que, mesmo que se admita a separação dos dois conceitos, na maioria dos casos, há uma superposição das definições de

2 De acordo com Marcelo Leite, a era da biotecnologia propriamente dita teve início em 1973, pelas mãos dos norte-americanos Stanley Cohen e Herbert Boyer. Esses cientistas conseguiram recombinar trechos do DNA de uma bactéria depois de terem incluído na sequência um gene de sapo. Assim, demonstraram, de uma única vez, que o código genético das espécies vivas era universal, pois o DNA de espécies distantes era compatível e que os homens tinham conseguido criar híbridos. (LEITE, 2000, p. 26).

3 Filiada a este entendimento é Maria João Estorninho (ESTORNINHO, 2008, p. 21-22).

OGM e transgênico, na medida em que todo produto com uma modificação transgênica também é um OGM. Tanto o *Codex Alimentarius* quanto o Protocolo de Cartagena não fazem diferenciação entre uma e outra definição, preferindo tratá-los todos por organismos geneticamente modificados ou organismos vivos modificados (OVM), posição que será adotada no presente estudo[4].

Ainda com relação às definições, são considerados produtos derivados de OGM aqueles produzidos a partir de um OGM, mas que não possuam capacidade de replicação, a exemplo do óleo de soja, do ketchup, ou de qualquer outro alimento ou ingrediente alimentar.

Já a biossegurança é normalmente definida como o conjunto de ações relativas à prevenção, à minimização e à eliminação dos riscos inerentes à pesquisa, à produção, ao ensino, ao desenvolvimento tecnológico e à prestação de serviços, a fim de proteger a saúde humana, a dos animais, a das plantas e o meio ambiente[5]. Para Ávila Fagúndez, a "biossegurança está relacionada aos riscos das biotecnologias que, em seu sentido mais amplo, compreendem a manipulação de microorganismos, plantas e animais, visando à obtenção de processos e produtos de interesses diversos". Acrescenta o autor que

> O uso da expressão biossegurança é decorrente do avanço das biotecnologias a partir de 1970, notadamente, das tecnologias associadas à produção de transgênicos e seus derivados, potencialmente causadores de efeitos adversos à saúde humana ou animal e ao meio ambiente (FAGÚNDEZ, 2009, p. 300).

4 Essa diferenciação também não é feita pelo glossário da legislação da União Europeia: "Os OGMs são organismos cujo material genético (ADN) não foi modificado por multiplicação e/ou recombinação natural, mas pela introdução de um gene modificado ou de um gene pertencente a uma outra variedade ou espécie" (disponível em http://europa.eu/scadplus/glossary/genetically_modified_organisms_pt.htm, Acesso em 19 maio 2009).

5 Nesse mesmo sentido é definição proposta por Talden Farias para quem "A biossegurança consiste no sistema de segurança que se propõe a impedir que ocorram danos ao meio ambiente e à saúde pública na manipulação genética de organismos. É o conjunto de regras cujo objetivo é impedir ou, pelo menos, minorar os riscos oriundos da biotecnologia" (FARIAS, 2007, Vol. 1, p. 256).

Cabe sublinhar que, embora a biossegurança possa ser empregada em quaisquer situações relacionadas aos produtos biotecnológicos, surpreendentemente, as normas jurídicas respectivas são basicamente restritas aos produtos e serviços da Engenharia Genética (FAGÚNDEZ, 2008, p. 301)[6], tendo em conta o poder desta em modificar e reprogramar os seres vivos.

Curiosamente, ao tempo dos primeiros desenvolvimentos da Engenharia Genética e da técnica do DNA recombinante, dominava o termo "biorrisco" ou "bioperigo" (*biohazard*), contudo, destaca Ávila Fagúndez, concomitantemente ao desenvolvimento de produtos comercializáveis, o termo "biossegurança" passou a ser predominantemente utilizado (FAGÚNDEZ, 2008, p. 301). Para o citado autor, tal substituição teria uma razão estritamente comercial.

O tema da regulação da biotecnologia, especificamente no que diz respeito à introdução no mercado dos OGM é, para Morato Leite e Araújo Ayala, o melhor exemplo da gravidade dos conflitos envolvendo o risco que a comunidade mundial enfrenta hodiernamente (LEITE; AYALA; 2004, p. 176). Segundo os autores,

> a publicidade gerada sobre a questão confere grande atualidade ao fenômeno da explosividade social dos riscos. A intensa conflituosidade gerada em torno da definição da realidade dos riscos associados a esses produtos relaciona pretensões contraditórias, ora no sentido da afirmação de sua segurança, ora revelando dados que colocam dúvidas ponderáveis à pretensa inofensividade de seus efeitosv. (LEITE; AYALA, 2004, p. 176)[7].

6 Também neste sentido conferir a opinião de Paulo Affonso Leme Machado para quem, "o legislador é chamado a intervir nesse campo porque não se pode negar a existência de riscos para o ser humano, para os animais e para as plantas ao ser realizada a manipulação genética" (MACHADO, 2009, p. 1003).

7 Roberta Jardim de Morais salienta que, além da questão do risco ambiental, o tema da biotecnologia envolve diversas questões jurídicas, inclusive em razão dos valores elevados que movimenta mediante registro de patentes, de operações de fusões e incorporações, da realização de investimentos diretos e da remuneração de capital intelectual (MORAIS, 2004, p.10).

Assim é que os pareceres científicos e outras formas de opinião científica de peritos especialistas ganharam exposição pública, na medida em que interessam a variados setores da sociedade, tais como organizações não governamentais, organismos da saúde, da segurança alimentar e, sobretudo, dos representantes da agricultura e do comércio internacional.

3 Organismos geneticamente modificados *vs* biodiversidade

A introdução de organismos geneticamente modificados no ambiente ameaça, sobretudo, a diversidade biológica ou biodiversidade do planeta. Em Direito Internacional, é a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)[8], em vigor desde 1993, que a protege, já que tem por objetivo a conservação e o uso sustentável de seus componentes. Além desses fins, a Convenção propõe uma justa e equitativa divisão dos benefícios advindos dos recursos genéticos, incluindo o acesso apropriado a esses recursos.

Durante as negociações da CDB, o tema dos OGM já gerava controvérsias entre os países, havendo aqueles que pugnavam pela não regulamentação do tema no âmbito internacional. Adotou-se, entretanto, a tese da regulamentação dos OGM e, assim, a CDB ganhou um artigo sobre o tema.

Por recursos genéticos ou patrimônio genético, deve-se entender "as informações de origem genética oriundas dos seres vivos de todas as espécies, seja animal, vegetal, microbiana ou fúngica" (FARIAS, 2007, Vol. 1, p. 251). Fácil é perceber que existe ligação direta entre patrimônio genético e diversidade biológica, já que a ameaça ao primeiro é indubitavelmente uma ameaça à segunda e a todo o equilíbrio ambiental[9].

8 Para um estudo mais aprofundado sobre a Convenção sobre Biodiversidade Biológica conferir WOLFRUM, 2000, p. 355-372.

9 Rüdiger Wolfrum lembra que a preocupação com a conservação dos recursos genéticos data de 1970. As recomendações 39 a 45 do Plano de Ação da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano referem-se, especificamente, aos recursos genéticos e conclamam os Estados e organizações internacionais a cooperar. Acrescentam que o relatório Brundtland já encorajava a conclusão de uma convenção específica que desenvolvesse o conceito de espécies e de variedade genética como patrimônio comum da humanidade (WOLFRUM, 2000, p. 355-356).

O artigo 2º da CDB define a diversidade biológica como

> a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Rosa explica que, por razões de operacionalidade e eficácia, o conceito de biodiversidade é elaborado em três níveis distintos (ROSA; 2004, p. 11): o dos genes, o das espécies e o dos ecossistemas[10]. O nível genético é utilizado no sentido de que os indivíduos de uma mesma espécie divergem em sua composição genética, nas variantes de uma parte dos genes que os constituem e caracterizam. É a diversidade "intra-específica", segundo o autor. Já o nível das espécies é o mais evidente e coincide com a percepção comum de que há diferentes tipos de seres vivos que são reconhecidos e agrupados. Por último, existe a biodiversidade de ecossistemas, significando uma imensa pluralidade de formas de como os seres vivos se organizam, interagem e se relacionam em seus *habitats*.

Dentre os grandes problemas normalmente ligados à crise ambiental do planeta[11], como a rarefação da camada de ozônio e as alterações climáticas, a perda de biodiversidade é considerada um dos mais graves, havendo até segmentos da doutrina que a considerem, verdadeiramente, o único problema ambiental global, como é o caso de Rosa (ROSA, 2000, p. 12). Tais considerações decorrem, principalmente, do fato de esse problema ser o que mais dificilmente pode ser revertido.

10 Essa divisão do conceito de Diversidade Biológica em três níveis é encontrada com certa frequência na doutrina.

11 Alexandre Kiss, em artigo de referência sobre o Direito Internacional do Ambiente, estuda a regulamentação internacional ambiental através de temas-problemas, dentre eles está a proteção da camada de ozônio, a prevenção das alterações climáticas, a salvaguarda da diversidade biológica e a luta contra a desertificação (KISS, 1996, v. 1, p. 77-141).

O nível de biodiversidade, enquanto número e variedade de diferentes formas vivas pode, na realidade, restabelecer-se, mas em uma escala totalmente supra-humana (ROSA, 2000, p. 13). Estudos realizados em fósseis demonstram que, após as cinco grandes crises de extinção pelas quais passou o planeta, a recuperação dos níveis de biodiversidade deu-se de forma plena, apenas, depois de 20 a 100 milhões de anos. E mais, a crise atual de biodiversidade atinge um ritmo nunca antes verificado. Segundo Rosa, estima-se que a taxa de extinção é de 100 a 1000 vezes maior do que todas as outras crises enfrentadas pelo planeta (ROSA, 2000, p. 16).

Dentre as principais causas da crise de biodiversidade, estão a destruição dos ecossistemas pelas diversas atividades humanas, a perseguição direta de espécies para fins de exploração econômica e a deslocação de espécies de seus locais de origem para outros ecossistemas. A introdução dos OGM no ambiente, além de causar outros tipos de danos à biodiversidade, contribui para a intensificação da primeira e da última causa acima referidas.

A manipulação genética de animais, microrganismos e, principalmente, de vegetais ameaça a biodiversidade do planeta na medida em que altera suas composições gênicas naturais e modifica toda uma cadeia de equilíbrio do ambiente que os rodeia. De acordo com Bergel,

> la irrupción de las técnicas de ingeniería genética en la agricultura pone en riesgo la continuación de la (referida) corriente evolutiva en las variedades, traducida en su diferenciación (...). La liberación potencial de muchos organismos nuevos recombinantes plantea una amenaza para la integridad de este modelo que ha generado la evolución, lo que los biólogos denominan continuidad de la divergencia en la evolución (BERGEL, 2004, p. 127-128).

A introdução de genes com capacidade de produzir substâncias tóxicas na composição genética de vegetais, ameaçando diversas

espécies de insetos e microorganismos benéficos ao ambiente; a contaminação de plantios convencionais por plantios transgênicos[12] e a criação de superpragas são alguns dos problemas já documentados.

4 A precaução como princípio regulador dos riscos biotecnológicos

Beck explica que, quando a comunidade internacional deixou de ter uma configuração bipolar, com o fim da Guerra Fria, "o mundo de inimigos" deu lugar a um "mundo de perigos e riscos". Na concepção do autor, o risco, numa abordagem moderna, é a forma de prever e controlar futuras consequências indesejadas da ação humana no processo radical de modernização. Para ele, o risco atual não é nacional, mas global e está associado a setores diversos da sociedade, sempre conexos (BECK, 2000, p. 3 e segs).

É importante lembrar, como faz Antunes, que a existência de riscos provenientes da interferência humana no ambiente não é um fenômeno recente, reportando-se, no mínimo, à época da Revolução Industrial. O risco moderno, entretanto, é diferente do risco antigo tanto quantitativamente, porque existem muito mais tipos de riscos (como aqueles decorrentes da Engenharia Genética ou da energia nuclear), quanto qualitativamente, porque são mais intensos e com consequências mais vastas (ANTUNES, 2003, p. 10).

Ao risco, na sociedade moderna, é associada uma intensa diluição dos nexos de causalidade entre os fatos e seus efeitos, principalmente na área das novas tecnologias. Nesse contexto, pode se diferenciar perigo de risco. Enquanto o primeiro é um tipo de risco com alta pro-

12 Segundo José Renato Nalini "Os dois perigos maiores para a biodiversidade seriam o da polinização cruzada com plantas nativas e o da morte de insetos que não atacam as plantações". Para o autor, ambos os problemas geram um impacto tão grave na biodiversidade que não pode ser pré-avaliado (NALINE, 2001, p. 89).

babilidade de acontecer, o segundo é um risco pressentido, mas não comprovado.

Para Amado Gomes,

> a maior ou menor dificuldade de estabelecer nexos de causalidade entre o desenvolvimento dos processos – predominantemente naturais ou predominantemente técnicos – e a eclosão dos eventos potencialmente lesivos, com a consequente produção de danos, traduz-se na maior ou menor probabilidade de ocorrência do evento. Quando a probabilidade é alta, pode-se falar, na terminologia tradicional, de perigo; quando a probabilidade é reduzida – *degradando-se* em possibilidade –, o termo risco revela-se mais adequado (GOMES, 2007, p. 228).

Assim, a noção de risco não é oposta à de perigo e sim traduz-se numa evolução decorrente do desenvolvimento tecnológico e da impossibilidade, cada vez mais intensa, de prever os danos.

Na altura do Estado Social e do desenvolvimento tecnológico, portanto, o princípio da prevenção é alargado em decorrência do desenvolvimento da noção de risco. Ao contrário de uma ação estatal fundamentada na probabilidade de ocorrência de um dano, agora o Estado é chamado a interferir na esfera individual diante da mera possibilidade de existência de um evento lesivo.

> O princípio da prevenção, que no Estado liberal se limitava a evitar a produção de eventos cuja ocorrência estava causualmente determinada (em razão de sua iminência) ou era, causualmente determinável (por recurso a regras da experiência) sofre, a par de uma *extensão objetiva*, uma *extensão funcional*, por força do advento do fenômeno do risco, pois este útlimo transforma dados da experiência cotidiana irrelevantes como instrumentos de aferição de probabilidades. Dessa evolução nasce a precaução, havendo diversos Estados que hoje o consideram verdadeiro princípio de Direito interno e ainda do Direito Internacional do Ambiente. (GOMES, 2000, p. 251).

Não se pode deixar de ressaltar, como faz Amado Gomes, que o aprofundamento da utilização da prevenção pelo Estado significa, do ponto de vista político, um aumento significativo na ingerência permitida nos casos de atividades potencialmente danosas ao ambiente, traduzido na máxima, *in dubio pro ambiente* (GOMES, 2003, p. 253). Alexandre KISS, nesse mesmo sentido, afirma:

> a precaução é considerada quando o risco é elevado – tão elevado que a total certeza científica não deve ser exigida antes de se adotar uma ação corretiva (...). Uma das principais características desse princípio é que, naqueles casos em que há incerteza científica, a obrigação real de tomar decisões passa dos cientistas para os políticos, para aqueles cuja tarefa é governar (KISS, 2004, p. 11)[13].

É mais ou menos pacífica a doutrina do Direito Internacional do Ambiente quanto a alguns elementos da ideia da precaução. Seriam eles: necessidade de proteção ainda que não haja certeza científica quanto aos efeitos adversos, nem quanto à relação de causalidade; inversão do ônus da prova aos agentes potencialmente causadores de danos e o fato de que, enquanto a prevenção lida com a probabilidade, a precaução atinge a mera possibilidade de ocorrência do evento danoso (GOMES, 2005, p. 143-146).

O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança incorporou essa evolução, adotando, pelo menos teoricamente, a precaução como princípio norteador.

13 Tal posicão é corroborada por Bergel, quando afirma que "(...) mientras la prevención es un asunto de expertos confiados a sus saberes, la precaución es un tema que compete a la sociedade y debe ser gestionada en su seno para orientar la toma de decisiones políticas sobre asuntos que comprometen bienes comunes (BERGEL, 2008, p. 9).

5 O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança

5.1 Aspectos gerais e antecedentes históricos

O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, em vigor desde 2003, é o primeiro acordo internacional vinculante sobre o tema dos OGM. Tem como objetivo uma missão extremamente complicada: aproximar legislações nacionais sobre OGM, completamente diferentes e, em muitos casos, suprir a ausência de regulamentação nacional[14].

As diferenças de regulamentação polarizam-se em dois extremos: enquanto a União Europeia possui um vasto sistema, incluindo procedimentos de autorização para colocação no mercado e regras detalhadas de rotulagem, os EUA aplicam aos OGM os mesmos instrumentos legais destinados aos alimentos e pesticidas convencionais. Assim é que a redação final do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança é resultado, basicamente, de uma disputa entre essas duas tendências mundiais. Koester destaca, dentre os inúmeros problemas que foram enfrentados durante a negociação do Protocolo, a dificuldade relativa à inclusão ou não do princípio da precaução ao seu texto, o que não deixa de ser um problema decorrente das referidas tendências dissonantes (KOESTER, 2005, p. 92).

A origem do Protocolo de Cartagena se encontra na Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (CDB), firmada no Rio de Janeiro, em 1992 e em vigor desde 1993[15]. Durante as negociações desta última, o tema dos OGM já gerava controvérsias entre os países, ressaltando-se o movimento liderado pelos Estados Unidos da América, acompanhado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que pugnavam pela não regulamentação do tema no âmbito internacional. Ainda à época das negociações da CDB, os EUA conseguiram que fosse modificada a nomenclatura dos organismos geneticamente modificados para organismos vivos modificados (OVM), visando-se evitar a referência à alteração genética intrínseca a estes.

14 Segundo Barbara Eggers e Ruth Mackenzie, "The responses of national legislators to GMOs differ considerably and include: 'no regulation' (to date many developing countries), 'specific regulation' invoving pre-maketing aproval and mandatory labelling regimes for GMOs (e.g. EC), and 'existing regulation' simply aplying the instruments developed for conventional foods and pesticides" (EGGERS; MACKENZIE, 2000, v. 3, p. 526).

15 Veit Koester lembra que a Agenda 21, de 1992, tem um capítulo inteiro, o de nº 16, dedicado ao gerenciamento confiável da biotecnologia (KOESTER, 2005, p. 89).

É no artigo 19.3 que a CBD trata do tema, dispondo que as partes estudariam a necessidade de um protocolo que determinasse os procedimentos adequados, incluindo o consentimento fundamentado prévio na transferência, na manipulação e na utilização de quaisquer OVM, resultantes da biotecnologia, que possam provocar efeitos adversos para conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Em 1994, na primeira Conferência das Partes da CDB, formou-se um grupo de especialistas para se estudar a necessidade de elaboração de um protocolo que regulasse de forma completa o tema dos OGM. Em1995, em Madrid, o grupo se reuniu pela primeira vez. Na segunda Conferência das Partes da CDB, em 1995, decidiu-se que as negociações deveriam ter início e foi definido um grupo de trabalho que ficou encarregado de elaborar um projeto de protocolo. Esse grupo reuniu-se por seis vezes, sob a presidência do dinamarquês Veit Koester, entre 1996 e 1999, até que, em fevereiro deste último ano, foi celebrada a Conferência Extraordinária das Partes em Cartagena, na Colômbia, com o objetivo de finalização e adoção do instrumento.

Apesar das intensas negociações e dos avanços obtidos em Cartagena, não se chegou a um acordo final, em razão, sobretudo, da discordância do que ficou conhecido como grupo de Miami, formado basicamente por países exportadores como Canadá, Austrália, Argentina, Chile e Uruguai, defensores do mesmos interesses dos EUA, este último não parte na CDB[16]. Diante do fracasso, a

16 Interessante estudo sobre o uso do unilateralismo nas negociações de tratados internacionais de proteção ambiental é realizado por Laurence Boisson de Chazournes. O autor considera que a postura adotada pelos EUA durante as negociações do Protocolo de Cartagena é responsável pela fraqueza e pela incompletude dos princípios e regras aplicáveis à proteção do ambiente (CHAZOURNES, 2002, p. 315-338).

5 O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança

5.1 Aspectos gerais e antecedentes históricos

O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, em vigor desde 2003, é o primeiro acordo internacional vinculante sobre o tema dos OGM. Tem como objetivo uma missão extremamente complicada: aproximar legislações nacionais sobre OGM, completamente diferentes e, em muitos casos, suprir a ausência de regulamentação nacional[14].

As diferenças de regulamentação polarizam-se em dois extremos: enquanto a União Europeia possui um vasto sistema, incluindo procedimentos de autorização para colocação no mercado e regras detalhadas de rotulagem, os EUA aplicam aos OGM os mesmos instrumentos legais destinados aos alimentos e pesticidas convencionais. Assim é que a redação final do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança é resultado, basicamente, de uma disputa entre essas duas tendências mundiais. Koester destaca, dentre os inúmeros problemas que foram enfrentados durante a negociação do Protocolo, a dificuldade relativa à inclusão ou não do princípio da precaução ao seu texto, o que não deixa de ser um problema decorrente das referidas tendências dissonantes (KOESTER, 2005, p. 92).

A origem do Protocolo de Cartagena se encontra na Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (CDB), firmada no Rio de Janeiro, em 1992 e em vigor desde 1993[15]. Durante as negociações desta última, o tema dos OGM já gerava controvérsias entre os países, ressaltando-se o movimento liderado pelos Estados Unidos da América, acompanhado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que pugnavam pela não regulamentação do tema no âmbito internacional. Ainda à época das negociações da CDB, os EUA conseguiram que fosse modificada a nomenclatura dos organismos geneticamente modificados para organismos vivos modificados (OVM), visando-se evitar a referência à alteração genética intrínseca a estes.

14 Segundo Barbara Eggers e Ruth Mackenzie, "The responses of national legislators to GMOs differ considerably and include: `no regulation´ (to date many developing countries), `specific regulation´ invoving pre-maketing aproval and mandatory labelling regimes for GMOs (e.g. EC), and `existing regulation´ simply aplying the instruments developed for conventional foods and pesticides" (EGGERS; MACKENZIE, 2000, v. 3, p. 526).

15 Veit Koester lembra que a Agenda 21, de 1992, tem um capítulo inteiro, o de nº 16, dedicado ao gerenciamento confiável da biotecnologia (KOESTER, 2005, p. 89).

É no artigo 19.3 que a CBD trata do tema, dispondo que as partes estudariam a necessidade de um protocolo que determinasse os procedimentos adequados, incluindo o consentimento fundamentado prévio na transferência, na manipulação e na utilização de quaisquer OVM, resultantes da biotecnologia, que possam provocar efeitos adversos para conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Em 1994, na primeira Conferência das Partes da CDB, formou-se um grupo de especialistas para se estudar a necessidade de elaboração de um protocolo que regulasse de forma completa o tema dos OGM. Em1995, em Madrid, o grupo se reuniu pela primeira vez. Na segunda Conferência das Partes da CDB, em 1995, decidiu-se que as negociações deveriam ter início e foi definido um grupo de trabalho que ficou encarregado de elaborar um projeto de protocolo. Esse grupo reuniu-se por seis vezes, sob a presidência do dinamarquês Veit Koester, entre 1996 e 1999, até que, em fevereiro deste último ano, foi celebrada a Conferência Extraordinária das Partes em Cartagena, na Colômbia, com o objetivo de finalização e adoção do instrumento.

Apesar das intensas negociações e dos avanços obtidos em Cartagena, não se chegou a um acordo final, em razão, sobretudo, da discordância do que ficou conhecido como grupo de Miami, formado basicamente por países exportadores como Canadá, Austrália, Argentina, Chile e Uruguai, defensores do mesmos interesses dos EUA, este último não parte na CDB[16]. Diante do fracasso, a

16 Interessante estudo sobre o uso do unilateralismo nas negociações de tratados internacionais de proteção ambiental é realizado por Laurence Boisson de Chazournes. O autor considera que a postura adotada pelos EUA durante as negociações do Protocolo de Cartagena é responsável pela fraqueza e pela incompletude dos princípios e regras aplicáveis à proteção do ambiente (CHAZOURNES, 2002, p. 315-338).

conferência foi suspensa, concordando-se, entretanto, que, antes de maio de 2000, deveria ser realizado um novo encontro e que o futuro protocolo, curiosamente, manteria o nome de Cartagena em homenagem ao importante trabalho realizado pela delegação da Colômbia.

Apenas em 29 de janeiro de 2000, o Protocolo de Cartagena foi adotado em Montreal, onde estiveram presentes cerca de 750 participantes, representantes de 133 países signatários da Convenção, organizações não governamentais, indústrias tecnológicas e demais representantes da sociedade.

O Protocolo entrou em vigor em 11 de setembro de 2003, conforme as regras de vigência dispostas em seu artigo 37. Atualmente, a maioria das partes no Protocolo é formada por países em desenvolvimento. Dos países que faziam parte do grupo de Miami durante as negociações, a Argentina, o Canadá, o Chile e o Uruguai já assinaram, mas não ratificaram o Protocolo, enquanto Austrália e EUA sequer o assinaram (MACKENZIE, 2005, p. 137-156).

5.2 Objetivos, âmbito de aplicação e quadro institucional

O artigo inicial do Protocolo, repetindo parte da redação do artigo da CDB, estabelece que seu objetivo é, em conformidade com o enfoque da precaução, contribuir para a garantia de um um nível adequado de proteção na área da transferência, da manipulação e da utilização seguras dos OGM, resultantes da biotecnologia moderna, que possam provocar efeitos prejudiciais para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, concentrando-se primordialmente nos movimentos transfronteiriços.

O âmbito de aplicação do Protocolo gerou, desde a fase de negociações, muitos conflitos, terminando por adotar-se uma postura intermediária, como se verá. Enquanto os países exportadores ou grupo de Miami, como ficaram conhecidos, desejavam incluir no Protocolo apenas os OGM que não tivessem como destinação final a alimentação humana e animal[17], grande parte dos países desenvolvidos queriam um Protocolo completo que incluísse todos os tipos de OGM. Havia, ainda, um grupo presente nas negociações, composto por países em desenvolvimento e pela China, que pugnava pela inserção, também, dos produtos derivados dos OGM.

Como dito, a posição que prevaleceu foi a intermediária, defendida pela União Europeia. Assim, o âmbito de aplicação do Protocolo de Cartagena abrange todos os OGM considerados básicos, ou seja, aqueles que tenham como destinação final o uso como alimento humano ou animal, mas não abrange os produtos derivados de OGM, em razão de esses não afetarem, teoricamente, a biodiversidade. Foram excluídos ainda os produtos farmacêuticos destinados a seres humanos que sejam objeto de regulamentação de outros documentos internacionais (artigos 5º e 6º). Os OGM de uso confinado e os em trânsito, assim como os produtos básicos, foram excluídos da aplicação do Procedimento de Acordo Prévio Informado do Protocolo, como se analisará mais adiante. Foi, entretanto, assegurado às partes o direito de submeter todos os tipos de OGM a uma avaliação de risco antes de tomar a decisão sobre sua importação.

O Protocolo impõe às partes a obrigação geral de velar para que o desenvolvimento, a manipulação, o transporte, a utilização, a transferência e a liberação de todos os OGM se realizem de maneira a evitar ou a reduzir os riscos para a diversidade biológica, levando-se em consideração, também, os riscos para a saúde humana. Qureshi sublinha que essa

17 Segundo seus argumentos, tais OGM não tinham como destinação a libertação no meio ambiente e, por isso, não trariam impacto na conservação e na manutenção da diversidade biológica.

obrigação geral é reforçada por diversas outras obrigações menores, tais como o dever de tomar medidas para garantir uma avaliação de risco apropriada antes da primeira libertação de um OGM (artigo 16, nº 3); de velar para que todo OGM, importado ou desenvolvido localmente, seja submetido a um período de observação (artigo 16, nº 4); de garantir um apropriado manejo dos riscos após a autorização dos OGM (artigo 16, nº 1) e de tomar medidas apropriadas para prevenir movimentos transfronteiriços não intencionais (art. 16, nº 3) (QURESHI, 2000, Vol. 49, pp. 839 e segs.).

O quadro institucional do Protocolo é composto por entidades de nível nacional e internacional. No âmbito nacional, foi requerida às partes a designação de um ponto focal e de autoridades competentes para o cumprimento do Protocolo, podendo ambas as exigências serem supridas por uma única entidade nacional com as duas funções, conforme artigo 19, nº 1. Em âmbito internacional, foi criado o Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança ou *Biosafety Clearing-House*, responsável pela facilitação de informações técnicas, científicas, ambientais e jurídicas sobre os OGM e pela assistência na implementação do Protocolo, principalmente para os países em desenvolvimento e de economia em transição. O sistema implementado pelo Protocolo conta, ainda, com o secretariado, órgão subsidiário, e também com a conferência das partes (artigos 30 e 29, respectivamente).

5.3 A inserção do princípio da precaução

Não há dúvidas de que a questão da adoção do princípio da precaução pelo Protocolo de Cartagena foi a mais problemática durante a fase de negociação. Koester, que desempenhou a função de presidente do grupo de trabalho responsável pelo projeto do Protocolo, afirma que a inclusão do princípio só foi mesmo resolvida nos últimos momentos. Os problemas derivavam sobretudo da disputa existente entre dois principais grupos,

acerca da forma de regulamentação internacional do comércio de OGM, já que o princípio permitiria a proibição de importação de OGM, mesmo diante da incerteza científica (KOESTER, 2005, p. 115).

Um dos principais argumentos contra a adoção da precaução fundava-se no fato de que este não era reconhecido como princípio no âmbito internacional. A esse respeito Maljean-Dubois afirma que, ainda que grande parte dos países envolvidos na negociação considerassem a precaução um princípio corriqueiro de Direito Internacional, não se pode dizer que seja um dos mais consensuais (MALJEAN-DUBOIS, 2005, p. 192). Assim, foi preciso determinar como ele figuraria no Protocolo: no corpo do texto e/ou no preâmbulo e com que alcance.

Outro argumento oposto à inclusão da precaução envolvia a questão da resolução de conflitos no âmbito da OMC, já que o direito dessa organização não aceita o princípio explicitamente, e o âmbito de aplicação do Protocolo pode coincidir com disputas comerciais de competência de seu órgão de resolução de conflitos. Preocupada com a delicada questão da interação entre o direito da OMC e o Protocolo, a OMC participou das negociações como observadora.

Prevaleceu, entretanto, a tendência defendida pela União Europeia. O princípio não só foi incluído de forma neutra, com referência ao artigo nº 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no preâmbulo e no artigo 1º, como também foi adicionado com um conteúdo operacional nos artigos 10º, nº 6 e 11, nº 8, como desejavam os europeus. Para Koester, a formulação do princípio nos artigos 10º e 11 contém a fórmula mais forte e inequívoca do princípio no Direito Internacional até o momento (KOESTER, 2005,P. 118). Pavoni entende que a inclusão da precaução no Protocolo vai legitimar a adoção pelos Estados de medidas ambientais de restrição ao comércio, ainda que as restrições sejam baseadas na incerteza científica e, potencialmente, inconsistentes com as regras da OMC (PAVONI, 2006, p. 42).

Os mencionados artigos referem-se aos procedimentos de tomada de decisão para os OGM, destinados à libertação deliberada no ambiente e para os OGM de uso direto, como alimento humano e animal, respectivamente. Ambos contêm a mesma redação:

> A ausência de certeza científica devida à insuficiência das informações e dos conhecimentos científicos relevantes sobre a dimensão dos efeitos adversos potenciais de um organismo vivo modificado, na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica na Parte importadora, levando também em conta os riscos para a saúde humana, não impedirá esta parte, a fim de evitar ou minimizar esses efeitos adversos potenciais, de tomar uma decisão, conforme o caso, sobre a importação do organismo vivo modificado em questão (...).

O princípio foi, ainda, expresso no item 4 do Anexo III do Protocolo relativo aos princípios a serem aplicados na avaliação de risco, com a seguinte redação: "A falta de conhecimentos científicos ou de consenso científico não será necessariamente interpretada como indicativo de um nível determinado de risco, uma ausência de risco ou de um risco aceitável".

A inclusão da precaução como princípio de controle dos OGM foi celebrada como a maior das vitórias do Protocolo, já que, como se verá, em diversas outras questões controvertidas, foram realizadas enormes concessões.

A importância da inclusão de uma fórmula expressa do princípio da precaução no Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança transcenderia a questão específica dos OGM, refletindo-se na fixação do princípio no Direito Internacional do Ambiente. Para parte da doutrina, no tocante aos OGM especificamente, significou, primeiro, que, de uma forma geral, o princípio funcionará como norte para a realização do objetivo pretendido, qual seja contribuir para assegurar um nível adequado

de proteção da biodiversidade contra os OGM, no âmbito do Direito Internacional. Segundo, de uma forma mais prática, o princípio deverá orientar a tomada de decisão dos países partes durante a aplicação dos procedimentos de controle previsto no Protocolo, abaixo analisados, e orientar as avaliações de risco.

5.4 O procedimento de Acordo Prévio Informado (API)

O Protocolo pretende garantir a segurança através da transparência e de medidas de controle de importação. O procedimento de Acordo Prévio Informado (API) é o elemento chave de seu funcionamento ou "the centrepiece of the transparency framework" (QURESHI, 2000,Vol. 49. p. 841), estando regulado nos artigos 7º, 8º a 10º e 12 do Protocolo.

É de crucial importância, entretanto, antes do estudo do procedimento, definir seu âmbito de aplicação. Embora à primeira vista possa imaginar-se que a aplicação do procedimento coincida com o âmbito de aplicação do Protocolo, observar-se-á que isto não é verdade.

O procedimento de Acordo Prévio Informado não é aplicado aos OGM destinados ao uso direto como alimento humano e animal ou ao beneficiamento (art. 7º, nº 02), assegurando-se para esses casos outro procedimento mais simples, previsto no artigo 11 do Protocolo e analisado no item seguinte. O referido procedimento também não se aplica aos OGM em trânsito e àqueles destinados a uso em contenção, conforme artigo 6º, nºs 1 e 2. Outra exceção é prevista no nº 4 do artigo 7º: o API não será aplicado aos OGM incluídos em uma decisão adotada pela Conferência das Partes, na qual se declare não ser provável que tenha efeitos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando-se em consideração também os riscos para a saúde humana. Deve-se ressaltar, ainda, que o referido procedimento também não deve ser adotado em casos de liberação acidental

(ou não intencional) de OGM, aplicando-se neste caso as medidas de emergência previstas no artigo 17.

De acordo com a redação do nº 1 do artigo 7º, o procedimento de Acordo Prévio Informado deverá ser aplicado apenas ao primeiro movimento transfronteiriço intencional de OGM. destinado à introdução deliberada no ambiente da parte importadora. Eggers e Mackenzie ilustram o âmbito de aplicação do procedimento com o seguinte exemplo: enquanto um exportador de sementes de milho geneticamente modificadas, destinadas a ensaios de campo, deverá obedecer ao API, as mesmas sementes, se forem destinadas à alimentação de animais, não necessitarão passar pelo procedimento (EGGERS; MACKENZIE, 2000, v. 3, p.530).

Barahona destaca, dentre os aspectos principais do procedimento de API: a necessidade de notificação do país exportador para o país importador, com informação completa e precisa sobre o movimento transfronteiriço (artigo 8º); a avaliação de riscos sobre as possíveis consequências para a parte importadora (artigo 15); a obrigação de recebimento de um consentimento escrito ou da recusa por parte da autoridade competente do país importador (artigo10º) e a necessidade de um sistema regulador em cada país para assegurar a concessão do API (BARAHONA, 2001, p.92).

De acordo com o procedimento descrito no Protocolo, no caso de um movimento transfronteiriço de OGM, a parte responsável pela exportação ou o exportador precisam notificar, por escrito, antes da primeira transferência, a autoridade nacional da parte que importará o organismo. As notificações deverão conter, no mínimo, as informações constantes do Anexo I do Protocolo. A parte importadora, depois de receber a notificação, tem algumas opções de decisão: consentir com a importação, com ou sem condições; proibi-la ou solicitar mais informações relevantes.

A primeira movimentação de um OGM deve ser realizada sempre após uma avaliação de risco que esteja de acordo as regras do Protocolo: deverá ser conduzida de maneira cientificamente sólida, levando em conta as técnicas reconhecidas de avaliação de risco, podendo utilizar-se do assessoramento especializado de organizações internacionais. O princípio da precaução deve guiar sempre a avaliação, pois, de acordo com o Protocolo, como referido, a falta de conhecimentos científicos ou de consenso científico não pode ser necessariamente interpretada como indicativo de um nível determinado de risco, de uma ausência de risco ou de um risco aceitável. O Anexo III do Protocolo dispõe, ainda, que as informações requeridas podem variar em natureza e nível de detalhe, a depender do organismo modificado em questão, razão pela qual a avaliação de risco deverá obedecer ao princípio do caso a caso (nº 6). O item 8 do Anexo III ainda dispõe que, para alcançar seus objetivos, a avaliação de risco deverá realizar a identificação de qualquer característica genotípica ou fenotípica nova que possa gerar efeitos adversos na diversidade biológica do meio receptor, além de uma avaliação de probabilidade de esses efeitos adversos se concretizarem.

Por fim, dispõe o Protocolo que a parte importadora deverá, sempre, velar para que as avaliações de risco sejam realizadas antes da tomada de decisão, devendo o custo da avaliação ser suportado por ela, a não ser que esta última exija que seja arcado pela parte notificante.

Além das críticas encontradas na doutrina acerca das exceções referentes ao âmbito de aplicação do Procedimento de Acordo Prévio Informado, Qureshi destaca alguns itens que lhe retiram a força como, por exemplo, a possibilidade de as informações repassadas ao importador serem consideradas confidenciais a pedido do exportador e a proibição de utilização das informações para fins comerciais, a não ser que o exportador as autorize (QURESHI, 2000, v. 49, p. 842).

5.5 O Procedimento simplificado para os organismos geneticamente modificados destinados a uso direto como alimento humano ou animal ou ao beneficiamento

É o procedimento aplicado a 90% do comércio internacional de OGM (EGGERS; MACKENZIE, 2000, Vol. 3, p.530). É bem mais simples do que o API e é fundamentado no intercâmbio de informações e documentações dos possíveis movimentos transfronteiriços desses produtos. Basicamente, todas as vezes que um país parte no Protocolo tome uma decisão definitiva com relação ao uso interno desse tipo de OGM, incluindo sua colocação no mercado, deve informar às outras partes, no prazo de 15 dias da tomada de decisão, através do Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança, órgão estabelecido pelo artigo 20 do Protocolo.

O Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança ou *The Biosafety Cleary-House* é responsável por facilitar o intercâmbio de informações científicas, técnicas, ambientais e jurídicas sobre os OGM e auxiliar as partes a implementar o Protocolo, principalmente os países em desenvolvimento ou com economia em transição.

As informações que devem ser repassadas ao órgão devem conter, no mínimo, os dados constantes do Anexo II do Protocolo, dentre as quais estão: nome e detalhes de contato do requerente de uma decisão para o uso nacional; nome e contatos da autoridade responsável pela decisão; nome e identidade do OGM; descrição da modificação genética realizada; usos aprovados do OGM; relatório de avaliação de risco e métodos sugeridos para manipulação, armazenamento e transporte. As partes que estejam interessadas na importação do OGM poderão, entretanto, solicitar à autoridade responsável pela liberação informações adicionais conforme nº 3 do artigo 11.

O Protocolo permite que as partes tomem sua decisão quanto à importação do OGM de acordo com suas respectivas legislações internas, desde que sejam compatíveis com seus objetivos (nº 4 do artigo 11).

O princípio da precaução, como visto, deve orientar a tomada de decisão da parte importadora, não havendo óbice à rejeição de um movimento transfronteiriço na ausência de certeza científica sobre a dimensão dos efeitos adversos potenciais do OGM em questão. Qureshi lembra, entretanto, que, ao contrário do procedimento de API, desde que a informação de adequação de uso e comércio nacional do OGM tenha sido repassada ao mecanismo de Informação, não há necessidade de notificação da Parte de importação nas ocasiões de movimento (QURESHI, 2000, v. 49, p. 841).

Na ausência de ordenamento jurídico interno, países em desenvolvimento ou com economia em transição poderão declarar, através do Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança, que sua primeira decisão relativa à importação de determinado OGM será tomada de acordo com o nº 6 do artigo 11 do Protocolo, ou seja, mediante uma avaliação de risco, realizada conforme o Anexo III e dentro de um prazo máximo de 270 dias.

O Mecanismo de Informação sobre Biossegurança também possui outras funções. Na ocasião de uma liberação não intencional do OGM, por exemplo, as partes deverão notificá-lo tão logo tenham conhecimento do ocorrido, além de notificar os Estados afetados ou potencialmente afetados. O Mecanismo também funciona como repositório das legislações nacionais e internacionais, referentes ao tema, e de resumos de avaliações de risco e decisões definitivas sobre importação proferidas pelos Estados.

5.5 O Procedimento simplificado para os organismos geneticamente modificados destinados a uso direto como alimento humano ou animal ou ao beneficiamento

É o procedimento aplicado a 90% do comércio internacional de OGM (EGGERS; MACKENZIE, 2000, Vol. 3, p.530). É bem mais simples do que o API e é fundamentado no intercâmbio de informações e documentações dos possíveis movimentos transfronteiriços desses produtos. Basicamente, todas as vezes que um país parte no Protocolo tome uma decisão definitiva com relação ao uso interno desse tipo de OGM, incluindo sua colocação no mercado, deve informar às outras partes, no prazo de 15 dias da tomada de decisão, através do Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança, órgão estabelecido pelo artigo 20 do Protocolo.

O Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança ou *The Biosafety Cleary-House* é responsável por facilitar o intercâmbio de informações científicas, técnicas, ambientais e jurídicas sobre os OGM e auxiliar as partes a implementar o Protocolo, principalmente os países em desenvolvimento ou com economia em transição.

As informações que devem ser repassadas ao órgão devem conter, no mínimo, os dados constantes do Anexo II do Protocolo, dentre as quais estão: nome e detalhes de contato do requerente de uma decisão para o uso nacional; nome e contatos da autoridade responsável pela decisão; nome e identidade do OGM; descrição da modificação genética realizada; usos aprovados do OGM; relatório de avaliação de risco e métodos sugeridos para manipulação, armazenamento e transporte. As partes que estejam interessadas na importação do OGM poderão, entretanto, solicitar à autoridade responsável pela liberação informações adicionais conforme nº 3 do artigo 11.

O Protocolo permite que as partes tomem sua decisão quanto à importação do OGM de acordo com suas respectivas legislações internas, desde que sejam compatíveis com seus objetivos (nº 4 do artigo 11).

O princípio da precaução, como visto, deve orientar a tomada de decisão da parte importadora, não havendo óbice à rejeição de um movimento transfronteiriço na ausência de certeza científica sobre a dimensão dos efeitos adversos potenciais do OGM em questão. Qureshi lembra, entretanto, que, ao contrário do procedimento de API, desde que a informação de adequação de uso e comércio nacional do OGM tenha sido repassada ao mecanismo de Informação, não há necessidade de notificação da Parte de importação nas ocasiões de movimento (QURESHI, 2000, v. 49, p. 841).

Na ausência de ordenamento jurídico interno, países em desenvolvimento ou com economia em transição poderão declarar, através do Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança, que sua primeira decisão relativa à importação de determinado OGM será tomada de acordo com o nº 6 do artigo 11 do Protocolo, ou seja, mediante uma avaliação de risco, realizada conforme o Anexo III e dentro de um prazo máximo de 270 dias.

O Mecanismo de Informação sobre Biossegurança também possui outras funções. Na ocasião de uma liberação não intencional do OGM, por exemplo, as partes deverão notificá-lo tão logo tenham conhecimento do ocorrido, além de notificar os Estados afetados ou potencialmente afetados. O Mecanismo também funciona como repositório das legislações nacionais e internacionais, referentes ao tema, e de resumos de avaliações de risco e decisões definitivas sobre importação proferidas pelos Estados.

5.6 Manipulação, transporte, embalagem e identificação

O artigo 18 do Protocolo estabelece que cada parte tomará as medidas necessárias para exigir que todos os OGM objeto de um movimento transfronteiriço intencional sejam manipulados, embalados e transportados sob condições de segurança, levando em consideração as regras e normas internacionais relevantes.

Para cada tipo de OGM regulado foi disposta uma regra diferente. São as alíneas do nº 2 do artigo 18 que especificam as medidas a serem tomadas nos casos de OGM destinados ao uso em alimento humano, animal ou beneficiamento (ou produtos básicos), de OGM destinados ao uso em contenção e de OGM que sejam destinados à introdução intencional no ambiente.

Os OGM destinados ao uso em contenção deverão ser acompanhados de documentação que os identifique, claramente, e especifique todas as exigências para uma segura manipulação, armazenamento, transporte e uso, bem como o ponto de contato para maiores informações (artigo 18, nº 2, alínea b). Para os OGM que estejam destinados à introdução intencional no ambiente e todos os demais OGM, com exclusão dos OGM que são considerados produtos básicos, é necessário documento que os identifique, especificando seus traços e/ou características relevantes, todas as exigências para a segura manipulação, armazenamento, transporte e uso. A documentação também deve indicar um ponto de contato para mais informações e, de acordo com o caso, o nome e o endereço do importador e exportador, além da declaração de que o movimento transfronteiriço está sendo realizado de acordo com o Protocolo (artigo 18, nº 2, alínea c).

A identificação dos produtos básicos foi outro ponto que gerou inúmeras controvérsias até os últimos momentos da fase de negociação do Protocolo. A questão da rotulagem era principalmente importante para

a União Europeia, que desejava a adoção do sistema de identificação única, em funcionamento em seu território, o que não aconteceu. Foi acordado que, no prazo máximo de dois anos após a entrada em vigor do Protocolo, a Conferência das partes se reuniria para decidir sobre a introdução do identificador único. Enquanto tais detalhes não fossem resolvidos[18], a única exigência imediata com relação a esse tipo de OGM foi a de que a documentação que os acompanhe contenha a frase "podem conter Organismos Vivos Modificados", além da menção de que não estão destinados à introdução intencional no ambiente e a descrição de um ponto de contato para maiores informações (artigo. 18, nº 2, a).

6 Conclusão

Inobstante seja inegável o avanço do Protocolo de Cartagena, as críticas a sua redação são variadas e polarizam-se de acordo com os interesses em jogo: já foi descrito tanto como um avanço na reconciliação entre o comércio internacional e o ambiente, como, em oposição, rotulado de anti-competitivo e até de ser uma burla ao livre comércio.

18 Como visto, o Protocolo só entrou em vigor em Setembro de 2003, o que impediu a revisão do referido artigo na primeira Conferência das partes marcada para Fevereiro de 2004. Apenas na terceira Conferência das partes, realizada no Brasil em 2006, é que a alínea "a" do nº 2 do artigo 18 foi revisada pela Decisão BS III/10. O parágrafo 4 da referida decisão discrimina as informações que devem constar do documento que acompanha o OGM destinado ao uso como alimento humano ou animal ou ao beneficiamento: Decisão BS III/10 – "4. *Requests* Parties to the Protocol and urges other Governments to take measures ensuring that documentation accompanying living modified organisms intended for direct use as food or feed, or for processing, in commercial production and authorized in accordance with domestic regulatory frameworks, is in compliance with the requirements of the country of import, and clearly states: (a) In cases where the identity of the living modified organisms is known through means such as identity preservation systems, that the shipment contains living modified organisms that are intended for direct use as food or feed, or for processing; (b) In cases where the identity of the living modified organisms is not known through means such as identity preservation systems, that the shipment may contain one or more living modified organisms that are intended for direct use as food or feed, or for processing; (c) That the living modified organisms are not intended for intentional introduction into the environment; (d) The common, scientific and, where available, commercial names of the living modified organisms; (e) The transformation event code of the living modified organisms or, where available, as a key to accessing information in the Biosafety Clearing-House, its unique identifier code; (f) The Internet address of the Biosafety Clearing-House for further information; and *notes* that in accordance with Article 24 of the Protocol, transboundary movements of living modified organisms between Parties and non-Parties shall be consistent with the objective of the Protocol, and *further notes* that the specific requirements set out in this paragraph do not apply to such movements. In addition, in accordance with paragraph 2 of Article 24, Parties shall encourage non-Parties to adhere to the Protocol" (Informações disponíveis em http://www.cbd.int/decisions/mop/?m=MOP-03, acesso em 25 de Agosto de 2009).

Para os países que apoiaram a adoção do Protocolo, as críticas centralizam-se, sobretudo, nos itens que claramente diminuem sua eficácia, a exemplo da ausência inicial de mecanismos de responsabilização/compensação das partes, pelo não cumprimento das disposições (artigo 27); da aceitação de direitos e obrigações das partes em decorrência de quaisquer outros acordos e ajustes internacionais (artigo 14) e do fraco mecanismo de resolução de controvérsias[19].

A exclusão do âmbito de aplicação do procedimento de Acordo Prévio Informado dos OGM de uso na alimentação humana e animal, que corresponde a cerca de 90% do comércio internacional é, entretanto, sem dúvida, a maior deficiência do Protocolo. Para Amado Gomes, essa falha chega a anular a força da inclusão da precaução como princípio, já que a avaliação de risco nesse caso é apenas aconselhada, mas não imposta (GOMES, 2007, p. 325 e segs).

Importantes críticas são realizadas por Hermitte e David. Segundo as autoras, o Protocolo de Cartagena é decepcionante, pois não traz nenhuma novidade com relação ao instituto da avaliação de risco, se comparado com os acordos da OMC. A avaliação de riscos do Protocolo deve ser realizada segundo "métodos comprovados", "seguindo métodos de avaliação de riscos conhecidos" (artigo 15 e Anexo III) e "outras provas científicas disponíveis" (artigo 15). Outra falha apontada pelas autoras na avaliação de risco diz respeito à necessidade de identificação das novas características do OGM em questão, que podem ter efeitos indesejáveis. O problema nesse caso é que o Protocolo não definiu o que pode ser considerado efeitos indesejáveis ou adversos e estaria aí o ponto de conflito. Outro defeito apontado é a aposta do Protocolo na metodologia das avaliações comparadas entre riscos já existentes (em produtos similares não modificados) e riscos novos, método que, se não utilizado com cuidado, pode gerar preferência por riscos já conhecidos

19 Notar que alguns desses pontos foram discutidos e modificados posteriormente pelas quatro Conferências das partes já realizadas. Para um acompanhamento das decisões posteriores sobre os artigos do Protocolo, consultar o site http://www.cbd.int/biosafety/.

em detrimento de riscos potenciais, justamente os que a precaução visa evitar (HERMITTE; DAVID, 2004, p. 117-118).

A adoção expressa do princípio da precaução pelo Protocolo, no entendimento de Amado Gomes, não conduziu à criação de mecanismos de avaliação de riscos mais rigorosos (GOMES, 2007, p. 326). As dificuldades de entendimento durante as negociações, oriundas da necessidade de compatibilização de interesses comerciais e ambientais, explicam as concessões que foram feitas, sobretudo aquela relativa à autorização prévia no tocante aos OGM para uso na alimentação humana e animal.

Diante de tais circunstâncias e da incapacidade de os Estados chegarem a um consenso, as necessidades do mercado e dos consumidores poderão ser as únicas responsáveis pela demanda e controle das variedades geneticamente modificadas (BURGIEL, 2002, p. 61), o que pode anular completamente o objetivo do Protocolo, a depender do esclarecimento das populações nacionais quanto aos riscos.

A fragilidade do Protocolo de Cartagena é expressiva. Tal conclusão pode ser considerada o reflexo setorial de algumas das características marcantes do Direito Internacional Público contemporâneo: menor densidade das normas, grande dependência de órgãos de Direito interno para obter-se eficácia e dependência de fatores extrajurídicos.

Assim, enquanto interesses comerciais e políticos dos Estados prevalecerem sobre o valor comum ambiental, os instrumentos regulatórios internacionais continuarão funcionando como *soft law*, ao sabor de interesses restritos.

The protection of biodiversity against genetically modified organisms in the Cartagena Protocol on Biosafety: a critical analysis

Abstract

In the context of Internacional Law and Relations, the world is divided between importing countries and food-exporting countries. Their positions in international negotiations about the protection of the environment are clearly influenced by this context. This article provides a critical analysis of the Cartagena Protocol on Biosafety, the first international instrument aimed at protecting biodiversity from genetically modified organisms or GMOs. The research objective was to identify major gaps in its control mechanisms. With this purpose, are analyzed initially important concepts related to the subject, such as biosecurity, biodiversity, biotechnology, as well as the precautionary principle.

Key-words: GMOs. Biodiversity. Biosafety. Cartagena Protocol.

Referências

ANTUNES, Tiago. **O ambiente entre o Direito e a técnica**. Lisboa: AAFDL, 2003.

ÁVILA FAGÚNDEZ, Paulo Roney. Saúde e biossegurança. In: LEITE, José Rubens; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs.). **Aspectos destacados da Lei de Biossegurança na sociedade de risco.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 289-312.

BARAHONA, Elisa. El Protocolo de Cartagena. In: ASPECTOS CIENTÍFICOS, JURÍDICOS Y ÉTICOS DE LOS TRANSGÉNICOS. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2001. p. 85-104.

BERGEL, Salvador Darío. El principio precautorio y los riesgos en el cultivo de variedades transgénicas. In: PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN, BIOTECNOLOGÍA Y DERECHO. Editores Carlos María Romeo Casabona. Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Biskaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y del País Vasco/EHU, 2004. p. 99-148.

_____. El princípio de precaución como critério orientador y regulador de la bioseguridad. In: BIOTECNOLOGÍA, DESARROLO Y JUSTICIA. Editor Carlos María Romeo Casabona. Bilbao-Granada: Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizcaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y del País Vasco, 2008, p. 1-22.

BURGIEL, Stanley W. The Cartagena Protocolo on Biosafety: taking steps from negotiation to implementation. **RECIEL**. n. 01. pp. 53-62. 2002

CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Unilateralism and environmental protection: issues of percepcion and reality of issues. **EJIL**. n. 02. p. 315-338, 2002.

ECHOLS, Marsha A. **Food safety and the WTO – The interplay of culture, science and technology**. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

EGGERS, Barbara; MACKENZIE, Ruth. The Cartagena Protocolo on Biosafety. **Journal of International Economic Law**. v. 3, n. 3, p. 525-543. 2000.

ESTORNINHO, Maria João. **Segurança alimentar e protecção do consumidor de organismos geneticamente modificados.** Almedina: Coimbra, 2008.

FARIAS, Talden. Meio ambiente, patrimônio genético e biotecnologia: necessidade de aplicação do princípio da precaução. **Revista Jurídica do Ministério Público,** n. 1., p. 244-267, 2007.

GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in) certo? Reflexões sobre o `princípio da precaução´. In: GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de Direito do Ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2005. p. 143-174, .

_____. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. **Transgênicos – Uma visão estratégica.** Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2003.

HERMITE, Marie-Angèle; DAVID, Virginie. Avaliação de riscos e princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 93-155.

JARDIM DE MORAES, Roberta. **Segurança e rotulagem de alimentos geneticamente modificados –** SERAGEM. Uma abordagem de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JORCANO, José Luis; MONTEIRO, Javier. Implicaciones de la Biotecnología en la industria agroalimentaria. In: ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE. Editor Emilio Muñoz. Madrid: Editora Ephemera, 2006, p. 123-135.

KISS, Alexandre. Direito Internacional do Ambiente. **Textos do Centro de Estudos Ambientais e de Defesa do Consumidor**. v. 1, n. especial, p. 77-141, 1996.

_____. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Princípio da precaução.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.1-28.

KOESTER, Veit. Um novo ponto crítico no conflito comércio – meio ambiente. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Organismos geneticamente modificados.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 87-122.

LEITE, Marcelo. **Os Alimentos transgênicos**. São Paulo: Publi-Folha, 2000.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACKENZIE, Ruth. O Protocolo de Cartagena depois da primeira reunião de partes. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Organismos geneticamente modificados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.137-156.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. As relações entre o Direito Internacional Ambiental e o Direito da OMC, à luz do exemplo da regulamentação do comércio internacional de organismos geneticamente modificados. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Organismos geneticamente modificados.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 173-210.

MARQUES, J. P. Remédio. Introdução ao problema das invenções biotecnológicas. In: **Direito Industrial**. v. I. Coimbra: Almedina, 2001. p. 177-333.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Editora Millennium, 2001.

PAVONI, Riccardo. Biodiversity and biotechnology: consolidation and strains in the emerging international legal regimes. In: **Biotechnology and International Law**. Francesco Francioni e Tulio Scovazzi (editors). Oxford: Hart Publishing, 2006. p.

QURESHI, Asif H. The Cartagena Protocol on biosafety and WTO – Co-existence or incoherence? **International and Comparative Law**. v. 49, n. 04, p. 835-855, 2004.

ROSA, Humberto D. Conservação da biodiversidade: significado, valorização e implicações éticas. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. n.14, p. 10-34, 2000.

WOLFRUM, Rüdiger. The protection and management of biological diversity. In: **International, regional and national Environmental Law**. Edited by Fred L. Morrisson and Rüdiger Wolfrum. The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 355-372.

Referência deste artigo

WALTER, Fernanda Barreto Campello. A proteção da biodiversidade contra os organismos geneticamente modificados no protocolo de cartagena sobre biossegurança: uma análise crítica. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 309-343, jul./dez. 2010.

**Artigo recebido em: 25 abr. 2011. Aprovado em: 2 maio 2011.*

Os seis e outros problemas de competência expressamente não solucionados pela nova lei do mandado de segurança: quando falha o legislador

Guilherme Graciliano Araújo Lima
Procurador do município do Cabo de Santo Agostinho. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE/CCJ na linha Estado, Regulação e Tributação Indutora.

Resumo

O presente ensaio tem por mote esclarecer algumas questões relevantes sobre a competência para julgamento de mandados de segurança na justiça brasileira. Seis problemas são levantados para atentar o leitor a refletir sobre o tema, tendo em consideração os posicionamentos jurisprudenciais e a edição da lei 12.016 no ano de 2009.

Palavras chaves: Processo Civil. Direito Administrativo. Mandado de Segurança. Competência.

1 Introdução

Não houve mudanças significativas com o advento da Lei. 12.016/09 no tocante à fixação da competência em matéria de mandado de segurança[1]. A nova lei não nos trouxe inovações e a matéria continua sendo regulada pelas normas gerais estatuídas na Constituição Federal e nas

1 CAVALCANTI, Francisco. **O novo regime jurídico do mandado de segurança:** comentários à lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: MP Editora, 2009. p. 53.

leis de organização judiciária de cada ente da federação, além dos ditames doutrinários e, sobretudo, os jurisprudenciais.

Todavia, o fato de não haver inovações não implica simplicidade no trato da fixação da competência do *writ*. Muito pelo contrário. A questão é ainda objeto de muitas polêmicas e no presente trabalho iremos comentar os seguintes tópicos relevantes ao assunto, configuradores desta citada celeuma: 1) autoridades coatoras com distintos foros jurisdicionais, e o consequente destino do processo com a exclusão da lide de alguma delas; 2) necessidade de diferenciar atos de gestão de atos de mera execução e atos de autoridade (de mando) para fixar a competência judicial; 3) a análise das normas internas dos tribunais no estabelecimento da competência de cada juiz, câmara ou turma, no trato do *mandamus;* 4) o enfrentamento da questão do mandado de segurança em face de atos de sociedades de economia mista e empresas públicas, e a atribuição da justiça federal e das varas da fazenda pública; 5) a aplicação atual da teoria da encampação pelos tribunais; 6) a questão do interesse direto x interesse indireto dos entes públicos e o deslocamento da competência da querela mandamental.

Esses serão os temas centrais do presente ensaio: os 06 (seis) e outros problemas de competência expressamente não solucionados pela nova lei do mandado de segurança. O caminho não é dos mais simples, e a princípio necessitamos dar o primeiro passo: as linhas gerais de competência para o remédio constitucional.

2 Normas gerais sobre competência

As normas gerais para definir a competência judicial em matéria de mandado de segurança estão esculpidas no texto constitucional de 1988. O art. 102, I, *d*, trata da competência do STF; art. 105, I, *b*, competência do STJ; art. 108, I, *c*, competência dos TRFs; e Art. 109, VIII,

competência da justiça federal comum. Assim, a competência da justiça estadual é residual, cabendo a cada ordem normativa local estabelecer possíveis foros privilegiados a determinadas autoridades públicas.

A Constituição Estadual de Pernambuco, por exemplo, afirma ser da competência do Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente as ações mandamentais referentes a atos do próprio Tribunal, inclusive do seu presidente, do Conselho da Magistratura, do corregedor-geral de justiça, do governador, da mesa da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas, inclusive do seu presidente, do procurador-geral de justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, do prefeito, da mesa da Câmara de vereadores da capital, secretários de Estado, chefe da Polícia Civil, comandantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, juízes de direito e Conselho de Justiça Militar (Art. 61, inciso I, alíneas *f, g*).[2] Dentro desses parâmetros gerais de competência algumas questões de monta podemos inferir.

Em primeiro lugar, podemos aqui salientar os critérios fixadores da competência segundo o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno. Segundo ele, durante o ato de fixação da competência, dois princípios jurídicos são preponderantes: 1º) natureza e qualificação da autoridade coatora e 2º) hierarquia da autoridade[3]. Esses princípios explicitados funcionam como mecanismos de determinação do juízo competente para julgamento do *writ*, tanto no que diz respeito ao critério funcional, como ao critério hierárquico. Em segundo lugar, é de fundamental relevância identificar a natureza da função exercida pela autoridade coatora durante a prática do ato violador, assim como o ente da federação ao qual está ligada a autoridade nessa ocasião em que se propicia a insurgência processual através do mandado de segurança.

2 SILVA, Flávio Barbosa; SIMÕES, Fedra; BARBOSA, Adna Souza. **Legislação do estado de Pernambuco.** 3. ed. Recife: Nossa Livraria, 2009. p. 45.

3 BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança:** comentários às leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

Nesse sentido, a competência residual da justiça estadual, ou até mesmo a federal, que é residual em face da competência dos tribunais, merece destaque tendo em vista o ônus patrimonial a ser suportado pelo ente federativo ao qual se liga a autoridade coatora. De acordo com o art. 2º da Lei 12.016/09, deve-se considerar federal a autoridade coatora "se as consequências de ordem patrimonial de ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada"[4]. Percebe-se dessa maneira a prevalência e a determinação da competência em face do interesse econômico e patrimonial suscetíveis na questão.

Os serviços públicos objeto de delegação da União a particulares, como por exemplo aqueles estabelecidos no art. 21 da Constituição Federal, e seus incisos, assim como aqueles serviços que, embora não sejam objeto de delegação típica nas modalidades concessão ou permissão, são delegados mediante autorização da União a particulares, como aqueles retirados do entendimento implícito do art. 211, referindo-se especificamente ao estabelecimento, fomento e regramento do ensino superior, atribuirão competência à justiça federal para julgamento do mandado de segurança quando praticados atos de violação ou abuso pela entidade particular delegada.

O voto do ministro Castro Meira, durante o julgamento do conflito de competência CC 108.466/RS, 1ª Seção STJ, é bastante elucidativo quanto ao tema. Nele percebe-se facilmente que, contra ato de diretor de faculdade privada, a competência do *writ* é da justiça federal. Nesse julgado ainda se frisa o que dissemos logo no início do presente trabalho a respeito da inalterabilidade da questão da competência para julgamento do mandado de segurança quando do advento da novel legislação:

4 BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.016/09**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 31 maio 2010.

> 4. A alteração trazida pela Lei nº 12.016/09 com relação ao conceito de autoridade federal em nada altera o entendimento há muito sedimentado nesta Corte acerca da competência para julgamento de mandado de segurança, já que não houve modificação substancial na *mens legis*.
>
> (...)
>
> 7. Permanece inalterado o critério definidor da competência para o julgamento de mandado de segurança, em que se leva em conta a natureza das pessoas envolvidas na relação processual, *ratione personae*, sendo irrelevante, para esse efeito e ressalvadas as exceções mencionadas no texto constitucional, a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido formulado na demanda.
>
> 8. Nos processos que envolvem o ensino superior, são possíveis as seguintes conclusões: a) mandado de segurança – a competência será federal quando a impetração voltar-se contra ato de dirigente de universidade pública federal ou de universidade particular; ao revés, a competência será estadual quando o *mandamus* for impetrado contra dirigentes de universidades públicas estaduais e municipais, componentes do sistema estadual de ensino; b) ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial que não o mandado de segurança – a competência será federal quando a ação indicar no polo passivo a União Federal ou quaisquer de suas autarquias (art. 109, I, da Constituição da República); será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino.

O voto trazido acima é esclarecedor quanto à falta de inovação da lei 12.016/09 no tocante à fixação da competência em mandado de segurança, bem como no que diz respeito à natureza funcional da autoridade durante a prática do ato. Trata-se também da controvérsia sobre a matéria discutida no ato, e sobre esse assunto iremos tecer alguns comentários mais à frente. Contudo, vamos ainda nos concentrar sobre o critério *ratione personae* e a natureza da função exercida pela autoridade coatora.

Um exemplo bem possível sobre esse ponto peculiar da questão nos vem agora em mente: se uma ordem de proibição de vestimentas inade-

quadas em faculdades públicas ou particulares, por exemplo, partir do secretário de ensino superior do MEC, vedando o uso de minissaias rosas, e uma aluna de faculdade privada da cidade do Recife sentir violado direito líquido e certo seu, caberá à justiça federal de 1ª instância, e não ao STJ, julgar a demanda.

O problema é que a questão não termina aí, pois fixada a competência da justiça federal, restaria indagar: mas que juízo federal de primeira instância? De Brasília, onde fica situado o domicílio funcional do secretário de ensino superior, ou do Recife, local em que foi concretamente ferido direito líquido e certo, e também domicílio do autor?

A resposta é o juízo federal do Distrito Federal. Apesar da relativa obviedade da questão, o tema ainda aparece de forma controvertida e é, vez por outra, levado à apreciação dos tribunais. A fixação da competência em mandado de segurança depende do foro específico da autoridade coatora, e de seu respectivo *status* funcional. Esse é o entendimento dominante em toda a jurisprudência, inclusive a do STJ, esposado no julgamento dos processos de conflitos de competência CC 60.560/DF, rel. Eliana Calmon, CC 41.579/RJ, rel. Denise Arruda, e CC 18.894/RN, rel. Antônio de Pádua Ribeiro, dentre outros.

Esta é, em suma, a regra geral acolhida pela doutrina e pela jurisprudência dominantes: a competência do mandado de segurança é fixada pelo domicílio funcional da autoridade coatora. Não é o juízo do local em que se verificou a violação a direito líquido e certo. Não será no juízo onde é domiciliado o autor. Não é no foro no qual está sediado mero executor da ordem, e quanto à distinção mero executor x autoridade coatora reservaremos uma parte do presente trabalho mais adiante. Não é também, necessariamente, no domicílio da pessoa jurídica à qual está vinculada a autoridade coatora, e sim no domicílio funcional da própria autoridade, embora não seja muito comum imaginar uma hipótese em que o domicílio da pessoa jurídica seja distinto do domicílio funcional da autoridade.

De qualquer maneira, por se tratar de competência em razão da pessoa, temos caso típico de competência absoluta, portanto, imodificável e improrrogável, sendo possível ser conhecido de ofício pelos magistrados.[5] Portanto, contra ato de superintendente da ANATEL ou da ANTT (cf. CC 60.560/DF e CC 1.101.738/SP, respectivamente, ambos do STJ), ou de secretário de ensino superior, ligado ao MEC, caberá a via mandamental na seção judiciária da justiça federal do Distrito Federal, e não no juízo da sede da gerência local da agência reguladora ou do domicílio do autor do *writ* que viu seu direito violado em faculdade de Recife. Vale ainda destacar que o conceito de autoridade pode ser retirado da lei do processo administrativo no âmbito federal, Lei 9.784/99, art. 1º, § 2º, III, afirmando que autoridade é servidor ou agente público dotado de poder de decisão, embora não seja essa a exata fonte para o conceito de autoridade utilizada pela doutrina mais respeitada e pela jurisprudência dominante, e nem neste trabalho.

Hely Lopes Meirelles, por seu turno, não faz, precisamente, seu o conceito de autoridade coatora estabelecido pela lei do processo administrativo federal, e a define como sendo "a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução".[6] Segundo a jurisprudência acerca do tema, aproximando-se da definição doutrinária de Meirelles, autoridade coatora é aquela autoridade que pratica o ato, ou que se omite quando deveria praticá-lo, não interessando a autoridade superior ordenadora ou outra qualquer, consoante reza o REsp nº 87.593/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo.[7] Na lição de Lucia Valle Figueiredo, "autoridade co-

5 DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 232.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66.

7 Para corroborar o entendimento sobre a definição de autoridade coatora, citamos também os precedentes REsp nº 658.779/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 27/06/05, RMS nº 14.475/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 01/07/02 e AgRg no REsp nº 113.014/DF, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 25/06/01.

atora é o agente administrativo que pratica o ato passível de constrição. Na verdade, é aquela que efetivamente pratica o ato, ou que tem poder legal de praticá-lo, nos casos de omissão"[8].

O nó górdio da questão, no nosso entendimento, reside em identificar a situação da autoridade coatora na querela mandamental. Todavia, não iremos nos ater a essa questão de analisar a participação da autoridade e sua posição na ação do mandado judicial, como caso de litisconsórcio passivo com a pessoa jurídica à qual está vinculada ou se, pelo contrário, a autoridade não seria parte na ação. Apenas iremos demonstrar a posição adotada no presente ensaio para fins de coerência e posicionamento da corrente doutrinária adotada: a autoridade não é parte na ação mandamental, e sim a pessoa jurídica à qual ela está ligada[9].

Depois de traçar o panorama geral sobre a questão do mandado de segurança, obedecendo às normas estabelecidas na Constituição Federal e nos dispositivos de organização judiciária de cada ente federativo, além de compreender que a fixação da competência dependerá da qualidade funcional da autoridade coatora, isto é, utiliza-se do critério *ratione personae*, tratando-se de competência absoluta, vamos nos ater a partir de então aos principais problemas enfrentados nos tribunais no trato da fixação do juízo competente quando do julgamento da via mandamental.

8 FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Mandado de segurança.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

9 Segue o mesmo pensamento Humberto Theodoro Jr.: THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil.** 37. ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 514.

3 Problema nº 1: a competência para julgamento de ação mandamental em que figuram autoridades coatoras com foros distintos

O conceito de ato complexo, retirado do direito administrativo, figura-se como de bastante relevância para o estudo do mandado de segurança. Segundo a doutrina festejada, complexo é o ato administrativo "cuja vontade final da Administração exige a intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio, em cada uma das manifestações"[10].

O ponto que nos interessa diz respeito à possibilidade de os atos complexos poderem gerar a problemática da competência em sede de *writ*, quando as autoridades administrativas possuírem foros de jurisdição distintos. Quando o ato é complexo, aduz uma parte da doutrina, o mandado de segurança será oponível a todos aqueles que participam na realização do ato ilegal[11]. Entretanto, não é este o entendimento dominante como pretendemos mostrar logo a seguir.

Em ações mandamentais com autoridades diferentes e com foros distintos, a competência é para o tribunal de maior hierarquia[12]. Nesse mesmo sentido é o ensinamento da doutrina de Carlos Alberto Menezes Direito:

> Havendo um ato administrativo que envolva diversas autoridades, assim, por exemplo, naqueles casos de pagamento do funcionalismo, recomenda-se a impetração contra todas as autoridades ligadas ao ato impugnado, conferida a competência pela de maior hierarquia[13].

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 125.

11 WALD, Arnoldo. **Do mandado de segurança na prática judiciária.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 164.

12 CAVALCANTI, Francisco. op. cit., p. 54.

13 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47.

É possível, por exemplo, surgir controvérsia desta natureza durante a prática dos já referidos atos administrativos complexos, que podem gerar a problemática da competência, se acontecer de as autoridades possuírem foros de jurisdição distintos. Exatamente nesses casos poder-se-á observar a fixação da autoridade judicial competente para julgar o feito através do critério hierárquico. Exemplo típico dessa questão surge em concessão de aposentadoria, ato formalizado por uma autoridade administrativa e aperfeiçoado a partir da manifestação do correspondente Tribunal de Contas. Por se tratar de ato complexo, o indeferimento de aposentação de servidor público federal pelo TCU e pelo ente administrativo ao qual se liga diretamente o servidor, por exemplo, ensejará o ajuizamento do remédio constitucional no STF. Acerca do tema remetemos o leitor à análise das ações MS 24.754/DF e 26.085/DF no Supremo Tribunal.

A fixação da competência para o julgamento da ação pelo STF se dá exatamente pelo grau hierárquico de superioridade do TCU frente às outras unidades administrativas. Logo, surge o caso típico de ato complexo, com autoridades coatoras com distintos foros jurisdicionais. Ressalte-se, contudo, se houver indeferimento na instância administrativa primeira, configurando a violação ao direito líquido e certo, logo aí caberá o remédio constitucional na justiça federal comum, e não será necessário ajuizar a ação no STF, pois a violação ao direito líquido e certo pode ter ocorrido já pela manifestação administrativa da autoridade local, ou seja, mesmo a ato ainda não estando perfeito. Se posteriormente ao ajuizamento da ação na jurisdição comum o Tribunal de Contas da União vier a corroborar a violação, acrescente-se, deverá então haver o deslocamento do julgamento para o STF.

Assim, o surgimento de autoridade superior após o início da querela mandamental na ação deverá ensejar o deslocamento do processo para o tribunal que tem competência jurisdicional de julgar ato emanado pela autoridade de maior hierarquia.

Questão igualmente interessante nesse ponto se instala assim: no caso inverso do exemplo ora referido, isto é, se a autoridade coatora de maior hierarquia for tida como ilegítima e sair do processo? Este volta para o juiz de menor hierarquia?

A resposta é tranquilamente positiva. Embora não haja relação hierárquica nos precisos termos da doutrina administrativista sobre o tema[14], foi próximo a esse entendimento que, *v. g.*, no julgamento da apelação em mandado de segurança AMS 94.522/SE, o TRF 5ª Região procedeu ao julgar recurso em ação mandamental ofertada pelo estado de Sergipe, cujo objeto é ato da União e do município de Aracaju, onde foi concedido a este delegação para gerenciar os procedimentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS nos demais municípios daquele estado da federação. A princípio o TRF 5ª reconheceu legitimamente a competência da justiça federal para analisar o feito, pela participação da União, e não do Tribunal de Justiça sergipano, todavia, constatando alto risco que a demanda ofereceria ao pacto federativo, remeteu os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Também podemos lembrar os exemplos clássicos de impetração de *writ* contra secretário ou ministro de estado nos casos de concursos públicos por ato praticado em conjunto com governador ou presidente da República. Nos casos da justiça estadual o exemplo pode perder a importância, pois o tribunal competente poderá ser o mesmo, isto é, pode não haver distinção alguma em definir a autoridade judicial para julgamento de atos de governador ou de atos de secretário de governo.

Entretanto, na justiça federal a questão tem certa relevância, pois a competência para julgamento através do *mandamus* em face de ato do presidente da República é do STF, diferente da competência para ato de

14 Para a doutrina, o princípio da tutela, ou do controle, incide sobre a relação entre administração indireta e a administração direta, já o princípio da hierarquia, ou da autotutela, incide na relação inserida dentro da própria administração direta, ou dentro da administração indireta, e não entre ambas. Para o assunto cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 73-74.

ministro, cuja violação ilegal deverá ser analisada pelo STJ. Assim, em casos como esse, cujo ato é praticado em conjunto pelo presidente e por ministro, evidencia-se a necessidade de ajuizar a demanda mandamental no Supremo Tribunal Federal por se considerar a relação de superioridade hierárquica existente entre o presidente e o ministro.

Em sentido próximo, mas não idêntico, atentamos aos casos de *mandamus* ajuizados por candidatos a vagas em concurso público em face da autoridade coatora, especificamente a comissão de concurso, em "litisconsórcio passivo"[15] com todos aqueles que podem ter suas esferas jurídicas afetadas pela decisão do *writ*. Vide os casos figurados no REsp 1.077.368/MG e RMS 25.081/AM, ambos do STJ.

Nesses casos, conforme dita a mansa e pacífica jurisprudência, figura como "réu" no *writ* a autoridade coatora, assim como esses candidatos acima referidos. Havendo litisconsórcio passivo, prevalecerá o domicílio da autoridade coatora, geralmente ligada a algum órgão ou pessoa jurídica da Administração Pública, podendo ter foro específico, como as varas da Fazenda Pública nos tribunais de justiça estaduais. É no foro específico dessa autoridade em que será ajuizado o mandado de segurança, e não nas varas comuns cíveis.

Só se saliente, distintamente da relação existente entre presidente da República e ministro de Estado, não haver nenhuma ligação hierárquica entre a autoridade e os candidatos potencialmente prejudicados, até mesmo porque esses não serão encarados como autoridades públicas. Assim, o único foro competente é o domicílio funcional da comissão de concurso, já que outra autoridade não há. Logo, é mister fazer um parêntese: a fixação da competência pelo critério da hierarquia só deverá incidir quando houver uma relação hierárquica entre as pessoas apontadas como coatoras, pois, caso contrário, em sendo autoridades desvinculadas entre si, deverá ser aplicado o art. 94 do Código de Processo Civil.

15 Apesar de a jurisprudência em peso, mas não à unanimidade, reconhecer a hipótese de que a autoridade coatora não é parte da ação mandamental, sendo parte a pessoa jurídica à qual ela está ligada, não é incomum dizer, como nos casos de mandado de segurança por razões de concurso público, que há verdadeiro litisconsórcio passivo entre a autoridade e terceiros candidatos que poderão ser preteridos em nova ordem de classificação ou outros efeitos negativos. Na verdade, o litisconsórcio passivo ocorre entre a pessoa jurídica à qual se liga a autoridade coatora e os demais candidatos potencialmente prejudicados no concurso pelo julgamento do mandado de segurança.

Segundo esse entendimento, Cássio Scarpinella afirma que nos casos de autoridades coatoras sediadas em diversas seções judiciárias ou comarcas (e nós acrescentamos que não deverá haver relação hierárquica entre elas) deverá ser aplicado o disposto no § 4º, art. 94, do CPC, que reza: "Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor"[16].

Assim, se um ato é perpetrado pelo diretor geral da ANEEL, com domicílio no Distrito Federal, e pelo presidente da Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica – CBEE, com sede no Rio de Janeiro, ambas autarquias federais, logo, pessoas jurídicas de direito público entre as quais não há relação de hierarquia ou de subordinação, caberá ao autor escolher o juízo, entre o juízo da cidade do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, onde será processado o mandado de segurança, pois ambos são igualmente competentes para o julgamento do feito. Precedentes: CC 58.108/RJ e CC 39.539/RJ, ambos no STJ.

Portanto, havendo autoridades coatoras distintas, entre as quais há uma relação hierárquico-administrativa, o mandado de segurança deverá ser ofertado no juízo competente para o julgamento de atos da autoridade superior. Todavia, onde não existir relação hierárquica, como nos casos dos atos complexos praticados por autoridades ligadas a pessoas jurídicas diferentes, caberá ao autor demandar no juízo do domicílio funcional de qualquer uma delas.

16 BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 47.

4 Problema nº 2: a distinção entre atos de autoridade e atos de gestão para o cabimento da ação e para definição da competência

Outro aspecto relevante para a definição da competência para o julgamento do *writ* reside na observância à natureza do ato praticado, embora o fator determinante seja a natureza da função exercida pela autoridade, como expusemos linhas atrás. Todavia, convém esclarecer que só contra os atos de autoridade, ou de mando, caberá o mandado de segurança, não concorrendo os atos de gestão, ou de mera execução, para impetração da ação mandamental.

Atos de autoridade, de um lado, e atos de gestão, ou de mera execução, de outro, configuram dois extremos no cabimento da ação, pois há o dever técnico de obedecer o regime jurídico que rege o ato, ou seja, é dever do autor verificar se há o exercício de função pública delegada pelo Estado na prática do ato[17]. Nesse cenário, convém não olvidar a figura da autoridade coatora, já que o seu conceito está relacionado à ideia de pessoa física, ligada pelo princípio da descentralização ou desconcentração a uma pessoa jurídica de direito público.

Só a pessoa física com poder de ordem, de autoridade, poderá ser a responsável pelo ato coator, descabendo falar de coação mandamental quando se está diante de ato praticado por pessoa sem poder de decisão. Esse é o entendimento doutrinário em peso que deve ser jungido ao entendimento definidor da competência, qual seja, praticado o ato por pessoa sem autoridade, contra o superior hierárquico, cujas ordens foram determinantes para a prática da violação ou do abuso ilegais, será possível a concessão da segurança, sendo ele o parâmetro para definição da competência.

17 CAVALCANTI, Francisco. op. cit., p. 30.

Retomando o exemplo suprarreferido da vedação de uso de minissaia nas faculdades particulares. O reitor de faculdade privada no Recife que cumpre a ordem do secretário de ensino superior do MEC não será a autoridade. A nosso ver, ele será mero executor material da ordem emanada pelo secretário. Portanto, o juiz competente para a demanda será o juiz federal do Distrito Federal, e não o da seção judiciária federal de Recife.

"Não há confundir, entretanto, o simples *executor material* do ato com a *autoridade* por ele responsável". Coator é a autoridade superior, que pratica ou ordena a execução ou inexecução do ato e responde pelas consequências administrativas deste, enquanto executor é agente subordinado, mero cumpridor da ordem por razões hierárquicas[18]. Para Bueno, no mesmo sentido emprestado por Meirelles ao tema, a autoridade é quem tem poder de decisão, entendido este como poder de desfazimento do ato guerreado, não podendo ser impetrado "contra o mero executor da ordem"[19].

Nessa pegada, portanto, não caberá o remédio constitucional contra mero executor de ordem, haja vista se tratar de agente subordinado. Esse é o entendimento que se pode retirar, indiretamente, pelo disposto na Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial". O entendimento implícito da súmula, a nosso sentir, é afastar a hipótese de cabimento do remédio quando se tratar de ato de subordinado hierárquico, pessoa sem competência, originária ou delegada, para emissão da ordem coatora, abusiva e ilegal.

18 MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 66.

19 BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 22.

4 Problema nº 2: a distinção entre atos de autoridade e atos de gestão para o cabimento da ação e para definição da competência

Outro aspecto relevante para a definição da competência para o julgamento do *writ* reside na observância à natureza do ato praticado, embora o fator determinante seja a natureza da função exercida pela autoridade, como expusemos linhas atrás. Todavia, convém esclarecer que só contra os atos de autoridade, ou de mando, caberá o mandado de segurança, não concorrendo os atos de gestão, ou de mera execução, para impetração da ação mandamental.

Atos de autoridade, de um lado, e atos de gestão, ou de mera execução, de outro, configuram dois extremos no cabimento da ação, pois há o dever técnico de obedecer o regime jurídico que rege o ato, ou seja, é dever do autor verificar se há o exercício de função pública delegada pelo Estado na prática do ato[17]. Nesse cenário, convém não olvidar a figura da autoridade coatora, já que o seu conceito está relacionado à ideia de pessoa física, ligada pelo princípio da descentralização ou desconcentração a uma pessoa jurídica de direito público.

Só a pessoa física com poder de ordem, de autoridade, poderá ser a responsável pelo ato coator, descabendo falar de coação mandamental quando se está diante de ato praticado por pessoa sem poder de decisão. Esse é o entendimento doutrinário em peso que deve ser jungido ao entendimento definidor da competência, qual seja, praticado o ato por pessoa sem autoridade, contra o superior hierárquico, cujas ordens foram determinantes para a prática da violação ou do abuso ilegais, será possível a concessão da segurança, sendo ele o parâmetro para definição da competência.

17 CAVALCANTI, Francisco. op. cit., p. 30.

Retomando o exemplo suprarreferido da vedação de uso de minissaia nas faculdades particulares. O reitor de faculdade privada no Recife que cumpre a ordem do secretário de ensino superior do MEC não será a autoridade. A nosso ver, ele será mero executor material da ordem emanada pelo secretário. Portanto, o juiz competente para a demanda será o juiz federal do Distrito Federal, e não o da seção judiciária federal de Recife.

"Não há confundir, entretanto, o simples *executor material* do ato com a *autoridade* por ele responsável". Coator é a autoridade superior, que pratica ou ordena a execução ou inexecução do ato e responde pelas consequências administrativas deste, enquanto executor é agente subordinado, mero cumpridor da ordem por razões hierárquicas[18]. Para Bueno, no mesmo sentido emprestado por Meirelles ao tema, a autoridade é quem tem poder de decisão, entendido este como poder de desfazimento do ato guerreado, não podendo ser impetrado "contra o mero executor da ordem"[19].

Nessa pegada, portanto, não caberá o remédio constitucional contra mero executor de ordem, haja vista se tratar de agente subordinado. Esse é o entendimento que se pode retirar, indiretamente, pelo disposto na Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial". O entendimento implícito da súmula, a nosso sentir, é afastar a hipótese de cabimento do remédio quando se tratar de ato de subordinado hierárquico, pessoa sem competência, originária ou delegada, para emissão da ordem coatora, abusiva e ilegal.

18 MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 66.

19 BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 22.

5 Problema nº 3: a questão da competência interna dos tribunais e da justiça federal e estadual no trato da ação mandamental

A problemática da competência também está atrelada aos regimentos internos de cada tribunal, atentando para a necessidade de existência de entendimento por parte do autor quanto a juízo/turma/câmara a que caberá analisar a segurança pleiteada. Em verdade, entendemos ser esse um problema interno e diminuto, cuja normatização será regulada pelos próprios tribunais, pois a indicação errônea do juiz singular ou de turma especializada dentro do mesmo tribunal não deverá ensejar a extinção do processo, apenas o seu redirecionamento à autoridade competente. Todavia, o tema aqui será objeto de breves e importantes reflexões.

O regimento interno do STF, por exemplo, não faz distinção entre suas duas turmas para definir a competente para julgamento da ação mandamental. Todavia, o parágrafo único do art. 205 do referido instrumento normativo nos traz uma nota relevante, qual seja, o julgamento de *writ* contra ato do presidente do próprio tribunal ou do Conselho Nacional de Magistratura será presidido pelo vice-presidente ou pelo ministro mais antigo, no caso de impedimento ou impossibilidade daquele[20].

No caso do STJ, vale salientar o disposto no parágrafo único do artigo 79, aduzindo, em sentido próximo àquele estabelecido pelo STF, que a distribuição do mandado contra ato do próprio tribunal far-se-á de preferência a ministro "que não haja participado da decisão impugnada"[21]. Lembramos também que a distribuição do mandado de segurança torna prevento o relator para o julgamento dos recursos

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno.** Brasília: STF, 2010, p. 115. Também disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2010.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça.** Brasília: STJ, [s.d], p. 55. Também disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=815>. Acesso em: 16 jun. 2010.

interpostos posteriormente contra as decisões proferidas no curso da ação mandamental.

Vale ressaltar que tanto o STJ quanto o STF editaram posicionamento sumular, no sentido de não ser de sua competência a obrigação de processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou de seus órgãos, com o evidente fulcro de evitar a utilização banal do *mandamus* constitucional como sucedâneo ou substitutivo recursal (súmulas 41/STJ e 330/STF).

Segundo o código de organização judiciária do estado de Pernambuco, estabelecido pela lei complementar estadual nº 100/2007, em seu inciso II, art. 79, caberá às varas da Fazenda Pública processar e julgar os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais e municipais, respeitada a competência originária do Tribunal de Justiça, e não às varas cíveis comuns, cuja competência é eminentemente residual, ou seja, julgarão todas as causas cíveis que não forem da alçada das varas especializadas. Bem, especificamente, o regimento interno do TJPE (Resolução nº 84/96) possui algumas peculiaridades na questão da competência entre a Corte Especial e as suas câmaras internas, senão vejamos.

O art. 22, inciso I, alínea *e*, estabelece a competência da Corte Especial para julgar atos lesivos do "próprio tribunal, inclusive de seu presidente, do corregedor geral da justiça, da Seção Cível ou Criminal, do Conselho da Magistratura, do governador, da Mesa da Assembleia Legislativa ou de seu presidente". À Seção Cível competirá julgar os mandados de segurança contra atos dos Grupos de Câmara, bem como de seus juízes e presidente (art. 23, I, *a*). Esses, desse modo, consubstanciam o foro privilegiado dos privilegiados, digamos assim, dentro da estrutura organizacional complexa na justiça local pernambucana.

De outra banda, o art. 24, I, *a*, consoante os dispositivos da Constituição Estadual, reza que caberá aos Grupos de Câmara Cível processar e julgar

> Os mandados de segurança contra atos dos Secretários de Estado, do Comandante Geral da Polícia Militar, do Comandante Geral do Corpo de Bombeiros Militar, do Prefeito e da Câmara de Vereadores da Capital, do Tribunal de Contas do Estado, do Procurador Geral da Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, do Colégio de Procuradores de Justiça, do Corregedor Geral do Ministério Público, do Procurador Geral do Estado e das Câmaras Cíveis e Criminais isoladas, bem como dos respectivos presidentes ou juízes.

Por fim, o art. 25, I, *a*, aduz que compete à primeira, segunda, terceira, quarta, quinta e sexta Câmaras Cíveis, isoladamente, isto é, independentemente do Grupo de Câmara ou da Seção, julgar os "mandados de segurança contra atos dos juízes de primeiro grau, do Conselho de Justiça Militar ou do seu auditor, dos juízes dos Juizados Especiais e dos respectivos Colégios Recursais", e o art. 25-A, I, *a*, incluído pela Resolução nº 176/2005, estabelece a instituição das Câmaras da Fazenda Pública (sétima e oitava câmaras), com competência privativa fazendária e de previdência pública para julgar "os mandados de segurança ajuizados contra atos dos juízes de primeiro grau, nas causas da Fazenda Pública".

Esse exemplo específico do tribunal pernambucano demonstra bem a delimitação de competência para as maiores autoridades do estado, quando a competência será da Corte Especial, e os demais mandados, em grau de competência originária do tribunal, estabelecida pela Constituição Estadual, como sendo das câmaras cíveis. Além, merece também destaque a competência privativa específica das câmaras e juízes da Fazenda Pública.

As varas e as câmaras da Fazenda Pública são criadas pelas normas de organização judiciária e pelos regimentos internos dos tribunais visando ao princípio da celeridade processual, além de respeitar a especificidade do tema

e as prerrogativas da Administração Pública. É, na verdade, um fenômeno necessário e irreversível para atender eficazmente as demandas que envolvem o Poder Executivo, principalmente, e também o Legislativo e Judiciário enquanto entes que violam os direitos dos cidadãos. Assim, onde houver vara privativa da Fazenda Pública será nesta, exatamente, que deverá correr a ação de mandado de segurança por lesão ou ameaça a direito líquido e certo, e, em não havendo, a ação mandamental deverá correr na vara cível comum.

Nesse mesmo sentido é a lição de Hely Lopes. A obra do autor demonstra que a ação sempre deverá tramitar nas varas especializadas, mesmo se tratando de ato de delegada de serviço público, restando, assim, incompetentes as varas cíveis comuns, haja vista o seu dever de solucionarem conflitos entre particular e particular, típico do direito privado, e não entre particular e Administração Pública, típicos do direito público[22].

6 Problema nº 4: a competência para julgamento de ação mandamental em face das empresas públicas e das sociedades de economia mista – cabimento, justiça federal x estadual, vara cível x vara da fazenda pública

Questão relevante é o mandado de segurança contra ato da Administração Pública indireta, principalmente quando se trata das empresas estatais: empresa pública e sociedade de economia mista. Consoante autorização do art. 1º, § 1º, da lei 12.016/09, caberá a ação mandamental contra atos de dirigentes de pessoa jurídica e naturais no exercício de atribuições do poder público[23].

22 MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 78-79.

23 Desde 1948 Pontes de Miranda versava sobre o assunto: "A lei supõe a existência de delegação da autoridade pública a pessoas naturais ou jurídicas, que não são o Estado, os Estados-membros e os Municípios. Também supõe a prática de tais atos por parte de estabelecimentos públicos, tais como as faculdades de ensino público superior, secundário, ou primário". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de Processo civil.** Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. p. 185.

No esteio da lição do professor Barbi, ainda nas primeiras décadas, após o advento da lei 1.533/51, corroborando aquilo dito linhas atrás sobre os serviços delegados pela União federal a outras pessoas jurídicas, é importante frisar não ser apenas autoridade federal a pessoa jurídica pertencente aos quadros do pessoal da União, pois o ato praticado, por algumas vezes, por autoridade estadual ou municipal, pode ser praticado durante o exercício de delegação do Poder Federal, "como já aconteceu no caso das contribuições compulsórias para a Petrobrás, exigidas dos proprietários de veículos"[24].

Considerando argumentos como esse acima, é plenamente possível entender o cabimento do mandado de segurança contra atos de pessoas ligadas à iniciativa privada ou ao poder público da esfera estadual ou municipal, que podem carecer, a princípio, de requisito configurador para serem encaradas como autoridade federal pública e coatora. Entendemos ser possível juridicamente a impetração da querela mandamental contra atos de empresa pública ou sociedade de economia mista quando o dirigente interno agir com violação a direito líquido e certo no exercício de competência delegada pelo ente público.

Deve-se entender como empresa pública a pessoa jurídica de direito privado "cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas", com predominância acionária residente na esfera federal, se se tratar de empresa pública federal[25]. Já as sociedades de economia mista federais devem ser entendidas como pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração indireta, constituída sob a forma de sociedade anônima, "cujas ações com direito

24 BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 116.

25 É o entendimento esposado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao refutar a impropriedade técnica do conceito legal de empresa pública retirado do art. 1º do Decreto-lei 900 que afirma serem empresas públicas federais somente aquelas formadas exclusivamente por capital da União. O argumento do autor é que também será empresa pública federal a pessoa jurídica da qual participam outras pessoas de direito público interno, bem como entidades da Administração indireta da União, dos estados, Distrito Federal e municípios, desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 180.

a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular"[26].

Devido a alguns traços fundamentais de suas características mais básicas como componentes da Administração, esses dois entes da Administração Pública indireta são causadores de algumas peculiaridades interessantes no trato do mandado de segurança. Vejamos.

Em primeiro lugar, cabe discutir se é possível ou não a ação mandamental contra atos praticados por sociedades de economia mista e empresas públicas. A resposta é sim, como apontado acima, é plenamente possível. O professor Francisco Cavalcanti faz uma distinção bastante pertinente para as empresas públicas e sociedade de economia mista que exploram atividade econômica, pois nesta hipótese não estariam agindo como autoridade pública, e sim como particulares[27]. Tenha-se em vista, para tanto, que essas pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública indireta, não podem gozar de benefícios não extensíveis às empresas particulares. Assim, o professor cita um exemplo muito esclarecedor sobre a Caixa Econômica Federal, empresa pública federal: se a Caixa viola direito de particular garantido em uma relação de operação de crédito, não é possível o *writ*, por se tratar de uma relação tipicamente de direito privado; de outro lado, se a empresa viola direito de particular durante a gestão de fundos de renda pública, como o FGTS, por exemplo, caberá o mandado de segurança.

Vale adicionar ao citado entendimento que quando se tratar de ato praticado pela empresa estatal exploradora de atividade econômica no exercício de atividade meio será possível o cabimento do mandado de segurança. Nessa quadra, o STJ editou a súmula 333, referente à pos-

26 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., p. 184.

27 CAVALCANTI, Francisco. op. cit., p. 47-48.

sibilidade de ajuizamento do *mandamus* quando a empresa pública ou sociedade de economia mista estiver realizando licitação para aquisições de bens ou realização de obras.

Por outro lado, ainda no entendimento do professor Francisco Cavalcanti, adotado no presente trabalho, se as empresas públicas ou sociedades de economia mista exercem serviço público seria plenamente possível a impetração do *writ*. Há uma corrente doutrinária que não faz distinção entre empresas públicas ou sociedades de economia mista que exercem serviço público ou exploram atividade econômica em matéria da possibilidade de ajuizamento de mandado de segurança, pois em ambos os casos, indistintamente, caberia o *mandamus*[28].

Em suma, acoplando as correntes acima, entendemos ser cabível o mandado contra ato de empresa pública e sociedade de economia mista que exercem serviços públicos, independentemente de estar no exercício de atividade meio ou atividade fim; todavia, contra atos das empresas estatais exploradoras de atividade econômica caberá a querela se o ato for praticado no exercício da atividade meio, como nos casos de licitação, mas nunca da atividade fim.

Em segundo lugar, uma vez sendo possível o ajuizamento do remédio, cabe indagar qual a justiça competente para seu julgamento. Ora, quando as empresas estatais estiverem exercendo serviço ou atividade por delegação da União e quando praticarem atos contestáveis na via mandamental, caberá a ação na justiça federal; quando a delegação é local, caberá à justiça estadual. Exemplo polêmico na jurisprudência é o caso de sociedade de economia mista prestadora do serviço de fornecimento de água potável e esgoto, delegação tipicamente municipal, sendo a justiça estadual a autoridade judicial julgadora competente. Nesse sentido remetemos o leitor aos processos CCs 107.409/SP e 65.803/SP, e REsp 994.779/SP, no STJ, e à sumula 556 do STF, ao aludir "é competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

28 BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 33.

Em sentido complementar, será competente a justiça federal para julgar ato oriundo de sociedade de economia mista, composta por capital federal, estadual ou municipal, atuando durante a delegação federal, e não a justiça estadual. O pensamento de que se deve aplicar a súmula 556 aos mandados de segurança ajuizados contra ato de dirigente desse tipo de pessoa jurídica não deverá prosperar se o ato atacado refletir exercício de atribuição delegada pela União à empresa estatal.

Somente será possível o cabimento do mandado na justiça federal contra ato de sociedade de economia mista estadual ou municipal quando a União intervier como assistente ou opoente (súmula 507/STF), pois é sabido, seguindo a trilha acima explicitada de Celso Antônio, que esse tipo de pessoa jurídica de direito privado poderá ser composto por capital da União e dos demais entes federados, simultaneamente, além do capital dos particulares investidores.

Logo, se a sociedade de economia mista é constituída pelo município e presta serviços de delegação deste, competente será a justiça estadual; se delegação da União, caberá à justiça federal julgar a demanda, da mesma maneira como seria competente para julgar o mandado em face da sociedade se a União interviesse no feito como terceiro interessado.

Em terceiro e último lugar, visto que uma vez sendo possível a ação mandamental em face das empresas estatais, e visto igualmente que caberá seu ajuizamento na justiça estadual (desde que a delegação seja típica de ente estadual ou municipal) iria o processo para vara da fazenda pública ou para a vara cível comum?

Os tribunais entendem que em se tratando de ação ordinária, cautelar, conhecimento ou execução, em face de sociedade de economia

sibilidade de ajuizamento do *mandamus* quando a empresa pública ou sociedade de economia mista estiver realizando licitação para aquisições de bens ou realização de obras.

Por outro lado, ainda no entendimento do professor Francisco Cavalcanti, adotado no presente trabalho, se as empresas públicas ou sociedades de economia mista exercem serviço público seria plenamente possível a impetração do *writ*. Há uma corrente doutrinária que não faz distinção entre empresas públicas ou sociedades de economia mista que exercem serviço público ou exploram atividade econômica em matéria da possibilidade de ajuizamento de mandado de segurança, pois em ambos os casos, indistintamente, caberia o *mandamus*[28].

Em suma, acoplando as correntes acima, entendemos ser cabível o mandado contra ato de empresa pública e sociedade de economia mista que exercem serviços públicos, independentemente de estar no exercício de atividade meio ou atividade fim; todavia, contra atos das empresas estatais exploradoras de atividade econômica caberá a querela se o ato for praticado no exercício da atividade meio, como nos casos de licitação, mas nunca da atividade fim.

Em segundo lugar, uma vez sendo possível o ajuizamento do remédio, cabe indagar qual a justiça competente para seu julgamento. Ora, quando as empresas estatais estiverem exercendo serviço ou atividade por delegação da União e quando praticarem atos contestáveis na via mandamental, caberá a ação na justiça federal; quando a delegação é local, caberá à justiça estadual. Exemplo polêmico na jurisprudência é o caso de sociedade de economia mista prestadora do serviço de fornecimento de água potável e esgoto, delegação tipicamente municipal, sendo a justiça estadual a autoridade judicial julgadora competente. Nesse sentido remetemos o leitor aos processos CCs 107.409/SP e 65.803/SP, e REsp 994.779/SP, no STJ, e à sumula 556 do STF, ao aludir "é competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

28 BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 33.

Em sentido complementar, será competente a justiça federal para julgar ato oriundo de sociedade de economia mista, composta por capital federal, estadual ou municipal, atuando durante a delegação federal, e não a justiça estadual. O pensamento de que se deve aplicar a súmula 556 aos mandados de segurança ajuizados contra ato de dirigente desse tipo de pessoa jurídica não deverá prosperar se o ato atacado refletir exercício de atribuição delegada pela União à empresa estatal.

Somente será possível o cabimento do mandado na justiça federal contra ato de sociedade de economia mista estadual ou municipal quando a União intervier como assistente ou opoente (súmula 507/STF), pois é sabido, seguindo a trilha acima explicitada de Celso Antônio, que esse tipo de pessoa jurídica de direito privado poderá ser composto por capital da União e dos demais entes federados, simultaneamente, além do capital dos particulares investidores.

Logo, se a sociedade de economia mista é constituída pelo município e presta serviços de delegação deste, competente será a justiça estadual; se delegação da União, caberá à justiça federal julgar a demanda, da mesma maneira como seria competente para julgar o mandado em face da sociedade se a União interviesse no feito como terceiro interessado.

Em terceiro e último lugar, visto que uma vez sendo possível a ação mandamental em face das empresas estatais, e visto igualmente que caberá seu ajuizamento na justiça estadual (desde que a delegação seja típica de ente estadual ou municipal) iria o processo para vara da fazenda pública ou para a vara cível comum?

Os tribunais entendem que em se tratando de ação ordinária, cautelar, conhecimento ou execução, em face de sociedade de economia

mista, o juiz competente é o órgão da vara cível comum, por falta de foro privilegiado àquelas pessoas jurídicas de direito privado, exceto se houver participação de ente público diretamente no feito. Esclarecedor o julgamento do TJPE, nos autos do conflito de competência CC 169.928-9:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO. AÇÃO ORIGINÁRIA AJUIZADA POR UMA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ESTADO DE PERNAMBUCO ATUOU COMO LITISCONSORTE ATIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FAZENDÁRIO. 1. A sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, componente da Administração Indireta, em tese, não goza de benefícios ou privilégios inerentes à Fazenda Pública. Não tem, por isso, foro privativo, devendo as ações em que figurem como parte uma sociedade de economia mista, a princípio, serem julgadas pelo juízo comum, não fazendário; 2. O fato de o Estado de Pernambuco ter atuado como Litisconsorte ativo torna inequívoca a competência da Vara da Fazenda Estadual para processar e julgar o feito e, por via de consequência, da Sétima Câmara Cível deste Tribunal de Justiça para julgar o Duplo Grau Obrigatório de Jurisdição;

Dessa maneira, percebe-se a competência das varas cíveis para julgar ações do rito comum contra as empresas estatais. De outra parte, poder-se-ia pensar que a ação de mandado de segurança, contra ato de autoridade ligada à sociedade de economia mista, entidade da Administração Pública indireta, regida subsidiariamente pelo regime jurídico de direito público, deveria ser julgada nas varas da fazenda pública. Pensando assim, a Câmara Especial do TJSP, *v. g.*, ao julgar o CC 128.561-3, relatora Maria Olívia Alves, determinou a competência da 2ª vara da fazenda pública de Ribeirão Preto para julgar e processar mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista, em detrimento à 2ª vara cível da mesma comarca.

Todavia, a matéria é extremamente controvertida e está longe de receber uma solução pacificada. O mesmo TJSP, por exemplo, da mesma Câmara Especial, Rel. Paulo Alcides, julgou nos autos do CC 128.445-0 competente a 3ª vara cível da comarca de Campinas para julgar *writ* interposto em face de ato de sociedade de economia mista, retirando o poder jurisdicional afeto ao caso da 2ª vara da fazenda pública daquela comarca.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco também oscila na matéria. No julgamento do CC 152.384-6, Rel. Macedo Malta, da 3ª Câmara Cível, julgou competente a 20ª vara cível da capital para julgar mandado de segurança ajuizado em face de ato da COMPESA S/A – Companhia Pernambucana de Saneamento, sociedade de economia mista estadual, em detrimento da 4ª vara da fazenda pública. Em sentido diametralmente oposto, no CC. 191.961-1, Rel. Helena Caúla Reis, a corte especial pernambucana declarou a competência da 7ª Câmara Cível, especializada em feitos fazendários, para julgar agravo de instrumento em mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista, tendo em vista que a ação mandamental tramita originariamente na 4ª vara da fazenda.

Não obstante a celeuma efervescente, adotamos o posicionamento de que a competência será das varas da fazenda pública, pois, como defendeu Hely Lopes na doutrina acima referida, havendo juízo especializado no feito a ele caberá o julgamento da demanda. Ademais, por ser composta de capital público, as sociedades de economia mista podem indiretamente afetar o patrimônio público, e, como vimos, a ordem patrimonial do ônus a ser suportado em mandado de segurança é também um dos fatores determinantes no momento da fixação da competência do *mandamus*.

mista, o juiz competente é o órgão da vara cível comum, por falta de foro privilegiado àquelas pessoas jurídicas de direito privado, exceto se houver participação de ente público diretamente no feito. Esclarecedor o julgamento do TJPE, nos autos do conflito de competência CC 169.928-9:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO. AÇÃO ORIGINÁRIA AJUIZADA POR UMA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ESTADO DE PERNAMBUCO ATUOU COMO LITISCONSORTE ATIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FAZENDÁRIO. 1. A sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, componente da Administração Indireta, em tese, não goza de benefícios ou privilégios inerentes à Fazenda Pública. Não tem, por isso, foro privativo, devendo as ações em que figurem como parte uma sociedade de economia mista, a princípio, serem julgadas pelo juízo comum, não fazendário; 2. O fato de o Estado de Pernambuco ter atuado como Litisconsorte ativo torna inequívoca a competência da Vara da Fazenda Estadual para processar e julgar o feito e, por via de consequência, da Sétima Câmara Cível deste Tribunal de Justiça para julgar o Duplo Grau Obrigatório de Jurisdição;

Dessa maneira, percebe-se a competência das varas cíveis para julgar ações do rito comum contra as empresas estatais. De outra parte, poder-se-ia pensar que a ação de mandado de segurança, contra ato de autoridade ligada à sociedade de economia mista, entidade da Administração Pública indireta, regida subsidiariamente pelo regime jurídico de direito público, deveria ser julgada nas varas da fazenda pública. Pensando assim, a Câmara Especial do TJSP, *v. g.*, ao julgar o CC 128.561-3, relatora Maria Olívia Alves, determinou a competência da 2ª vara da fazenda pública de Ribeirão Preto para julgar e processar mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista, em detrimento à 2ª vara cível da mesma comarca.

Todavia, a matéria é extremamente controvertida e está longe de receber uma solução pacificada. O mesmo TJSP, por exemplo, da mesma Câmara Especial, Rel. Paulo Alcides, julgou nos autos do CC 128.445-0 competente a 3ª vara cível da comarca de Campinas para julgar *writ* interposto em face de ato de sociedade de economia mista, retirando o poder jurisdicional afeto ao caso da 2ª vara da fazenda pública daquela comarca.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco também oscila na matéria. No julgamento do CC 152.384-6, Rel. Macedo Malta, da 3ª Câmara Cível, julgou competente a 20ª vara cível da capital para julgar mandado de segurança ajuizado em face de ato da COMPESA S/A – Companhia Pernambucana de Saneamento, sociedade de economia mista estadual, em detrimento da 4ª vara da fazenda pública. Em sentido diametralmente oposto, no CC. 191.961-1, Rel. Helena Caúla Reis, a corte especial pernambucana declarou a competência da 7ª Câmara Cível, especializada em feitos fazendários, para julgar agravo de instrumento em mandado de segurança contra ato de sociedade de economia mista, tendo em vista que a ação mandamental tramita originariamente na 4ª vara da fazenda.

Não obstante a celeuma efervescente, adotamos o posicionamento de que a competência será das varas da fazenda pública, pois, como defendeu Hely Lopes na doutrina acima referida, havendo juízo especializado no feito a ele caberá o julgamento da demanda. Ademais, por ser composta de capital público, as sociedades de economia mista podem indiretamente afetar o patrimônio público, e, como vimos, a ordem patrimonial do ônus a ser suportado em mandado de segurança é também um dos fatores determinantes no momento da fixação da competência do *mandamus*.

7 Problema nº 5: a aplicação da teoria da encampação e seus efeitos na determinação da competência

O tema da competência jurisdicional em mandado de segurança possui meandros significativos e qualquer tentativa de esgotar todos eles deverá ser considerada no mínimo pretensiosa, correndo o forte risco de ser incompleta. A teoria da encampação é só mais um dos tortuosos caminhos enfrentados pela jurisprudência e pela doutrina de direito administrativo e de processo civil, e que não ficou solucionada pela nova lei.

Segundo essa teoria, ajuizada a ação mandamental contra pessoa subordinada à autoridade coatora, esta poderia prestar as informações requisitadas pelo magistrado, encampando o ato ilegal e assumindo a posição de autoridade na demanda judicial. Para aceitar a sua incidência, tem-se exigido a observância a três requisitos fundamentais: a inalterabilidade da competência, a existência de vínculo hierárquico e manifestação da autoridade coatora correta, prestando informações relevantes ao mérito da querela e defendendo o ato impugnado. Esclarecedores os seguintes julgados:

RMS 24.927/RR – STJ

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO DE DEFICIENTE VISUAL OBJETIVANDO A ISENÇÃO DE ICMS PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. INDICAÇÃO DE AUTORIDADE COATORA EQUIVOCADA. SECRETÁRIO DE ESTADO EM VEZ DE DIRETOR DE RECEITAS. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. ALTERAÇÃO DO PÓLO PASSIVO DE OFÍCIO. NÃO-CABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO-PROVIDO.

1. Hipótese em que o impetrante, na condição de deficiente visual (cego), requereu a isenção de ICMS para fins de aquisição de veículo, e tendo o seu pedido frustrado pela administração estadual, impetrou mandado de segurança contra o Secretário da Fazenda, quando, em verdade, mencionada pretensão foi indeferida pela Diretora de Departamento da Receita, autoridade que, segundo ato normativo estadual explicitado pelo acórdão recorrido, detém a competência para esse mister.

2. A aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança, segundo a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e a que praticou o ato impugnado; b) ausência de modificação de competência jurisdicional; e c) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas. Precedentes do STJ.

3. Mencionada teoria é inaplicável no caso concreto, porquanto, além de o Secretário de Fazenda do Estado de Roraima não ter prestado as informações e, consequentemente, não ter defendido o ato impugnado, a alteração à correção do pólo passivo enseja mudança na competência jurisdicional, haja vista que a competência originária do TJRR para julgar mandado de segurança contra Secretário de Estado (art. 77, inciso X, alínea *m*, da Constituição Estadual) não se aplica à Diretora do Departamento de Receitas, que se sujeita à primeira instância (art. 35, II, da Lei Complementar Estadual 2/93 – Lei de Organização Judiciária do Estado de Roraima).

4. Não cabe ao magistrado corrigir de ofício a autoridade coatora equivocadamente indicada na exordial de mandado de segurança. Precedentes do STJ.

5. Recurso ordinário não-provido.

MS 106.464-0, 2º Grupo de Câmaras Cíveis – TJPE

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO. POLÍCIA MILITAR. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA DO MANDAMUS. NÃO CONHECIDA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO POR INTERFERÊNCIA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES E POR SER CONTRA LEI EM TESE. REJEITADA. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO. REJEITADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DAS AUTORIDADES IM-

PETRADAS. REJEITADA POR MAIORIA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. DECADÊNCIA. REJEITADA. MÉRITO: EXCLUSÃO DO CERTAME POR REPROVAÇÃO NO EXAME DE SAÚDE. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DAS REGRAS EDITALÍCIAS. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. SEGURANÇA CONCEDIDA POR DECISÃO UNÂNIME.

(...)

4. Não há como acolher a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam dos Secretários de Administração e de Defesa Social, em face da aplicação da Teoria da «Encampação» quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da «segurança», assumindo a legitimatio ad causam passiva. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam rejeitada por maioria de votos.

O que se percebe desses julgados, é que a teoria da encampação não tem o condão de alterar a competência do mandado de segurança e que ela não poderá ser aplicada aos casos em que a encampação do ato pelo superior teria de deslocar a competência do órgão jurisdicional. Logo, a referida teoria não tem efeito prático de alterar ou determinar a competência, segundo a jurisprudência, pois a inalterabilidade do juízo competente configura um dos próprios elementos para a aplicação da encampação.

8 Problema nº 6: a intervenção da União, estado ou município, e suas autarquias e fundações públicas no MS – interesse direto X interesse indireto

Mais um tema que ferve nos tribunais justamente pela falta de unanimidade e pela falta de adoção de uma linha decisória determinada e única.

Não é a mera participação no feito de uma entidade federal que exigirá o deslocamento do processo para a justiça federal, pois necessária a presença patente do interesse da União no feito. Analogamente, não será a mera participação da fazenda pública estadual que desloca o processo para vara privativa estadual. A necessidade desse pensamento não é perfunctória, pois há grande controvérsia no âmbito jurisprudencial acerca do tema.

Inicialmente, vale ressaltar que viemos analisando os casos judiciais em que a fazenda pública se designa como integrante do pólo passivo da ação constitucional, todavia, neste tópico, iremos nos debruçar um pouco sobre as questões em que a fazenda integra o polo ativo do mandado, requerendo o deferimento da segurança.

Segundo Meirelles, para haver o deslocamento "há de ocorrer interesse direto e jurídico do interveniente, e não apenas interesse indireto, fático ou circunstancial no desfecho da demanda"[29]. A problemática, especificamente, se coloca nos seguintes termos: sendo a autoridade coatora juiz de direito estadual, mesmo que imbuído das atribuições de juiz federal, e o autor do *mandamus* pessoa jurídica federal (União e suas autarquias e fundações públicas, e empresas públicas federais), qual o juízo competente para julgar o deslinde da querela mandamental: o tribunal de justiça do estado, ao qual está ligada a autoridade coatora, ou a justiça federal, pela existência de interesse da União no feito?

29 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 78.

Se adotarmos o critério da *ratione personae*, isto é, a ação mandamental seguirá o foro da autoridade coatora, que consiste no critério determinante para a fixação da competência, como dissemos acima, teremos que confirmar a necessidade do *writ* ser ajuizado na justiça local estadual. Todavia, se o critério prevalecente for *ratione materiae*, deverá a querela caminhar na justiça federal, considerando-se haver interesse da União no julgamento do feito.

A jurisprudência do STJ oscilou durante algum tempo sobre o citado assunto. Nos CCs 30.018/MA, 31.210/SC e 10.162/RJ, o tribunal afirmou ser competente o tribunal estadual, por ser a competência do *writ* definida pela natureza funcional da autoridade, independentemente da natureza do ato, do direito questionado ou da matéria discutida. O mesmo raciocínio é aplicado se o caso versar sobre direito trabalhista e a autoridade coatora for juiz de direito: a competência é do tribunal de justiça, independente da matéria guerreada. O entendimento é esposado na súmula 55 do STJ, que aduz a incompetência do TRF para julgar decisão de juiz de direito não investido na jurisdição federal.

Entretanto, o STJ vem mudando o entendimento, e nesse sentido vai se aproximando do posicionamento do STF quanto a esta matéria. Vale conferir os processos CC 45.709, RMSs 18.172, 18.195 e 18.200, todos do STJ, e do STF, o RE 176.881. Nesses casos, definiu-se a competência da justiça federal, e não da estadual, para analisar os requerimentos de segurança pleiteados pelos entes públicos que tiveram direitos seus líquidos e certos violados por atos de autoridades públicas estaduais. No processo CC 45.709, a relatora, ministra Eliana Calmon, apoia sua decisão na determinação da competência da justiça local, mas o voto vista de Luiz Fux derrubou a fundamentação jurídica da ministra. Fux recolheu na jurisprudência do Supremo Tribunal (RE 176.881/RS e CC 46.512/RN) os argumentos precisos, como a necessidade de respeitar a incidência do inciso I, art. 109, CF/88, para que o Superior Tribunal de Justiça julgasse competente a justiça federal para processar e decidir

mandado de segurança impetrado pela Caixa Econômica Federal contra ato de juiz de direito que ordenou a restituição de valores retirados da conta bancária de um cliente do banco.

Reconhecemos o acerto deste último posicionamento, considerando o critério *ratione materiae*, e não o *ratione personae*, em detrimento daquele defendido por boa parte da jurisprudência nacional, pois, em primeiro lugar, há, de fato, a necessidade de respeitar o art. 109, I, da Carta Magna, ao rezar ser competente juiz federal para processar e julgar todos os processos em que a "União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho", e, em segundo lugar, pelo argumento do ônus patrimonial a ser suportado pela União nas causas com essa magnitude, ideia esta corroborada com o advento da nova lei do mandado de segurança.

9 À guisa de conclusões

Diante de todo o caminho percorrido até aqui, acreditamos ter montado um arcabouço técnico com os pontos mais interessantes sobre a competência dentro da matéria mandado de segurança, destacando, precipuamente, a falta de inovação do legislador. Perdeu esse uma chance pertinente para resolver, no mínimo, seis problemas sobre a especificidade da fixação da competência do *writ*, além de vários outros ainda existentes no trato do *mandamus*.

Em princípio, deve-se lembrar que a competência para julgar o remédio constitucional é regida pelo princípio *ratione personae*, isto é, pela natureza da função exercida pela autoridade durante a prática do ato impugnado, e não pela natureza da matéria. Contudo, como visto no tópico anterior, esse critério pode ceder espaço à *rationae matéria*,

como nos casos em que o mandado de segurança é impetrado por empresa pública federal, ou pela União e suas autarquias, contra ato praticado por autoridade pública ligada à Administração Pública estadual ou municipal.

Concluindo cada uma das problemáticas ora apresentadas, temos:

1º) Havendo mais de uma autoridades coatora, com foros jurisdicionais diferentes, desde que haja entre elas uma relação hierárquica, o mandado de segurança deverá ser ajuizado no juízo competente para o julgamento dos atos da autoridade superior. Com a inclusão de autoridade superior, eventual possuidora de foro jurisdicional especial e também superior na escala de jurisdição, a ação mandamental deve ser remetida ao órgão jurisdicional superior.

Com a exclusão da autoridade superior, o processo deverá ser encaminhado para o juízo do agente subordinado, razão pela qual podemos afirmar não haver prorrogação da competência, ademais, trata-se de competência absoluta. Todavia, onde não houver tal relação de hierarquia entre as pessoas coatoras, caberá ao autor demandar no juízo do domicílio funcional de qualquer uma delas.

2º) A competência do mandado é determinada pela autoridade coatora, e não pelo foro específico de agente público subordinado, uma vez que contra ato deste não terá espaço a querela mandamental, sendo, portanto, indispensável se ater aos atos de mando (ou de autoridade), e não aos atos meramente executórios ou de gestão, pois somente contra aqueles será possível a insurgência judicial-mandamental.

3º) É necessário, outrossim, averiguar as normas internas dos órgãos que compõem o Poder Judiciário, pois se deverá ajuizar a demanda nas varas da fazenda pública, nas comarcas onde houver, logicamente, assim

como nas Câmaras ou Turmas especializadas nos feitos fazendários na instância superior.

4º) Não há impedimento contra o ajuizamento do mandado contra ato de sociedade de economia mista e empresa pública quando prestam serviço público, todavia, quando explorarem atividade econômica e praticarem ato ilegal durante o exercício de atividade fim, não será possível falar em autoridade pública, já que age como se particular fosse. Durante a prática de ato da atividade meio, como uma licitação, por exemplo, entretanto, caberá a ação mandamental.

Se essas pessoas jurídicas exercerem serviço por delegação da União, ou esta intervir no feito como terceiro interessado, competirá à justiça federal o julgamento, mas se o serviço for típico de delegação estadual, como nos casos de transporte urbano intermunicipal, ou municipal, como nos casos do fornecimento de água encanada, a competência é da justiça estadual.

Nos casos específicos de atos praticados por sociedades de economia mista delegadas de serviço estadual ou municipal, e havendo vara especializada da fazenda pública, caberá a demanda nesta última, e não nas varas cíveis comuns, pela importância da especialização desses órgãos jurisdicionais, bem como pelo ônus ao patrimônio público possível em desfavor do ente controlador da sociedade, embora o tema seja extremamente controvertido nos tribunais.

5º) A teoria da encampação, na forma como tratada pela jurisprudência, não funciona como critério determinante no momento da fixação da competência, pois para incidir a teoria é precioso não haver o deslocamento da competência, quando da assunção do ato pela autoridade superior hierarquicamente.

6º) Por fim, o critério em razão da função da autoridade em mandado de segurança, utilizado como regra geral para definir o juízo com-

petente do *writ*, excepcionalmente, não funcionará nos casos em que a fazenda pública for autora da ação mandamental, regendo o processo o critério em razão da matéria, embora aquele critério seja o principal parâmetro da competência. Logo, as ações mandamentais interpostas pela Caixa Econômica Federal, por exemplo, ou por outras empresas públicas federais, deverão tramitar na justiça federal, mesmo que ataquem atos judiciais de órgão dos poderes Judiciário ou Executivo estadual.

Assim, acreditamos esclarecer alguns pontos importantes para entender a questão da competência para o julgamento do remédio constitucional, sem a pretensão de esgotar o tema, considerando a existência de outras problemáticas dentro desse truncado tema, tanto em nível jurisprudencial, como doutrinário, e afirmamos, mais uma vez, que perdeu o legislador ordinário uma ótima chance para solucionar e regrar situações tão pontuais como essas todas aqui apresentadas, além de outras mais que tanto podem perturbar a vida dos tribunais, doutrinadores, acadêmicos, advogados e outros operadores do direito.

Resta torcer pelo advento de reformas precisas e pontuais, acompanhadas pelos debates doutrinários fundamentais, a fim de normatizar com mais detalhamento questão de tamanha relevância jurídica, de modo a pacificar (ou ao menos reduzir dúvidas ou distorções) a matéria processual de competência em mandados de segurança.

The six and other competency problems expressly don't solved by writ of mandamus new law: when the legislator fails

Abstract

This essay intends to enlighten some important questions about competency to judgment of çltwrit of mandamus in brazilian justice. Six problems are emphasized to attempting reader to think about topic, for the purpose of jurisprudence positions and 12.016 law edition in year 2009.

Key-words: Civil process. Administrative law. Writ of mandamus. Competency.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.016/09**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 31 maio 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça.** Brasília: STJ, [s.d], p. 55. Também disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=815>. Acesso em: 16 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno.** Brasília: STF, 2010. p. 115. Também disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/

cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança:** comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALCANTI, Francisco. **O novo regime jurídico do mandado de segurança:** comentários à lei nº 12.016, de 7 de ago. de 2009. São Paulo: MP Editora, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Mandado de segurança.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. v. III.

SILVA, Flávio Barbosa; SIMÕES, Fedra; BARBOSA, Adna Souza. **Legislação do estado de Pernambuco.** 3. ed. Recife: Nossa Livraria, 2009.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil.** 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. III.

WALD, Arnoldo. **Do mandado de segurança na prática judiciária.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Referência deste artigo

LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Os seis e outros problemas de competência expressamente não solucionados pela nova lei do mandado de segurança: quando falha o legislador. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 345-382, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 25 abr. 2011. Aprovado em: 18 maio 2011.*

Da possibilidade de aplicação da pena de prisão às obrigações alimentícias decorrentes de Escritura pública

Isabela Lins Carvalho de Aguiar
Advogada. Especialista em Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Processual do Trabalho

Resumo

A Lei 11.441/07, de 04 de janeiro de 2007, possibilitou que o vínculo do casamento fosse desfeito independentemente da interferência estatal. A partir de sua vigência, os cônjuges não mais precisam recorrer ao Judiciário para se descasarem, podendo fazê-lo extrajudicialmente, sem necessidade de homologação judicial.

Este trabalho visa esclarecer sobre essa nova sistemática, num paralelo com a análise da possibilidade de as execuções dos títulos extrajudiciais que abarcam obrigações alimentícias inadimplidas seguirem o rito do art. 733 do CPC (pena de prisão).

A dúvida que ficou instalada refere-se à redação dada ao art. 733 do CPC, alusivo a "sentença ou decisão". Mas a escritura pública de separação e divórcio extrajudicialtrata-se de título executivo extrajudicial, resta saber se é ou não possível a técnica de coerção pessoal ao seu cumprimento.

O CPC já existia antes do surgimento da Lei 11.441/2007 e,certamente, quando o legislador cuidou da redação do art. 733 do CPC, não imaginava que, com a exacerbada preocupação do Estado na permanência dos vínculos conjugais – durante tanto tempo indissolúveis – , a evolução do Direito, um dia, levaria ao ponto de permitir que tais laços fossem dissolvidos à margem do Judiciário, sem que sequer fosse necessária a homologação por esse órgão.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que a hermenêutica bem aplicada oferece solução real à problemática, no sentido da possibilidade da aplicação da pena de prisão.

Palavras-chave:
Lei 11.441/2007 –art. 733 do CPC – pena – prisão – execução – obrigação – alimentícia – possibilidade.

Introdução

Durante muito tempo, o Estado interveio nas relações matrimoniais de maneira marcante. Outrora, o vínculo conjugal era **indissolúvel.** O Direito evolui, adveio a lei do divórcio (Lei 6.515/77), permitindo que o contrato de casamento fosse rompido. A justificativa ontológica reside na visão atribuída em épocas remotas ao casamento: eminentemente patrimonial.

A visão hodierna, entretanto, tem evoluído progressivamente para a ótica do vínculo matrimonial em seu aspecto **afetivo**. Nesse ponto, relevantes alterações tem sido experimentadas no direito de família, como o reconhecimento do companheiro e das relações homoafetivas.

Na linha dessa progressão, surgiu a Lei 11.441/07, de 04 de janeiro de 2007, possibilitando que o vínculo do casamento fosse desfeito independentemente da interferência estatal. A partir de sua vigência, os cônjuges não mais precisam recorrer ao Judiciário para se descasarem, podendo fazê-lo extrajudicialmente, sem necessidade de homologação judicial.

A Lei nº 11.441/2007 estabeleceu a possibilidade de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais mediante escritura pública.

O presente trabalho, todavia, propõe-se a discutir a execução das prestações alimentícias, cuja obrigação decorra de **escritura pública** de **separação e divórcio**, especulando-se sobre a possibilidade de aplicação da pena de prisão, prevista no art. 733 do CPC.

Logo, como se pôde observar, a primeira delimitação do tema diz respeito a deixar de fora da explanação o inventário e a partilha, concentrando os esforços na separação e no divórcio extrajudiciais.

Decorrente da segunda delimitação temática, cuidar-se-á de perquirir quanto ao cabimento da pena de prisão quando quem consagrar a obrigatoriedade da pensão for o tabelião, e não o juiz.

1 O advento da lei 11.441/2007 tornou cogente a utilização da via extrajudicial para a dissolução dos casamentos?

Muito embora a comentada lei siga o louvável propósito de desafogar o Judiciário e de promover o acesso à justiça, parte dos doutrinadores[1] parece interpretá-la de forma fria, isolada, desvencilhada da preocupação de enxergá-la no contexto do sistema jurídico. Mesmo assim, a despeito dos debates por ela ocasionados, seu saldo é positivo.

De fato, a citada lei trouxe avanços significativos: na hipótese de consenso entre os cônjuges, estes poderão dissolver o vínculo conjugal extrajudicialmente, sem que haja necessidade de intervenção judicial.

Há quem defenda a obrigatoriedade de utilização da via extrajudicial para os casos abrangidos pela novel lei. O principal argumento levantado é o de que, em sendo utilizada a via judicial, o interesse de agir não estaria observado (CATALAN; FRANCO, 2007, p. 47), levando à extinção do processo sem a resolução do mérito, com fundamento no art. 267 do CPC. A justificativa reside na alegada de desnecessidade, "pois todos os efeitos pretendidos podem ser obtidos por meio de escritura pública, lavrada perante o tabelião" (FARIAS, 2007, p. 53-54).

Enganam-se, entretanto, os defensores dessa corrente. Além de a expressão utilizada pelo legislador ter sido "poderão", o que, utilizando-se do método hermenêutico gramatical, já passa a idéia de facultatividade[2], deixaram eles de considerar, por exemplo, que, exatamente por prescindir de homologação judicial, a escritura pública de separação/divórcio trata-se de negócio jurídico particular e, portanto, sujeito aos vícios de vontade e às ações anulatórias.

1 Dentre eles, Marcelo Abelha (2006, p. 425), Christiano Chaves de Farias (2007) e Maria Berenice Dias (2007a).

2 No mesmo sentido, Ezequiel Morais (2007, p. 33).

Esqueceram-se, ainda, de levar em conta a fragilidade do credor na execução de alimentos quando estes forem fixados em escritura pública, tendo em vista tratar-se de títulos executivos extrajudiciais e o art. 733 do CPC (que possibilita a coação pessoal do devedor na execução de alimentos) faz menção expressa aos termos "sentença" e "decisão".

A menção ao problema da utilização do rito com possibilidade de prisão, entretanto, nesse ponto do trabalho, é apenas para ilustrar a existência do interesse de agir, pois o tema será enfrentado adiante, em capítulo próprio.

Cabe, ainda, salientar que, mesmo inexistindo "necessidade" aparente que justifique o interesse de agir, ela subsistirá, na medida em que os separandos/divorciandos, a despeito de disporem de meio mais célere de dissolução do vínculo conjugal, podem optar por um procedimento mais complexo, pelo simples fato de sentirem seus direitos melhor resguardados.

Os benefícios trazidos pela lei, notadamente a celeridade e simplicidade que ela proporciona, representarão uma sensível redução de demandas ao Judiciário, desafogando-o, por conseguinte, sem que, para isso, seja necessário preterir as partes de escolherem a melhor forma por que dissolverão seu vínculo conjugal, segundo suas necessidades particulares.

Aliás, aqui cabe expor o posicionamento da jurisprudência quanto à restrição de acesso ao Judiciário: o Supremo Tribunal Federal já considerou não ser competência sua julgar a constitucionalidade da vedação de acesso ao Poder Judiciário fundamentada no argumento de ausência de interesse processual, por ser matéria de direito processual civil, e, portanto, infraconstitucional. A ofensa à Constituição Federal, no caso em discussão, é apenas reflexa.

Por oportuno, sobre o tema, transcreve-se o seguinte julgado:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO LIVRE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO, POR SE PRETENDER QUE SE ESTÁ EXIGINDO EXAUSTÃO DA VIA ADMINISTRATIVA.
>
> Inexistência de ofensa direta ao texto constitucional em causa, pois o acórdão recorrido se fundou na falta de uma das condições da ação – o interesse de agir -, e essa questão é de natureza infraconstitucional, só se podendo pretender a ocorrência de violação ao preceito constitucional do livre acesso ao Judiciário depois do exame dela.

Não cabimento do recurso extraordinário quando se alega ofensa reflexa à Constituição.

Recurso extraordinário não conhecido. Acórdão unânime. (STF, 1996, p. 43.212).

Dessa forma, restou ao STJ decidir sobre ser ou não cogente a busca primária de solução na esfera administrativa como condição de preenchimento das condições da ação no processo. No exercício do seu poder-dever de guardião das leis infraconstitucionais, decidiu, reiteradas vezes, que a observância do interesse de agir no processo independe do exaurimento da esfera administrativa.

Exemplo disso é o *decisum* abaixo transcrito:

> PROCESSUAL. SERVIDOR. ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO. REQUERIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. INTERESSE EM AGIR CARACTERIZADO. PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO À INSTÂNCIA JUDICIAL.
>
> A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, com base no cânon constitucional que preconiza o livre acesso ao Poder Judiciário, é pacífica no sentido de que a exaustão da instância administrativa não é condição para o pleito judicial.

Patente a existência do interesse em agir, de vez que desnecessário o prévio requerimento na via administrativa para ensejar o ingresso na via

judiciária, mormente quando a vantagem pleiteada é imposta à administração por imperativo legal.

Recurso especial conhecido e provido à unanimidade. (STJ, 2001, p. 234).

Não resta dúvida, portanto, de que, mesmo com o surgimento da Lei 11.441/2007, não se poderá restringir o acesso ao Judiciário a procedimentos de separação/divórcio consensuais, pois o interesse de agir não ficará prejudicado. Assim, poderão os separandos/divorciandos optar entre dissolver o vínculo conjugal administrativa ou judicialmente, como lhes convier. O lógico é que as partes optem pelo meio menos burocrático e mais célere, não havendo receio quanto à proteção dos direitos de cada um após a dissolução da sociedade conjugal.

Por ser um meio menos burocrático, não significa que seja insuficiente. A escritura pública de separação e a de divórcio mencionarão: a situação do nome dos separandos/divorciandos após a dissolução do vínculo conjugal, a relação dos bens com a partilha dos bens comuns e a obrigação alimentícia (art. 1.124-A do CPC).

Mas o que são alimentos? Quais os significados possíveis dessa expressão? A questão será abordada no próximo item.

2 Epistemologia da palavra alimentos

Os alimentos podem decorrer da obrigação da relação entre pais e filhos, de companheiros, cônjuges, ou familiares em geral (ascendentes e colaterais próximos). Aqui, entretanto, será dado enfoque aos que decorram da relação conjugal (VENOSA, 2003, p. 384-390).

Se o casal tiver filhos maiores, mas que, a despeito disso, ainda dependam financeiramente do alimentante, os alimentos poderão ser fi-

xados na separação/divórcio extrajudicial, mas em benefício do separando/divorciando alimentando, tendo em vista o fato de o filho não integrar a relação jurídica de dissolução de sociedade conjugal, mesmo que sofra seus efeitos indiretamente. Dessa forma, os direitos do filho não ficarão prejudicados, sem que reste, em tese, empecilho à utilização da forma extrajudicial para a solução de continuidade do vínculo matrimonial[3].

Dito isso, interessante agora analisar o alcance da palavra "alimentos", para que, então, considere-se a obrigação de prestá-los.

Na lição de Yussef Said Cahali,

> [...] são **prestações devidas**, feitas para que quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional). [...] A evidência, o interesse tutelado pelo direito, com a imposição do encargo alimentar, é o interesse social da vida daquele que se encontra premido pelas necessidades e em indigência, sem condições de sobreviver pelo esforço próprio. [...] Nesses termos, a doutrina mais recente não tem encontrado dificuldade em identificar na obrigação de alimentos uma forma com que se manifesta um dos essenciais direitos da personalidade, que é o direito à vida, também e especialmente protegido pelo Estado (CAHALI, 2002, p. 16 e 33, grifo do autor).

Como pôde ser observado, a noção de alimentos suplanta seu significado ordinário de "comida, iguaria", assumindo o de "sustento, subsistência" (HOUAISS, 2003, p. 36) que, aliado à obrigação de uma pessoa prestar a outra, chega-se ao significado jurídico (VENOSA, 2003, p. 371).

Sua regulamentação legal, no Código Civil de 2002, foi conferida pelo art. 1.694 e seguintes (alimentos devidos entre parentes, cônjuges e companheiros), ficando (revogada parcialmente) toda a legislação ante-

3 Em tese, porque, há, por exemplo, o problema da efetividade da execução de alimentos firmada em escritura pública de separação ou divórcio, já que existe polêmica acerca da possibilidade de utilização do art. 733 do CPC (coação pessoal) como meio executivo.

judiciária, mormente quando a vantagem pleiteada é imposta à administração por imperativo legal.

Recurso especial conhecido e provido à unanimidade. (STJ, 2001, p. 234).

Não resta dúvida, portanto, de que, mesmo com o surgimento da Lei 11.441/2007, não se poderá restringir o acesso ao Judiciário a procedimentos de separação/divórcio consensuais, pois o interesse de agir não ficará prejudicado. Assim, poderão os separandos/divorciandos optar entre dissolver o vínculo conjugal administrativa ou judicialmente, como lhes convier. O lógico é que as partes optem pelo meio menos burocrático e mais célere, não havendo receio quanto à proteção dos direitos de cada um após a dissolução da sociedade conjugal.

Por ser um meio menos burocrático, não significa que seja insuficiente. A escritura pública de separação e a de divórcio mencionarão: a situação do nome dos separandos/divorciandos após a dissolução do vínculo conjugal, a relação dos bens com a partilha dos bens comuns e a obrigação alimentícia (art. 1.124-A do CPC).

Mas o que são alimentos? Quais os significados possíveis dessa expressão? A questão será abordada no próximo item.

2 Epistemologia da palavra alimentos

Os alimentos podem decorrer da obrigação da relação entre pais e filhos, de companheiros, cônjuges, ou familiares em geral (ascendentes e colaterais próximos). Aqui, entretanto, será dado enfoque aos que decorram da relação conjugal (VENOSA, 2003, p. 384-390).

Se o casal tiver filhos maiores, mas que, a despeito disso, ainda dependam financeiramente do alimentante, os alimentos poderão ser fi-

xados na separação/divórcio extrajudicial, mas em benefício do separando/divorciando alimentando, tendo em vista o fato de o filho não integrar a relação jurídica de dissolução de sociedade conjugal, mesmo que sofra seus efeitos indiretamente. Dessa forma, os direitos do filho não ficarão prejudicados, sem que reste, em tese, empecilho à utilização da forma extrajudicial para a solução de continuidade do vínculo matrimonial[3].

Dito isso, interessante agora analisar o alcance da palavra "alimentos", para que, então, considere-se a obrigação de prestá-los.

Na lição de Yussef Said Cahali,

> [...] são **prestações devidas**, feitas para que quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional). [...] A evidência, o interesse tutelado pelo direito, com a imposição do encargo alimentar, é o interesse social da vida daquele que se encontra premido pelas necessidades e em indigência, sem condições de sobreviver pelo esforço próprio. [...] Nesses termos, a doutrina mais recente não tem encontrado dificuldade em identificar na obrigação de alimentos uma forma com que se manifesta um dos essenciais direitos da personalidade, que é o direito à vida, também e especialmente protegido pelo Estado (CAHALI, 2002, p. 16 e 33, grifo do autor).

Como pôde ser observado, a noção de alimentos suplanta seu significado ordinário de "comida, iguaria", assumindo o de "sustento, subsistência" (HOUAISS, 2003, p. 36) que, aliado à obrigação de uma pessoa prestar a outra, chega-se ao significado jurídico (VENOSA, 2003, p. 371).

Sua regulamentação legal, no Código Civil de 2002, foi conferida pelo art. 1.694 e seguintes (alimentos devidos entre parentes, cônjuges e companheiros), ficando (revogada parcialmente) toda a legislação ante-

3 Em tese, porque, há, por exemplo, o problema da efetividade da execução de alimentos firmada em escritura pública de separação ou divórcio, já que existe polêmica acerca da possibilidade de utilização do art. 733 do CPC (coação pessoal) como meio executivo.

rior que trazia regras de direito material acerca de alimentos (Lei 6.515, quanto a alimentos na separação e divórcio; e a Lei 9.278/96, quanto aos alimentos entre companheiros). A Lei 5.478/68, entretanto, por tratar de direito processual, não foi atingida pelo Código Civil de 2002 (SANTOS, 2003, p. 13).

Sabe-se que os cônjuges têm dever de mútua assistência (art. 231, III, CC). A doutrina divide esse dever na obrigação de assistência imaterial e na de assistência material. Para o trabalho que está sendo desenvolvido, importará o dever de assistência material de um cônjuge para com o outro.

Lembre-se que, desde o advento da CF/88, estabelecida a igualdade de direitos entre os cônjuges, aquele que terá direito a alimentos não é apenas a ex-esposa, mas sim aquele que não detiver condições de sustento pelos próprios esforços, pois, se ambos puderem se sustentar, não haverá obrigação de alimentos entre eles. O Direito não pode servir de acomodação das pessoas para evitar o trabalho. Esse é o primeiro dos dois requisitos a serem observados para a aferição da obrigação de alimentos. O outro requisito é a possibilidade do alimentante. Os alimentos serão fixados segundo a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante. O juiz ponderará esses dois valores na fixação do valor da obrigação alimentícia.

O descumprimento do dever de assistência material entre os cônjuges transmuda-se em obrigação de alimentos, que pode ser exigido pelo outro cônjuge dentro dos limites da necessidade e da possibilidade (LÔBO, 1997, p. 369).

A obrigação de alimentos é um dos vieses de proteção ao direito à vida conferido pelo ordenamento jurídico. O direito à vida é, de todos os direitos da personalidade, o mais importante. Dele decorrem todos os outros.

Nesse aspecto, como a família deixou de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo, "avançando para uma compreensão socioafetiva (como expressão de unidade de afeto e entre-ajuda)" (FARIAS, 2006, p. 135), seu novo conceito, antenado com a busca da efetivação da dignidade da pessoa humana, permite o desenho do dever alimentar na ordem jurídica brasileira como "materialização do próprio **direito à vida digna**, proclamado pelo art. 1°, III, do Pacto Social de 1988" (FARIAS, 2006, p. 135-136, grifo nosso). E, com o surgimento da Lei 11.441/2007, essa obrigação de alimentos é uma das cláusulas a serem estipuladas na escritura de separação/divórcio extrajudicial, de rito simplificado e menos burocrático, cujos requisitos necessários ao acesso estão postos no item que segue.

3 Condições para a utilização da via extrajudicial de separação e divórcio

O divórcio e a separação realizados na esfera extrajudicial, em primeiro lugar, devem ser por **mútuo consentimento** (art. 1.124-A, *caput*, do CPC). O litígio é frontalmente incompatível com o instrumento, tendo em vista tratar-se de negócio jurídico de natureza contratual (CAHALI; FERREIRA; HERENCE FILHO; ROSA, 2007, p. 107; FARIAS, 2007b, p. 56).

Em segundo lugar, as partes devem estar assistidas por **advogado**, comum ou de cada um deles, devendo o ato notarial conter sua qualificação e assinatura (art. 1.124-A, § 2º do CPC).

E se as partes não puderem se fazer presentes diante do tabelião? Poderão fazer-se representar por procuração?

A doutrina tem se posicionado sem grandes controvérsias no sentido da possibilidade, devido à natureza negocial da extinção matrimo-

nial por escritura pública. A procuração, entretanto, deve ser munida de poderes especiais e, segundo orientação do CNJ (Resolução 35, art. 36), o prazo de validade do mandato é de 30 (trinta) dias (CAHALI; FERREIRA; HERENCE FILHO; ROSA, 2007, p. 105-108) e, na hipótese de ambas as partes estarem representadas por procurador, deverá haver um para cada consorte, para evitar-se conflito de interesses. Vale também ressaltar que o advogado não poderá cumular o exercício de representação voluntária, para que não conflite com sua atuação técnica-profissional (FARIAS, 2007b, p. 88-89).

Como último requisito, tem-se que, para o notário poder lavrar escritura pública de separação ou divórcio, deverá se certificar de que **o casal não possui filhos menores ou incapazes** (art. 1.124-A, *caput*, do CPC). Pela redação do artigo citado supra, havendo filhos menores, ainda que emancipados, ou filhos incapazes, sejam menores ou interditos, não se poderá lavrar a escritura. A Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, entretanto, acertadamente, demonstra admitir a utilização da via extrajudicial se os filhos menores forem emancipados (CAHALI; FERREIRA; HERENCE FILHO; ROSA, 2007, p. 101).

Christiano Chaves de Farias adverte, com razão, que o limite da utilização da via extrajudicial, no caso de haver filhos menores ou incapazes, reside na impossibilidade de se pactuar sobre os direitos dos filhos, que são indisponíveis, pois a "*ratio essendi* da disposição legal é obstar a utilização da escritura pública quando exista discussão acerca de interesses indisponíveis à vontade das partes (tais como os interesses titularizados por incapazes, como a guarda, a visita, ou mesmo os alimentos devidos à prole)" (FARIAS, 2007a, p. 85-87).

Nessa esteira, ainda que se admitam separação e divórcio extrajudiciais no caso de existência de filhos menores ou incapazes, por abarcar de direitos indisponíveis, essa escritura pública de dissolução do vínculo

conjugal não poderá versar sobre alimentos, tornando cogente a via judicial para esse fim.

Afora isso, a pensão alimentícia pode constar na escritura pública, mas deve ser estabelecida pelos cônjuges, de comum acordo. O notário apenas pode intervir para prestar os esclarecimentos necessários.

Assim, mesmo que a cláusula sobre a obrigação alimentar não conste na escritura pública dissolutória do casamento, as partes poderão pleitear os alimentos posteriormente (art. 1.694 do CC/02), desde que não tenham renunciado ao direito de recebê-los (FARIAS, 2007a, p. 105).

O problema surgirá, entretanto, quando, na escritura pública dissolutória do vínculo matrimonial, houver previsão a respeito das prestações alimentícias e essas forem inadimplidas. Deverão ser executadas. Mas com que fundamento? Qual a natureza jurídica da escritura de separação e divórcio extrajudiciais? O tema será enfrentado a partir deste momento.

4 Breves considerações sobre os títulos executivos judiciais e extrajudiciais: natureza jurídica da escritura dissolutória do vínculo conjugal

Antes de adentrar o mérito do item proposto, insta sedimentar o conhecimento a respeito dos títulos executivos. Podem ser judiciais ou extrajudiciais. Os judiciais são os títulos executivos obtidos em processos jurisdicionais nos quais, em rigor, "sua formação terá sido precedida de todas as garantias inerentes ao 'devido processo legal'. São extrajudiciais, por outro lado, aqueles hauridos em processo não jurisdicional, e, como tal, sem a chancela do devido processo legal em sentido processual" (ABELHA, 2007, p. 116-117).

Os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, estão sujeitos ao **princípio da tipicidade** ou **reserva legal**, o que significa dizer que apenas podem ser criados por lei federal, tendo em vista tratarem de matéria processual civil em sentido estrito (art. 22, inciso I, da CF). Isso não significa dizer, entretanto, que apenas o Código de Processo Civil possa criá-los: podem ser criados por **lei federal**, gênero do qual o CPC é espécie. Assim, o rol dos títulos existentes nos arts. 475-N e 585 do CPC elencam, de forma exemplificativa, os títulos judiciais e extrajudiciais respectivamente (ABELHA, 2007, p. 133-134).

Por outro lado, como visto, a Lei 11.441/2007 possibilitou aos cônjuges desejosos de pôr fim ao seu vínculo matrimonial, fazê-lo através de escritura pública.

Continuando o raciocínio, observe-se a redação do artigo 585, inciso II do CPC:

> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...)
>
> II – **a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor**; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores (grifo nosso);

Daí, conclui-se que o documento público lavrado pelo escrivão, extinguindo o laço de casamento entre as partes do negócio jurídico, no qual qualquer deles se obrigue a prestar alimentos em favor do outro, trata-se de **título executivo extrajudicial**.

O silogismo parece perfeito, mas, em sentido contrário, há quem entenda tratar-se (a escritura pública de separação ou divórcio extrajudicial) de **título executivo judicial**, por equipará-la a uma sentença

judicial homologatória de acordo. Defendem aplicar-se por analogia[4], o art. 475-N, inciso IV, que confere à sentença arbitral a qualidade de título executivo judicial, conscientes da ousada posição defendida, por entenderem ser a única forma eficaz para dar "a esperada segurança jurídica"[5] à escritura (CAHALI; FERREIRA; HERENCE FILHO; ROSA, 2007, p. 122-124).

A corrente ora comentada, apesar de ter fundamentos lógicos possíveis em tese, parece ter-se esquecido de um detalhe importante: as normas excepcionais não podem ser objeto do método hermenêutico da analogia, apenas cabível quanto às "prescrições de Direito comum; não do excepcional, nem do penal" (MAXIMILIANDO, 2007, p. 173). Ora, a prisão civil do devedor é um dos pontos mais excepcionais em Direito, apenas possível em caso de inadimplemento de prestação alimentícia. Impossível, portanto, ser objeto de analogia.

Nesse aspecto, poder-se-ia até contestar referida crítica científica com o argumento de que não houve analogia da **norma excepcional** (art. 733 do CPC), mas sim da que define a natureza de título executivo judicial à sentença do árbitro (art. 475-N, inciso IV, do CPC). De toda forma, o resultado prático de se admitir a técnica da coerção pessoal do devedor de alimentos advindos de escritura pública por esse fundamento seria resultante de uma analogia realizada em momento anterior.

Além disso, a posição aqui atacada esbarra na característica basilar dos títulos executivos: a **tipicidade**, que constitui um dos nortes impostos pela dogmática jurídica na integração do direito à evolução social,

4 Aqui, cabe diferenciar analogia e interpretação extensiva, que, apesar de ambas serem utilizadas para resolver casos não expressos pelas "palavras" da lei, são diferentes em essência: a analogia pressupõe a **falta** de um dispositivo expresso, a interpretação pressupõe a sua existência; na analogia há um pensamento fundamental em dois casos concretos, enquanto que a interpretação é uma ideia estendida até abranger outro fato implicitamente; a analogia revela uma norma nova, a interpretação apenas esclarece a antiga (MAXIMILANO, 2007, p. 175).

5 Rendimento prático pretendido, especialmente a aplicação do art. 733 do CPC.

a não ser que não se entenda tratar-se de norma processual em sentido estrito, o que excluiria a aplicação do art. 22, inciso I, da CF/88.

Há, ainda, outro dado importante: na sentença arbitral, o árbitro dita a solução que lhe é posta; na escritura pública de separação e divórcio extrajudiciais, as condições são definidas pelas próprias partes. Trata-se de negócio jurídico por excelência.

Importante ressaltar, no entanto, que não se está questionando, neste tópico, a possibilidade de aplicação do art. 733 do CPC defendida pelos doutrinadores citados. Está-se tão somente refutando a ideia de escritura pública de separação e divórcio extrajudiciais como título executivo judicial. A possibilidade de aplicação do art. 733 do CPC somente será discutida no item cinco.

Portanto, definida a diferença existente entre a sentença ou decisão que condena em obrigação alimentícia, ou mesmo a sentença homologatória de acordo (título executivo judicial) e a escritura pública de separação ou divórcio extrajudicial que consagre obrigação de prestar alimentos (título executivo extrajudicial), passa-se à discussão existente na doutrina sobre a aplicabilidade do art. 475-J e seguintes do CPC à execução de prestação alimentícia.

5 Reflexos das alterações legislativas do processo de execução nas obrigações de prestar alimentos

A Lei 11.232/2005 trouxe o sincretismo entre o processo de conhecimento e o processo de execução, há muito desejado pelos processualistas; entretanto, o legislador nada comentou sobre as regras especiais da execução por quantia da prestação alimentícia, o que deu azo à discussão doutrinária sobre a aplicabilidade ou não dos arts.

475-J e seguintes do CPC (cumprimento de sentença) às citadas execuções especializadas.

Pois bem. Feito o intróito, colocado o problema, passa-se à análise dos posicionamentos que surgiram diante da omissão do legislador ordinário. Uma primeira corrente firmada, encabeçada por Araken de Assis, manifestou-se no seguinte sentido:

> A reforma promovida pela Lei 11.232/2005 não alterou, curiosamente, a disciplina da execução de alimentos, objeto do Capítulo V do Título II do Livro II (Do processo de execução). Por conseguinte, **não se realizará consoante o modelo do art. 475-J e seguintes**. Continua em vigor a remissão dos arts. 732 e 735 ao Capítulo IV do Título II do CPC, em que pese tais dispositivos mencionarem, explicitamente, a execução de "sentença". Surgem, porém, dificuldades com o regime dos embargos, resolvidas em prol da aplicação do art. 741 – parece óbvio que há necessidade de assegurar a oposição do executado, principalmente na expropriação, e que ela jamais se realizará através de "impugnação": **o art. 475-R manda aplicar o Livro II ao "cumprimento", e não o contrário** –, fundando-se a execução em título judicial. (ASSIS, 2007, p. 903, grifo nosso).

Dessa forma, para a corrente analisada, o fato de a Lei 11.232/2005 não ter alterado a disciplina da execução de alimentos fez com que continuasse em vigor a remissão dos arts. 732 e 735 ao Capítulo IV do Título II do Livro II do CPC[6], não obstante se refiram de forma expressa à execução de sentença.

Em sentido contrário é o entendimento defendido pela segunda corrente. Dentre os seus seguidores, podem ser encontrados: Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, 2006, p. 165), Maria Berenice Dias (DIAS, 2007) e Marcelo Abelha. Vale, aqui, transcrever parte dos argumentos deste último autor:

6 Execução por quantia certa contra devedor solvente, cuja Seção I teve a redação determinada pela **Lei 11.382/2006**.

> É certo que o procedimento executivo previsto no Livro II do CPC possui inúmeras peculiaridades que não foram revogadas pela Lei nº 11.232/2005. Entretanto, como já dizia o art. 732, *caput*, 'a execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação de alimentos, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título'. Assim, como a execução de sentença de pagamento de quantia passou a ser regulada pelo Capítulo X do Título VIII do Livro I, parece-nos que o legislador deveria ter consertado esse dispositivo (art. 732), de forma a adequá-lo à nova sistemática das execuções judiciais para pagamento de quantia. Por isso, **pensamos que as regras especiais da execução da prestação alimentícia continuarão a ser aplicadas, porém em conjunto com as novas regras dos art. 475-I e segs. do CPC.** Isso implica dizer que a execução de sentença para pagamento de alimentos será iniciada por petição simples, sem formação de um novo processo, **e todas as regras do art. 475-J devem ser aplicadas** (ABELHA, 2007, p. 423, grifo nosso).

Isso significa dizer (para essa corrente, a qual os referidos autores integram): já que o **cumprimento de sentença ganhou tratamento especial**, diverso do procedimento das execuções por quantia certa contra devedor solvente anteriormente existente, e como **o art. 732 do CPC menciona sentença**, o legislador emitiu-se em adequar a remissão legislativa do art. 732 do CPC, que, a partir da Lei 11.232/2005, deveria passar a ser no sentido de aplicar-se o Capítulo X do Título VIII do Livro I do CPC (cumprimento de sentença), e não o Capítulo IV do Título II do Livro II do mesmo diploma legal (execução por quantia certa contra devedor solvente).

Em termos práticos, aplicar à execução das prestações alimentícias a disciplina existente para a execução de títulos judiciais, que antes se confundia com a execução de títulos extrajudiciais atende melhor a necessidade de integração do sistema jurídico. Assim, como o cumprimento de sentença ganhou disciplina especial, como foi mantido o texto do art. 732 do CPC (que faz referência a sentença), conclui-se que houve falha legislativa ao não se ter consertado a remissão anteriormente existente.

Note-se, entretanto, que não se trata de interpretação analógica mas sim em certa medida, de interpretação literal do dispositivo[7], aliada à interpretação histórico-evolutiva, que leva em consideração o caminho da norma jurídica no tempo (MAXIMILIANO, 2007, p. 37-39).

A dúvida que se coloca agora, entretanto, diz respeito ao procedimento que seguirá a execução de prestação alimentícia decorrente de escritura pública.

Como visto no item anterior, constitui título executivo extrajudicial. Então, finalmente, a execução desse título extrajudicial seguirá o rito das obrigações alimentícias decorrente de sentença?

O problema não acarreta grandes discussões. Não se enxerga qualquer óbice à utilização de procedimentos diferenciados. A natureza jurídica do título que consagra o direito é diversa. O rito será o do Capítulo IV do Título II do Livro II do CPC (execução por quantia certa contra devedor solvente), observadas as alterações implementadas pela Lei 11.382/2006 (títulos executivos extrajudiciais).

Ademais, como a obrigação não se formou em juízo, não se teria como aplicar à referida execução o cumprimento de sentença por limites práticos. O rito difere por completo; está intrinsecamente relacionado a um provimento jurisdicional anterior.

Outro dado importante versa sobre a impugnação: na execução de títulos extrajudiciais, não é necessária a segurança do juízo para questionar o débito, tendo em vista não ter havido condenação pelo órgão jurisdicional, desconhecedor das questões inerentes àquele débito, ao qual teve acesso direto na fase executiva (ASSIS, 2006, p. 307; MEDINA; WAMBIER, L.; WAMBIER, T., 2006, p. 397).

7 Método de todo insuficiente à integração do sistema.

> É certo que o procedimento executivo previsto no Livro II do CPC possui inúmeras peculiaridades que não foram revogadas pela Lei nº 11.232/2005. Entretanto, como já dizia o art. 732, *caput*, 'a execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação de alimentos, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título'. Assim, como a execução de sentença de pagamento de quantia passou a ser regulada pelo Capítulo X do Título VIII do Livro I, parece-nos que o legislador deveria ter consertado esse dispositivo (art. 732), de forma a adequá-lo à nova sistemática das execuções judiciais para pagamento de quantia. Por isso, **pensamos que as regras especiais da execução da prestação alimentícia continuarão a ser aplicadas, porém em conjunto com as novas regras dos art. 475-I e segs. do CPC.** Isso implica dizer que a execução de sentença para pagamento de alimentos será iniciada por petição simples, sem formação de um novo processo, e **todas as regras do art. 475-J devem ser aplicadas** (ABELHA, 2007, p. 423, grifo nosso).

Isso significa dizer (para essa corrente, a qual os referidos autores integram): já que o **cumprimento de sentença ganhou tratamento especial**, diverso do procedimento das execuções por quantia certa contra devedor solvente anteriormente existente, e como **o art. 732 do CPC menciona sentença**, o legislador emitiu-se em adequar a remissão legislativa do art. 732 do CPC, que, a partir da Lei 11.232/2005, deveria passar a ser no sentido de aplicar-se o Capítulo X do Título VIII do Livro I do CPC (cumprimento de sentença), e não o Capítulo IV do Título II do Livro II do mesmo diploma legal (execução por quantia certa contra devedor solvente).

Em termos práticos, aplicar à execução das prestações alimentícias a disciplina existente para a execução de títulos judiciais, que antes se confundia com a execução de títulos extrajudiciais atende melhor a necessidade de integração do sistema jurídico. Assim, como o cumprimento de sentença ganhou disciplina especial, como foi mantido o texto do art. 732 do CPC (que faz referência a sentença), conclui-se que houve falha legislativa ao não se ter consertado a remissão anteriormente existente.

Note-se, entretanto, que não se trata de interpretação analógica mas sim em certa medida, de interpretação literal do dispositivo[7], aliada à interpretação histórico-evolutiva, que leva em consideração o caminho da norma jurídica no tempo (MAXIMILIANO, 2007, p. 37-39).

A dúvida que se coloca agora, entretanto, diz respeito ao procedimento que seguirá a execução de prestação alimentícia decorrente de escritura pública.

Como visto no item anterior, constitui título executivo extrajudicial. Então, finalmente, a execução desse título extrajudicial seguirá o rito das obrigações alimentícias decorrente de sentença?

O problema não acarreta grandes discussões. Não se enxerga qualquer óbice à utilização de procedimentos diferenciados. A natureza jurídica do título que consagra o direito é diversa. O rito será o do Capítulo IV do Título II do Livro II do CPC (execução por quantia certa contra devedor solvente), observadas as alterações implementadas pela Lei 11.382/2006 (títulos executivos extrajudiciais).

Ademais, como a obrigação não se formou em juízo, não se teria como aplicar à referida execução o cumprimento de sentença por limites práticos. O rito difere por completo; está intrinsecamente relacionado a um provimento jurisdicional anterior.

Outro dado importante versa sobre a impugnação: na execução de títulos extrajudiciais, não é necessária a segurança do juízo para questionar o débito, tendo em vista não ter havido condenação pelo órgão jurisdicional, desconhecedor das questões inerentes àquele débito, ao qual teve acesso direto na fase executiva (ASSIS, 2006, p. 307; MEDINA; WAMBIER, L.; WAMBIER, T., 2006, p. 397).

7 Método de todo insuficiente à integração do sistema.

Dessa feita, agora em conclusão, tem-se que o rito da execução de obrigação alimentícia consagrada em escritura pública é, indubitavelmente, o da execução de títulos extrajudiciais.

Assim, solucionadas as questões postas até então, restou sem resposta apenas uma, de todas a principal, em relação ao que se propôs: nessa execução de obrigação alimentar decorrente de escritura pública cabe a aplicação do art. 733 do CPC (coerção pessoal)? É a conclusão do trabalho, desenvolvida no item seguinte.

6 Conclusão: da possibilidade de aplicação da técnica de coerção pessoal às obrigações alimentícias decorrentes de escritura pública

O problema a ser enfrentado é o do aparente empecilho de aplicação da medida de coerção pessoal nas obrigações alimentícias advindas de escritura pública, devido à redação do art. 733 e § 1º do CPC, que determina:

> Art. 733. Na execução de **sentença ou de decisão**, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
>
> § 1º. Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses (grifo nosso).

Conforme visto acima, a redação do artigo menciona **sentença ou decisão.** Dessa forma, visto que a escritura pública de separação e divórcio extrajudiciais trata-se de título executivo extrajudicial, resta saber se é ou não possível a técnica de coerção pessoal ao seu cumprimento.

A dúvida posta surge da interpretação literal do art. 733 do CPC, anterior ao surgimento da Lei 11.441/2007, cujo texto refere-se, expressamente, a **sentença** ou **decisão.** Ou seja, numa leitura isolada, descuidada do exercício da hermenêutica sistêmica, a fixação da obrigação alimentar, para que possibilite a utilização do meio executivo de coerção pessoal, deve passar pelo crivo do Judiciário, pois a escritura pública de separação ou divórcio trata-se de título executivo extrajudicial (PARREIRA, 2007).

Observe-se que, acaso fosse acolhida a ideia de que a escritura pública dissolutória do vínculo de casamento constitui título executivo judicial, a questão estaria mais facilmente resolvida, por que atenderia ao requisito do art. 733 do CPC (CAHALI; FERREIRA; HERENCE FILHO; ROSA, 2007, p. 122-124). Todavia, trata-se de título executivo extrajudicial, tema já enfrentado no item quatro.

Todavia, quando se enfrentam "questões de incompatibilidade num todo estrutural", há um paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Será necessário e exercício da interpretação sistêmica, pois a unidade do sistema jurídico é corolário da hermenêutica jurídica (FERRAZ JR, 2003, p. 289).

Assim, não pode ser esquecida a existência da Lei nº 5.478/68 (lei de alimentos), tendo em vista ter subsistido ao surgimento do Código Civil de 2002, que, mesmo tratando do direito material de alimentos entre parentes, cônjuges e companheiros, não a revogou em nenhum ponto, por se tratar de norma de direito processual.

Isso (o fato de terem seus dispositivos permanecido em plena vigência após o advento do CC/02), aliado ao fato de que a Lei 5.478/68 é especial em relação ao CPC, permite a aplicação da regra hermenêutica segundo a qual **lei geral posterior não revoga lei especial anterior.**

A verdade emerge do art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, com a seguinte redação:

> Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
>
> § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
>
> § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Nessa esteira, diante do princípio da continuidade das leis, não havendo previsão do seu termo final, serão as leis permanentes, ou seja, com vigência indeterminada, produzindo efeitos até que outra as revogue. A lei permanente, após ter sua vigência iniciada, apenas a perderá nos casos de ser revogada por lei posterior de mesma hierarquia, ou de hierarquia superior (DINIZ, 2007, p. 67-68).

No caso analisado, tem-se a existência de leis de mesma hierarquia. Mas houve revogação da lei de alimentos pelo CPC?

Para responder à questão posta, é necessário saber antes o que é revogar: é "tornar sem efeito uma norma, retirando sua obrigatoriedade (...) é um termo genérico, que indica a ideia da cessação da existência da norma obrigatória" (DINIZ, 2007, p. 69).

A revogação pode ser expressa ou tácita. Sendo expressa, a norma revogadora declarará, de forma clara, qual lei será totalmente revogada (derrogação), ou terá dispositivos específicos revogados (ab-rogação).

Por outro lado, será tácita quando "houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou

inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão 'revogam-se as disposições em contrário'", por força de aplicação supletiva do art. 2º, § 1º, primeira parte, da LICC, ou quando a lei nova regular inteiramente toda a matéria tratada pela lei anterior (DINIZ, 2007, p. 71-72).

No entanto, na revogação tácita, deve-se ter a cautela de entender que, para se considerar a primeira lei tacitamente revogada pela segunda, a incompatibilidade deverá ser tal que seja impossível aplicar a lei nova sem destruir a antiga (DINIZ, 2007, p. 72).

Na lição de Carlos Maximiliano, "é quase sempre possível integrar o sistema jurídico, descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas" (MAXIMILIANO, 2007, p. 110).

Ao tratar sobre disposições contraditórias, o autor ensina que, primeiro, o intérprete deve "desconfiar de si", pensar não ter compreendido bem o sentido de cada um dos textos, para, então, tentar harmonizá-los, quando, para esse objetivo, terão aplicação alguns critérios (MAXIMILIANO, 2007, p. 110-111):

a) não é lícito aplicar norma jurídica a um fato para o qual não foi formulada;

b) deve-se verificar se os dispositivos tratam de hipóteses diferentes;

c) é necessário observar se os dispositivos fixam, um, regra geral, e o outro, regra especial;

d) é preciso procurar encarar as expressões como parte de um todo, "destinadas a completarem-se mutuamente" (MAXIMILIANO, 2007, p. 111);

e) se uma disposição for principal e outra acessória, prevalece a principal;

A verdade emerge do art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, com a seguinte redação:

> Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
>
> § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
>
> § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Nessa esteira, diante do princípio da continuidade das leis, não havendo previsão do seu termo final, serão as leis permanentes, ou seja, com vigência indeterminada, produzindo efeitos até que outra as revogue. A lei permanente, após ter sua vigência iniciada, apenas a perderá nos casos de ser revogada por lei posterior de mesma hierarquia, ou de hierarquia superior (DINIZ, 2007, p. 67-68).

No caso analisado, tem-se a existência de leis de mesma hierarquia. Mas houve revogação da lei de alimentos pelo CPC?

Para responder à questão posta, é necessário saber antes o que é revogar: é "tornar sem efeito uma norma, retirando sua obrigatoriedade (...) é um termo genérico, que indica a ideia da cessação da existência da norma obrigatória" (DINIZ, 2007, p. 69).

A revogação pode ser expressa ou tácita. Sendo expressa, a norma revogadora declarará, de forma clara, qual lei será totalmente revogada (derrogação), ou terá dispositivos específicos revogados (ab-rogação).

Por outro lado, será tácita quando "houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou

inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão 'revogam-se as disposições em contrário'", por força de aplicação supletiva do art. 2º, § 1º, primeira parte, da LICC, ou quando a lei nova regular inteiramente toda a matéria tratada pela lei anterior (DINIZ, 2007, p. 71-72).

No entanto, na revogação tácita, deve-se ter a cautela de entender que, para se considerar a primeira lei tacitamente revogada pela segunda, a incompatibilidade deverá ser tal que seja impossível aplicar a lei nova sem destruir a antiga (DINIZ, 2007, p. 72).

Na lição de Carlos Maximiliano, "é quase sempre possível integrar o sistema jurídico, descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas" (MAXIMILIANO, 2007, p. 110).

Ao tratar sobre disposições contraditórias, o autor ensina que, primeiro, o intérprete deve "desconfiar de si", pensar não ter compreendido bem o sentido de cada um dos textos, para, então, tentar harmonizá-los, quando, para esse objetivo, terão aplicação alguns critérios (MAXIMILIANO, 2007, p. 110-111):

a) não é lícito aplicar norma jurídica a um fato para o qual não foi formulada;

b) deve-se verificar se os dispositivos tratam de hipóteses diferentes;

c) é necessário observar se os dispositivos fixam, um, regra geral, e o outro, regra especial;

d) é preciso procurar encarar as expressões como parte de um todo, "destinadas a completarem-se mutuamente" (MAXIMILIANO, 2007, p. 111);

e) se uma disposição for principal e outra acessória, prevalece a principal;

f) tem prevalência o texto mais lógico, claro, de maior utilidade prática, de maior harmonia com a lei no sistema, e com as condições normais da coexistência humana;

g) então, aplica-se a hierarquia das leis.

Após elencar o caminho que o intérprete do Direito deve seguir no caso de antinomia aparente de normas, explica Maximiliano que, se nenhuma das etapas resolve a antinomia, sendo os dois textos da mesma data e procedência, ambos serão eliminados, pois "nenhum deles se aplica ao objeto a que se referem" (MAXIMILIANO, 2007, p. 110). No caso de terem a mesma autoridade, mas não tiverem surgido ao mesmo tempo, será necessário observar se não é o caso de ab-rogação tácita de expressões de Direito.

Com toda certeza pode-se afirmar: o CPC não ab-rogou tacitamente a lei de alimentos. Até porque nem foi necessário chegar a essa etapa na análise da norma, uma vez que vários dos critérios analisados puderam ser utilizados na elucidação do problema posto.

Primeiro, porque o CPC fixa regra geral e a lei de alimentos fixa regra especial, como já ficou claro acima (c). Segundo, porque as normas integram o **sistema jurídico** e assim devem ser interpretadas (d). Terceiro, porque o texto da lei de alimentos é mais claro e tem maior utilidade prática (f), inclusive para que se possa aplicar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, pois a obrigação alimentar está intrinsecamente ligada a eles (g).

Vê-se, portanto, que a nova lei (CPC) falou de sentença ou decisão, mas não revogou expressamente a lei de alimentos, nem disse que no acordo não seria possível[8]. Apenas repetiu **sentença e decisão**, deixando o **acordo** de fora. Aplica-se, então, ao caso, a regra de que lei geral posterior não revoga lei especial anterior.

8 Art. 733, CPC. Na execução de **sentença ou de decisão**, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

No sistema brasileiro, a norma jurídica é seu dogma prefixado. Esse dogma é formado por interpretações da realidade ("pontos de partida") que não deverão ser questionadas, a não ser segundo parâmetros fixados pelas próprias normas jurídicas, como no caso de arguição de inconstitucionalidade material de determinada lei (ADEODATO, 2006, p. 143).

> A inquestionabilidade dos pontos de partida, contudo, **não significa que os dogmas jurídicos sejam interpretações estáticas da conduta social**, uma vez que eles precisam ser constantemente revistos a fim de acompanhar a mutabilidade inerente àquela conduta. A dogmática jurídica consiste justamente na esquematização e no manejo das regras que garantem que esses processos de revisão e atualização permanecerão dentro dos limites fixados pelas próprias normas jurídicas, estabelecendo modos interpretativos e integradores para adaptação da norma ao fato. Isso significa que a dogmática se garante com a mutabilidade das relações de fato mediante seu próprio distanciamento deste pressuposto fático, o que lhe fornece um novo campo de ação, por assim dizer, autodeterminável. **Em lugar de funcionar como uma prisão, o dogma jurídico e seus processos integradores específicos formam a ponte para uma nova realidade**, ou seja, a dogmática não se limita a copiar e repetir a norma que lhe é imposta, apenas depende da existência prévia dessa norma para interpretar sua própria vinculação (ADEODATO, 2006, p. 143, grifo nosso).

A sociedade evolui. O direito não pode permanecer estático, alheio ao desenvolvimento social; existe como forma de pacificação social. Sem evoluir, não mais seria suficiente ao seu escopo, o que o tornaria desprovido de qualquer sentido.

§ 1º. Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses (grifo nosso).

Assim, da leitura do art. 19 da Lei de alimentos, o problema fica de todo resolvido, pois, de modo expresso, admite o decreto de prisão na execução de **sentença** ou **acordo** (DIAS, 2007a)[9].

Quanto ao acordo, a lei não se refere à origem da transação, se judicial ou não. Entretanto, o que parece óbvio, trata-se de acordo extrajudicial, sob pena de ter sido o legislador redundante, tendo em vista que o acordo feito em Juízo recebe a homologação do juiz, extingue o processo com resolução do mérito e assume o *status* de título executivo judicial.

Com efeito, a aplicação do Direito não se pode dar com a simples aplicação da lei ao caso concreto. Os direitos protegidos em cada fase da evolução social não podem ser esquecidos.

O CPC já existia antes do surgimento da Lei 11.441/2007. Certamente, quando o legislador cuidou da redação do art. 733 do CPC, não imaginava que, com a exacerbada preocupação do Estado na permanência dos vínculos conjugais – durante tanto tempo indissolúveis –, a evolução do Direito, um dia, levaria ao ponto de permitir que tais laços fossem dissolvidos à margem do Judiciário, sem que sequer fosse necessária a homologação por esse órgão.

Vê-se, no entanto, com imenso pesar, a insistência de alguns doutrinadores e aplicadores do Direito[10] em não admitir o procedimento de coação pessoal às execuções de obrigações alimentares oriundas de escritura pública. Privilegiam a liberdade do devedor, ainda que seu inadimplemento comprometa a vida do credor.

9 No mesmo sentido: Antônio Carlos Parreira (2007) e Fabiana Domingues (2007, p. 275). E, admitindo a aplicação por coerção pessoal, mas com fundamento diverso, Francisco José Cahali, Antonio Herance Filho, Karin Regina Rick Rosa e Paulo Roberto Gaiger Ferreira, em obra conjunta (CAHALI; FERREIRA; HERANCE FILHO; ROSA. 2007, p. 123)

10 Dos quais: Marcelo Abelha (2007, p. 424-427) e Alex Araújo Terras Gonçalves (2007).

Dentre os argumentos dessa corrente doutrinária, encontram-se os seguintes: a) a prisão civil por inadimplemento das prestações alimentícias é uma exceção posta na Constituição Federal, devendo, portanto, ser interpretada de forma restrita (GONÇALVES, 2007); b) aplicação pura e simples do art. 733 do CPC, posterior à lei de alimentos (ABELHA, 2007, p. 423; FARIAS, 2007a, p.70).

Como se pôde observar, são deveras frágeis os argumentos sustentados. Primeiro, porque, como visto, não se trata de interpretação analógica, muito menos extensiva; segundo, porque a lei geral posterior não revoga lei especial anterior.

Com efeito, o tema ainda é bastante discutido. A doutrina ainda está dividida, mas uma parte considerável já se posiciona no sentido de ser possível, sim, a aplicação do art. 733 do CPC às execuções de prestações alimentícias advindas de escritura pública.

Aliás, Berenice Dias, tecendo suas considerações a respeito da problemática, escreveu:

> [...] desgraçadamente, ninguém quer permitir o uso deste meio executório quando a obrigação alimentar integra título executivo extrajudicial. [...] mas **a Lei de Alimentos (art.19), de modo expresso, admite o decreto de prisão na execução de "sentença" ou "acordo".** Não distinguindo na lei a origem da transação, se judicial ou não, nada, absolutamente nada, impede a cobrança com a ameaça de coação pessoal. Principalmente quando o acordo é referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados das partes. Exigir a homologação judicial – que se resume em mero ato chancelatório, pois o juiz não ouve as partes – é desprestigiar todo o esforço para compor o litígio feito pelos promotores, defensores e advogados. Ao depois, feito o acordo perante o Ministério Público, de todo descabido exigir que o promotor busque a chancela judicial, pois para isso terá que ingressar com uma ação, ainda que de jurisdição voluntária. Caso seja delegado à parte o ônus de buscar o referendo judicial, depois de

> realizado o acordo, pelo jeito terá que procurar a Defensoria Pública, ou contratar um advogado para intentar a ação buscando a homologação da avença. [...] Portanto, o que à primeira vista parecia ser uma faculdade desnecessária do uso da via judicial, é a forma indispensável quando houver estipulação de alimentos. Só assim o credor poderá fazer uso dos mecanismos executórios mais ágeis quer o de cumprimento de sentença, quer o do rito da prisão. **Continuará, desse modo, a justiça entulhada de processos. A consequência é sua morosidade, que acaba beneficiando, mais uma vez, o devedor de alimentos.** (DIAS, 2007, grifos nossos).

Outro não foi o entendimento de Antonio Carlos Parreira, juiz de direito da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Varginha, em Minas Gerais, para quem:

> Não podemos nós, aplicadores da nova Lei, que veio simplificar as separações e os divórcios consensuais sem a presença do Estado-Juiz, em virtude de sua desnecessidade, ficarmos amarrados a normas, convenções e entendimentos ultrapassados, da época quando a indesejada presença do Estado nas relações dos casais era obrigatória. E o que é pior, favorecendo com esse apego formalístico os devedores relapsos, em prejuízo de bens maiores, quais sejam, a fome e a própria dignidade do credor de alimentos (PARREIRA, 2007).

Nessa linha de raciocínio, tem-se que a hermenêutica bem aplicada oferece solução real à problemática. Todo o ordenamento jurídico deve ser visto como um único texto, como se estivesse em expansão contínua. As diversas operações técnicas em torno dele – interpretação sistêmica, sociológica, teleológica – nada mais são do que reformulações do mesmo objeto (FERRAZ JR., 2003, p. 285).

Não sendo assim, ter-se-á de esperar que o legislador sane a dúvida de aplicação da pena de prisão à execução das obrigações alimentares advindas de escritura pública com a inserção do art. 1.124-A ao art. 733, ambos do CPC, ou que o STF, quando legitimamente provocado, defina a posição do Judiciário brasileiro quanto ao problema em

questão, que, quando vier a ocorrer, espera-se seja na direção positiva da questão posta.

Com pesar, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, anterior à Lei 11.441/2007, indica orientar-se em sentido contrário. Observe-se a seguinte decisão:

> HABEAS CORPUS. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ESCRITURA PÚBLICA. ALIMENTOS. ART. 733 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRISÃO CIVIL.
>
> 1. O descumprimento de escritura pública celebrada entre os interessados, sem a intervenção do Poder Judiciário, fixando alimentos, não pode ensejar a prisão civil do devedor com base no art. 733 do Código de Processo Civil, restrito à "execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais".
>
> 2. Habeas corpus concedido. (STJ, 2002, p. 253).

Todavia, enfaticamente, o Judiciário não pode fechar os olhos à evolução da sociedade e aos seus anseios, nem perder de vista que a Lei 11.441/2007 veio para facilitar a vida das pessoas, e não complicar. Espera-se que, com o advento da lei, o STJ possa verificar que sua orientação discrepa dos fins para os quais foi feita a norma.

Com efeito, é preciso que os julgadores, quando decidirem a respeito da execução das obrigações alimentares advindas de escritura pública, não esqueçam que, muito tempo antes da entrada em vigor da Lei em comento (11.441/2007), a sistemática processual da execução de alimentos foi traçada sem se imaginar que, um dia, nas dissoluções das sociedades conjugais, não mais seria exigida a interferência estatal, na forma que ocorre na formação do vínculo matrimonial.

Acaso o Estado-juiz não entenda dessa forma, o êxito da Lei 11.441/2007 no desafogamento do Judiciário estará comprometido,

> realizado o acordo, pelo jeito terá que procurar a Defensoria Pública, ou contratar um advogado para intentar a ação buscando a homologação da avença. [...] Portanto, o que à primeira vista parecia ser uma faculdade desnecessária do uso da via judicial, é a forma indispensável quando houver estipulação de alimentos. Só assim o credor poderá fazer uso dos mecanismos executórios mais ágeis quer o de cumprimento de sentença, quer o do rito da prisão. **Continuará, desse modo, a justiça entulhada de processos. A consequência é sua morosidade, que acaba beneficiando, mais uma vez, o devedor de alimentos.** (DIAS, 2007, grifos nossos).

Outro não foi o entendimento de Antonio Carlos Parreira, juiz de direito da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Varginha, em Minas Gerais, para quem:

> Não podemos nós, aplicadores da nova Lei, que veio simplificar as separações e os divórcios consensuais sem a presença do Estado-Juiz, em virtude de sua desnecessidade, ficarmos amarrados a normas, convenções e entendimentos ultrapassados, da época quando a indesejada presença do Estado nas relações dos casais era obrigatória. E o que é pior, favorecendo com esse apego formalístico os devedores relapsos, em prejuízo de bens maiores, quais sejam, a fome e a própria dignidade do credor de alimentos (PARREIRA, 2007).

Nessa linha de raciocínio, tem-se que a hermenêutica bem aplicada oferece solução real à problemática. Todo o ordenamento jurídico deve ser visto como um único texto, como se estivesse em expansão contínua. As diversas operações técnicas em torno dele – interpretação sistêmica, sociológica, teleológica – nada mais são do que reformulações do mesmo objeto (FERRAZ JR., 2003, p. 285).

Não sendo assim, ter-se-á de esperar que o legislador sane a dúvida de aplicação da pena de prisão à execução das obrigações alimentares advindas de escritura pública com a inserção do art. 1.124-A ao art. 733, ambos do CPC, ou que o STF, quando legitimamente provocado, defina a posição do Judiciário brasileiro quanto ao problema em

questão, que, quando vier a ocorrer, espera-se seja na direção positiva da questão posta.

Com pesar, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, anterior à Lei 11.441/2007, indica orientar-se em sentido contrário. Observe-se a seguinte decisão:

> HABEAS CORPUS. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ESCRITURA PÚBLICA. ALIMENTOS. ART. 733 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRISÃO CIVIL.
>
> 1. O descumprimento de escritura pública celebrada entre os interessados, sem a intervenção do Poder Judiciário, fixando alimentos, não pode ensejar a prisão civil do devedor com base no art. 733 do Código de Processo Civil, restrito à "execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais".
>
> 2. Habeas corpus concedido. (STJ, 2002, p. 253).

Todavia, enfaticamente, o Judiciário não pode fechar os olhos à evolução da sociedade e aos seus anseios, nem perder de vista que a Lei 11.441/2007 veio para facilitar a vida das pessoas, e não complicar. Espera-se que, com o advento da lei, o STJ possa verificar que sua orientação discrepa dos fins para os quais foi feita a norma.

Com efeito, é preciso que os julgadores, quando decidirem a respeito da execução das obrigações alimentares advindas de escritura pública, não esqueçam que, muito tempo antes da entrada em vigor da Lei em comento (11.441/2007), a sistemática processual da execução de alimentos foi traçada sem se imaginar que, um dia, nas dissoluções das sociedades conjugais, não mais seria exigida a interferência estatal, na forma que ocorre na formação do vínculo matrimonial.

Acaso o Estado-juiz não entenda dessa forma, o êxito da Lei 11.441/2007 no desafogamento do Judiciário estará comprometido,

enquanto o legislador não incluir no art. 733 do CPC expressa menção ao art. 1.124-A do mesmo diploma legal, ou enquanto o STF, no controle concentrado de constitucionalidade, não seja movimentado para decidir a respeito.

De outra forma, haverá desestímulo à utilização da via extrajudicial para a dissolução do casamento e perda da oportunidade de o Judiciário desafogar-se e possibilitar uma solução de conflitos mais célere à sociedade.

The applicability of imprisonment obligations food arising from public deed

Abstract

Law 11.441/07 of 04 January 2007, enabled the bond of marriage to be broken regardless of state interference. From its lifetime, the spouses no longer have recourse to the judiciary for a rest, and may do so without trial, without court approval. This paper aims to shed light on this new system, in parallel with the analysis of the possibility of extrajudicial executions of titles covering food defaulting bonds follow the rite of art. CPC 733 (imprisonment).

The question that was installed refers to the wording of art. 733 of the CPC, alluding to "sentence or decision."But the deed of separation and divorce-court it is enforceable court, the question is whether or not it is possible for technical personnel of coercion for compliance. The CPC had existed before the advent of Law 11.441/2007 and certainly when the legislature took care of writing the article. 733 of the CPC did not imagine that with the heightened concern of the state on the permanence of the bond of marriage - so long indissoluble - the evolution of law, one day, take the point of allowing such bonds to be dissolved on the sidelines of the judiciary without it was even necessary approval by that body.

In this line of reasoning has been applied and that hermeneutics offers real solution to the problem in the sense of the possibility of the application of prison sentences.

Keywords:

11.441/2007Law- art.CPC733- Pen-prison -execution -must -support -possibility.

Referências

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSIS, Araken. **Cumprimento de sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Recurso Especial nº 297663-AL. Relator: Ministro Vicente Leal. Decisão unânime. Brasília, 08.05.01. DJ de 04.06.01, p. 273. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 27 jul. 2007.

_____. 3ª Turma. *Habeas Corpus* nº 22.401-SP. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Decisão unânime. Brasília, 20.08.02. DJ de 30.09.02, p. 253. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 3 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 144840-SP. Relator: Ricardo Lewandowski. Decisão monocrática. Brasília, 20.06.06. DJ de 25.08.06, p.03602. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 27 jul. 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAHALI, Francisco José; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; HERANCE FILHO, Antônio; ROSA, Karin Regina Rick. **Escrituras públicas:** separação, divórcio, inventário e partilhas consensuais. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CATALAN, Marcos; FRANCO, André. Separação e divórcio na esfera extrajudicial – faculdade ou dever das partes? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais:** questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. p. 37-49.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada.** São Paulo: Saraiva, 2007.

DOMINGUES, Fabiana. A execução dos alimentos firmados em escritura pública. Como aplicar o art. 733 do CPC? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais:** questionamentos sobre a Lei 11.441/2007, p. 271-275.

FARIAS, Christiano Chaves de. Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida à luz da técnica da ponderação de interesses (uma leitura constitucional da Súmula n° 309 do STJ): o tempo é o Senhor da razão. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, v. 8., n. 35, p. 134-158, abr./maio 2006.

_____. **A desnecessidade de procedimento judicial para as ações de separação e divórcio consensuais e a nova sistemática da Lei n° 11.441/07: o bem vencendo o mal.** Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1470.html>. Acesso em: 27 jul. 2007.

_____. **O novo procedimento da separação e do divórcio (de acordo com a Lei n° 11.441/07).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007a.

_____. O novo procedimento para a separação e o divórcio consensuais. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, v. 8., n. 40, p. 48-71, fev./mar. 2007b.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito.** São Paulo: Atlas, 2003.

GONÇALVES, Alex Araújo Terras. **A evolução das normas implica na segregação de direitos?** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9665>. Acesso em: 15 maio 2007.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss:** sinônimos e antônimos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal – direitos e deveres. **Revista da ESMAPE.** Recife, v. 2, n. 6, p. 361-380, out./dez. 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e a aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAIS, Ezequiel. O procedimento extrajudicial previsto na Lei 11.441/2007, para as hipóteses de que trata, é obrigatório ou facultativo? Poderão ou deverão? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário (Coords.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais:** questionamentos sobre a Lei 11.441/2007, p. 19-35.

PARREIRA, Antônio Carlos. **A Lei n° 11.441 e a possibilidade de prisão por dívida alimentar.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9630>. Acesso em: 15 maio 2007.

SANTOS, Felipe Brasil. Os alimentos no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 12-27, jan./fev./mar. 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2003. v. VI.

Referência deste artigo

AGUIAR, Isabela Lins Carvalho de. Da possibilidade de aplicação da pena de prisão às obrigações alimentícias decorrentes de Escritura pública. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 383-414, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 20 abr. 2011. Aprovado em: 17 jun. 2011.*

Processo administrativo brasileiro e cidadania

Marcos André Couto Santos
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Professor da Escola da Magistratura Trabalhista da 6ª Região – ESMATRA – 6ª Região.
Procurador do Estado. Advogado.

Resumo

O trabalho versa sobre a importância do Processo Administrativo para implementação da cidadania, legitimação das ações do Poder Público, garantia dos direitos fundamentais e resolução de conflitos, no âmbito do Estado Social Democrático de Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Processo Administrativo. Cidadania. Constituição.

Introdução

O advento da Constituição Federal de 1988 representou o fim de um regime de exceção que vigorou no Brasil por mais de 20 anos, inaugurando um novo patamar de relacionamento do Poder Público[1] com os cidadãos brasileiros.

1 No presente trabalho, Poder Público se refere à Administração Pública em geral (Poder Executivo) dos entes federativos brasileiros (União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios).

Com base na nova ordem constitucional posta, esta relação Poder Público e cidadãos brasileiros passou a ser institucionalizada e regulada através dos denominados Processos Administrativos.

Entretanto, no Brasil, o Processo Administrativo e sua teoria ainda possuem poucos estudos e reflexões por parte da doutrina[2] e da jurisprudência, em comparação a outros temas jurídicos; justifica-se, portanto, uma análise mais aprofundada dessa temática.

Neste sentido, no presente trabalho, pretende-se mostrar a relevância do Processo Administrativo, para fins de construção e implementação da cidadania e democracia no Brasil.

É objetivo mostrar que o Processo Administrativo, em suas diversas modalidades, representa uma nova forma de legitimação[3] das ações estatais, de efetivação dos direitos fundamentais e de resolução de conflitos entre o Poder Público e os cidadãos.

Ao final, conclui-se pela necessidade de uma maior valorização da processualidade no âmbito Administrativo do Estado Brasileiro.

2 No Brasil, uma das grandes precursoras do estudo do Processo Administrativo é a Profa. Odete Medauar, que escreveu sobre o tema várias obras e artigos, dentre os quais se destaca o precursor livro "A processualidade no Direito Administrativo": MEDAUR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 167 p.

3 Sobre a legitimação pelo procedimento, Cândido Rangel Dinamarco destaca: "A idéia de legitimação pelo procedimento é vitoriosa hoje, mesmo fora do campo jurisdicional, pelo que ela tem de expressivo do ponto de vista da inserção do sistema processual na ordem constitucional e da sua aceitabilidade social. Seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo": DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 159.

1 O Estado e o Cidadão – Fundamentos Constitucionais Contemporâneos

Desde o final do século XVIII, com as denominadas Revoluções Burguesas (Revolução Francesa, Norte-Americana e Industrial), a sociedade humana passou a ser organizada e disciplinada com base no direito e nas constituições, dentro da forma jurídico política de Estados Constitucionais[4].

As atribuições e competências destes Estados foram ampliadas a partir do início do século XX, quando passaram a ser regidos por Constituições Sociais e adquiriram a nomenclatura de Estados Sociais Democráticos de Direito. Nesta fase, estes Estados Contemporâneos passaram a ter múltiplas obrigações de caráter econômico e social[5], com a ampliação da prestação de serviços públicos, o aumento do controle estatal sobre o sistema econômico-financeiro e o desenvolvimento de políticas públicas de inclusão social das pessoas menos favorecidas.

Mesmo com o advento da denominada globalização[6], os Estados Contemporâneos, isoladamente ou no âmbito das estruturas comunitárias[7] (por exemplo: União Europeia e Mercosul), ainda se mantêm como os grandes indutores das transformações sociais e econômicas, sendo uma falácia considerar que o sistema econômico teria capacidade de regular-

4 Sobre a evolução do constitucionalismo: SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 260 p. Já, sobre o constitucionalismo atual: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 430 p.

5 Acerca da presença (atuação e intervenção) do Poder Público na ordem econômica e social: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros , 2002. 383 p; DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 1999. 181 p; KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. 120 p; LEAL, Rogério Gesta Leal; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de (Coord.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. 264 p.

6 Sobre soberania, globalização e seus efeitos sobre os direitos humanos: FERNANDES. Luciana de Medeiros. **Soberania & processos de integração: o novo conceito de soberania em face da globalização**. Curitiba: Juruá, 2002. 298 p. COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. 176 p; MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 104 p.

7 Acerca da relação do Estado Constitucional e o ideário comunitário internacional: HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 78 p; VIEIRA, José Ribas (Coord.). **A Constituição Européia: o projeto de uma nova teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 272 p.

se autonomamente sem a presença estatal[8], e a sociedade iria promover a igualdade em sentido material, de forma "gratuita", para os cidadãos menos afortunados.[9]

Neste sentido, não obstante as críticas e as teorias reducionistas de caráter neoliberal[10], os indivíduos continuam depositando suas expectativas, esperanças e confiança ainda nos Estados, como melhor forma de organização jurídico e política da sociedade, almejando que estes promovam as políticas públicas de garantia e de implementação de direitos fundamentais em sentido amplo[11] e dos valores constitucionais maiores[12], para a efetivação da dignidade da pessoa humana[13], lastreada em uma isonomia material[14].

Por cautela, é relevante destacar que cidadania[15] não é apenas o direito de votar e ser votado, mas sim, um processo de integração das

8 A crise norte-americana, com consequências ainda nos dias de hoje, demonstra que uma economia sem o controle estatal necessário não tem capacidade de evitar danos e especulações no mercado financeiro.

9 Sobre as classes sociais excluídas: YAZBEK, Maria Carmelita. **Classes subalternas e assistência social**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2003. 184 p.

10 Acerca do Estado Social Democrático de Direito e sua crise: LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 247 p; NUNES, António José. Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rido de Janeiro: Renovar, 2003. 140 p.

11 Para os fins do presente trabalho, entende-se que os direitos fundamentais em sentido amplo são aqueles contidos ou não nas Cartas Constitucionais (materialmente constitucionais), quer sejam individuais, coletivos, difusos, políticos, sociais, econômicos e culturais. Sobre direitos fundamentais: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493 p.

12 Sobre o valor da constituição: LASSALLE, Ferdinand. 6. ed. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. 40 p; HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. 34 p. Sobre a defesa do valor da constituição: DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

13 Acerca da dignidade da pessoa humana como valor jurídico fundamental: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152 p; SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 153, p. 163-191, jan./mar, 2002.

14 Por isonomia material, entenda-se a promoção de Políticas Econômicas e Sociais de garantia de oportunidades a todos os indivíduos, para que possam desenvolver suas potencialidades, integrando-se adequadamente ao contexto social.

15 A idéia de cidadania vai além da mera posição jurídica de pessoa eleitora ou elegível, plasmando-se na educação, valores e dinâmicas sociais: VIEIRA, José Ribas. **A cidadania:** sua complexidade teórica e o direito. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/vieira_cidadania_ teorica_direito.htm>. Acesso em: 01 abr. 2011.

pessoas à sociedade organizada e ao Estado, garantindo-se a todos os indivíduos iguais oportunidades, para que possam desenvolver suas potencialidades, em benefício da construção de sua felicidade[16] e do equilíbrio social como um todo.

Ou seja, o cidadão não é apenas o eleitor, mas também o ser humano partícipe ativo do meio social, com profissão, família, alimentação adequada, enfim, o cidadão é aquele que goza e tem respeitados os seus direitos e pode ativamente participar da sociedade de uma forma integrada.

Para a efetivação desta cidadania, o Estado, então, oferece às pessoas uma série de serviços públicos (por exemplo: hospitais, escolas, segurança pública, previdência social, assistência social, cultura, lazer, defesa do consumidor, entre outros), participando, assim, o Estado/ Poder Público da vida cotidiana dos cidadãos, que demandam serviços de qualidade para atendimento de suas crescentes necessidades.

Na tentativa de atender às expectativas e construir a cidadania almejada, o Poder Público se organiza administrativa e financeiramente, criando uma grande estrutura organizacional para cumprir suas funções e competências constitucionais, que são custeadas por recursos advindos da própria sociedade, especialmente na forma de tributos[17].

Como fica evidente, nesta relação Poder Público – Sociedade, o cidadão surge como usuário de serviços públicos, contribuinte de tributos e participante do processo político, sempre demandando por melhoria na qualidade dos serviços prestados pelos entes públicos, pela redução da carga tributária e por um melhor estabelecimento político de metas governamentais a serem atingidas.

16 Por meio da Proposta de Emenda Constitucional nº 19/10, em tramitação no Congresso Nacional, o art. 6º, da Constituição Federal de 1988 passa a incluir a felicidade como direito social.

17 Sobre o dever de pagar tributos: NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos (Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo)**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. 746 p.

se autonomamente sem a presença estatal[8], e a sociedade iria promover a igualdade em sentido material, de forma "gratuita", para os cidadãos menos afortunados.[9]

Neste sentido, não obstante as críticas e as teorias reducionistas de caráter neoliberal[10], os indivíduos continuam depositando suas expectativas, esperanças e confiança ainda nos Estados, como melhor forma de organização jurídico e política da sociedade, almejando que estes promovam as políticas públicas de garantia e de implementação de direitos fundamentais em sentido amplo[11] e dos valores constitucionais maiores[12], para a efetivação da dignidade da pessoa humana[13], lastreada em uma isonomia material[14].

Por cautela, é relevante destacar que cidadania[15] não é apenas o direito de votar e ser votado, mas sim, um processo de integração das

8 A crise norte-americana, com consequências ainda nos dias de hoje, demonstra que uma economia sem o controle estatal necessário não tem capacidade de evitar danos e especulações no mercado financeiro.

9 Sobre as classes sociais excluídas: YAZBEK, Maria Carmelita. **Classes subalternas e assistência social**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2003. 184 p.

10 Acerca do Estado Social Democrático de Direito e sua crise: LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 247 p; NUNES, António José. Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rido de Janeiro: Renovar, 2003. 140 p.

11 Para os fins do presente trabalho, entende-se que os direitos fundamentais em sentido amplo são aqueles contidos ou não nas Cartas Constitucionais (materialmente constitucionais), quer sejam individuais, coletivos, difusos, políticos, sociais, econômicos e culturais. Sobre direitos fundamentais: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493 p.

12 Sobre o valor da constituição: LASSALLE, Ferdinand. 6. ed. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. 40 p; HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. 34 p. Sobre a defesa do valor da constituição: DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

13 Acerca da dignidade da pessoa humana como valor jurídico fundamental: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152 p; SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 153, p. 163-191, jan./mar, 2002.

14 Por isonomia material, entenda-se a promoção de Políticas Econômicas e Sociais de garantia de oportunidades a todos os indivíduos, para que possam desenvolver suas potencialidades, integrando-se adequadamente ao contexto social.

15 A idéia de cidadania vai além da mera posição jurídica de pessoa eleitora ou elegível, plasmando-se na educação, valores e dinâmicas sociais: VIEIRA, José Ribas. **A cidadania:** sua complexidade teórica e o direito. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/vieira_cidadania_ teorica_direito.htm>. Acesso em: 01 abr. 2011.

pessoas à sociedade organizada e ao Estado, garantindo-se a todos os indivíduos iguais oportunidades, para que possam desenvolver suas potencialidades, em benefício da construção de sua felicidade[16] e do equilíbrio social como um todo.

Ou seja, o cidadão não é apenas o eleitor, mas também o ser humano partícipe ativo do meio social, com profissão, família, alimentação adequada, enfim, o cidadão é aquele que goza e tem respeitados os seus direitos e pode ativamente participar da sociedade de uma forma integrada.

Para a efetivação desta cidadania, o Estado, então, oferece às pessoas uma série de serviços públicos (por exemplo: hospitais, escolas, segurança pública, previdência social, assistência social, cultura, lazer, defesa do consumidor, entre outros), participando, assim, o Estado/ Poder Público da vida cotidiana dos cidadãos, que demandam serviços de qualidade para atendimento de suas crescentes necessidades.

Na tentativa de atender às expectativas e construir a cidadania almejada, o Poder Público se organiza administrativa e financeiramente, criando uma grande estrutura organizacional para cumprir suas funções e competências constitucionais, que são custeadas por recursos advindos da própria sociedade, especialmente na forma de tributos[17].

Como fica evidente, nesta relação Poder Público – Sociedade, o cidadão surge como usuário de serviços públicos, contribuinte de tributos e participante do processo político, sempre demandando por melhoria na qualidade dos serviços prestados pelos entes públicos, pela redução da carga tributária e por um melhor estabelecimento político de metas governamentais a serem atingidas.

16 Por meio da Proposta de Emenda Constitucional nº 19/10, em tramitação no Congresso Nacional, o art. 6º, da Constituição Federal de 1988 passa a incluir a felicidade como direito social.

17 Sobre o dever de pagar tributos: NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos (Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo)**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. 746 p.

Nesta relação, os entes públicos devem aparecer comprometidos com a implementação da cidadania, procurando desenvolver políticas públicas voltadas a atender o interesse público[18], com a promoção da dignidade da pessoa humana.

Infelizmente, resta notório que esta relação Poder Público – Sociedade acaba gerando, muitas vezes, múltiplos e variados conflitos, especialmente em países com desenvolvimento retardado[19] e com grandes diferenças sociais entre ricos e pobres, como é o caso brasileiro.

Estes conflitos aparecem, principalmente, na precária prestação de serviços públicos, na atuação muitas vezes arbitrária dos entes públicos em relação aos cidadãos, com agressão a direitos fundamentais, na não adoção de medidas de fiscalização e intervenção do Estado sobre o domínio privado para evitar abusos de poder, na não criação de políticas públicas de caráter social inclusivo e, ainda, na crescente exigência de tributos[20] que acabam impingindo um grande ônus sobre a renda e a capacidade econômica dos cidadãos.

Estes choques recorrentes entre Poder Público e cidadãos podem, até certa medida, ser considerados como inevitáveis, diante das grandes funções e obrigações de caráter constitucional que os entes públicos adquiriram a partir do século XX, com a implementação do constitucionalismo social.

18 Interesse Público é um conceito jurídico indeterminado que necessita de complementação pela via interpretativa, lastreada na moderna hermenêutica constitucional. Acerca dos conceitos jurídicos indeterminados: MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 22-32; MENDONÇA, Kylce Anne Pereira Collier de. **Argumentação, termos jurídicos indeterminados e discricionariedade na administração pública brasileira**. Recife: mimeografo – UFPE, 2004.

19 Sobre o Direito e a Constituição em países de desenvolvimento retardado: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. 263 p; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil:** o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 354 p.

20 Acerca do abuso do poder por parte das autoridades administrativas fazendárias: FRANÇA, Reginaldo de. **Fiscalização tributária: prerrogativas e limites**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 169-181.

Neste sentido, para cumprir sua missão constitucional e atender aos pleitos que lhe são submetidos legitimamente[21], o Estado/Poder Público precisa enfrentar estes constantes conflitos e demandas que aportam para sua decisão, devendo saná-los com base em instrumentos democráticos[22], efetivos, racionais, dialógicos e adequados.

Ou seja, sempre haverá críticas às gestões do Poder Público, até porque as necessidades humanas são cada vez mais crescentes e a busca constante da melhoria da qualidade de vida é algo inerente à condição humana; deve, então, o Estado adotar instrumentos adequados para conseguir atender às demandas e necessidades dos cidadãos que surgem, justificando continuamente suas escolhas políticas, seus programas governamentais e as decisões exaradas que afetam os cidadãos em geral.

Assim, para implementação de uma verdadeira cidadania e para cumprimento de suas funções constitucionais, o Estado/Poder Público deve utilizar um forte e presente instrumento democrático que é o Processo Administrativo.

2 O Processo Administrativo e sua fundamentação constitucional

Como acima destacado, o constitucionalismo atual baseia-se na busca da implementação continuada de valores maiores que refletem a vontade das sociedades humanas, plasmadas no altiplano das Constituições Nacionais e Regionais[23].

21 Acerca da legitimidade: ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade:** no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. 274 p. Sobre a legitimidade do processo como instrumento de resolução de conflitos: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 159.

22 Em relação à democracia e suas dificuldades de implementação: DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. 230 p.

23 VIEIRA, Op. Cit.

Este novo constitucionalismo[24] se lastreia em uma hermenêutica constitucional renovada pela efetivação e aplicação de princípios e direitos fundamentais, tendo o Poder Público que justificar continuamente suas opções políticas, seus atos e suas decisões, de forma a convencer os cidadãos de que as escolhas políticas realizadas refletem os anseios da sociedade, motivando a melhoria do convívio humano e garantindo o progresso coletivo. É neste panorama democrático e de expectativas que se deve observar o Processo Administrativo.

O Processo Administrativo, em seu sentido amplo, surge como o instrumento que justifica as ações, decisões e políticas estatais; serve, também, como meio para que os cidadãos possam provocar o Poder Público/Estado, solicitando explicações e demandando soluções a questões de interesse individual e/ou coletivo. Neste sentido, vale transcrever as lições de Paulo Modesto[25]:

> Essas leis gerais do processo administrativo, dedicadas a enunciar as normas básicas do modo de agir da administração pública, são consideradas em todo o mundo a *carta de identidade da administração pública*, o *núcleo do ordenamento jurídico administrativo*, o *estatuto fundamental da cidadania administrativa*. Esses adjetivos não são excessivos. Em geral, a disciplina abrangente do processo administrativo colabora para afastar da atividade administrativa o casuísmo e o excesso de subjetividade, assegurando à Administração meios para que sejam tomadas decisões legais, fundamentadas, objetivas e oportunas. As leis gerais de processo administrativo costumam assegurar a informação e a participação adequada dos interessados no processo de decisão administrativa, reduzindo, na medida em que asseguram maior transparência das razões de decidir, contendas desnecessárias nas vias judiciais. Nelas busca-se também fazer o detalhamento de formas inteligentes de atendimento à lei, voltadas antes ao cumprimento das finalidades legais do que a uma ordenação meramente formal, ritualística ou burocratizada da ação administrativa.

24 BARROSO, Op. Cit.

25 MODESTO, Paulo. A nova lei do processo administrativo. **Revista Pública e Gerencial,** Salvador, a. 2, v. 2, p. 50, jul. 1999.

O Processo Administrativo, lastreado na legalidade, aparece então como um instrumento de comunicação e diálogo dos cidadãos com o Poder Público, servindo para que os entes públicos possam receber, atender, entender, analisar e até julgar as pretensões da sociedade.

Infelizmente, na Carta Magna Brasileira de 1988, a referência ao Processo Administrativo somente consta no art. 5º, LV, no art. 41, § 1º, II, e no art. 247, parágrafo único, destacando-se basicamente que, nos Processos Administrativos, deverá ser respeitada a ampla defesa e o contraditório no aspecto formal; não há, portanto, no plano constitucional, uma maior valorização do Processo Administrativo como instrumento de implementação e construção da cidadania.

Mesmo considerando tal fato, infere-se, pela análise sistêmica e integrada da Carta Magna de 1988, especialmente em relação aos princípios retores da atuação da Administração Pública em geral (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – art. 37, *caput*, da CF/88), que o Processo Administrativo não deve ser entendido apenas como os processos sancionatórios e de cobrança instaurados pelos entes públicos (por exemplo: Processo Administrativo Disciplinar em face de servidores públicos, Processo Administrativo Tributário, Processo Administrativo de Imposição de Multas de Trânsito e outros), mas também que o Processo Administrativo se apresenta como meio para construção de uma nova forma de relacionamento do Estado com o cidadão, seja para justificar as opções políticas, amparar os atos administrativos exarados ou garantir uma abertura democrática de diálogo contínuo entre o Poder Público e a sociedade, como a seguir restará detalhado.

Este novo constitucionalismo[24] se lastreia em uma hermenêutica constitucional renovada pela efetivação e aplicação de princípios e direitos fundamentais, tendo o Poder Público que justificar continuamente suas opções políticas, seus atos e suas decisões, de forma a convencer os cidadãos de que as escolhas políticas realizadas refletem os anseios da sociedade, motivando a melhoria do convívio humano e garantindo o progresso coletivo. É neste panorama democrático e de expectativas que se deve observar o Processo Administrativo.

O Processo Administrativo, em seu sentido amplo, surge como o instrumento que justifica as ações, decisões e políticas estatais; serve, também, como meio para que os cidadãos possam provocar o Poder Público/Estado, solicitando explicações e demandando soluções a questões de interesse individual e/ou coletivo. Neste sentido, vale transcrever as lições de Paulo Modesto[25]:

> Essas leis gerais do processo administrativo, dedicadas a enunciar as normas básicas do modo de agir da administração pública, são consideradas em todo o mundo a *carta de identidade da administração pública*, o *núcleo do ordenamento jurídico administrativo*, o *estatuto fundamental da cidadania administrativa*. Esses adjetivos não são excessivos. Em geral, a disciplina abrangente do processo administrativo colabora para afastar da atividade administrativa o casuísmo e o excesso de subjetividade, assegurando à Administração meios para que sejam tomadas decisões legais, fundamentadas, objetivas e oportunas. As leis gerais de processo administrativo costumam assegurar a informação e a participação adequada dos interessados no processo de decisão administrativa, reduzindo, na medida em que asseguram maior transparência das razões de decidir, contendas desnecessárias nas vias judiciais. Nelas busca-se também fazer o detalhamento de formas inteligentes de atendimento à lei, voltadas antes ao cumprimento das finalidades legais do que a uma ordenação meramente formal, ritualística ou burocratizada da ação administrativa.

24 BARROSO, Op. Cit.

25 MODESTO, Paulo. A nova lei do processo administrativo. **Revista Pública e Gerencial,** Salvador, a. 2, v. 2, p. 50, jul. 1999.

O Processo Administrativo, lastreado na legalidade, aparece então como um instrumento de comunicação e diálogo dos cidadãos com o Poder Público, servindo para que os entes públicos possam receber, atender, entender, analisar e até julgar as pretensões da sociedade.

Infelizmente, na Carta Magna Brasileira de 1988, a referência ao Processo Administrativo somente consta no art. 5º, LV, no art. 41, § 1º, II, e no art. 247, parágrafo único, destacando-se basicamente que, nos Processos Administrativos, deverá ser respeitada a ampla defesa e o contraditório no aspecto formal; não há, portanto, no plano constitucional, uma maior valorização do Processo Administrativo como instrumento de implementação e construção da cidadania.

Mesmo considerando tal fato, infere-se, pela análise sistêmica e integrada da Carta Magna de 1988, especialmente em relação aos princípios retores da atuação da Administração Pública em geral (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – art. 37, *caput*, da CF/88), que o Processo Administrativo não deve ser entendido apenas como os processos sancionatórios e de cobrança instaurados pelos entes públicos (por exemplo: Processo Administrativo Disciplinar em face de servidores públicos, Processo Administrativo Tributário, Processo Administrativo de Imposição de Multas de Trânsito e outros), mas também que o Processo Administrativo se apresenta como meio para construção de uma nova forma de relacionamento do Estado com o cidadão, seja para justificar as opções políticas, amparar os atos administrativos exarados ou garantir uma abertura democrática de diálogo contínuo entre o Poder Público e a sociedade, como a seguir restará detalhado.

3 O Processo Administrativo como instrumento de legitimação das ações estatais

No âmbito do Direito Administrativo, há a lição clássica de que as escolhas políticas ficam dentro de uma esfera de discricionariedade dos governantes, não exigindo maiores justificativas dos gestores públicos.

Entretanto, esta visão da discricionariedade administrativa vem se reduzindo muito na atualidade[26]. A sociedade exige, continuamente, dos seus governantes e gestores públicos que justifiquem e demonstrem a efetiva necessidade da realização de obras, das escolhas das dinâmicas de prestação de serviços públicos e das formas de investimento do dinheiro público.

Cada vez mais a sociedade, consciente dos papéis e das funções do Estado, exige do Poder Público justificativas para a adoção de políticas públicas, com a aplicação dos recursos financeiros limitados existentes; ocorre agora a necessidade de demonstração da plausibilidade, da razoabilidade e da adequação da tomada de decisões políticas por parte dos governantes, que são continuamente fiscalizados por uma sociedade mais ativa e atenta, engajada com a promoção do bem-estar coletivo.

Neste sentido, o Processo Administrativo passa a ser utilizado pelos governantes como um instrumento básico e fundamental para justificação das políticas a serem implementadas.

Atualmente, os mais preparados e diligentes governantes e gestores públicos se preocupam em amparar suas decisões em estudos técnicos detalhados, em audiências públicas[27] realizadas de forma contínua e

26 Os atos discricionários são cada vez mais motivados, gerando a aplicação da Teoria dos Motivos Determinantes, como forma de controle de sua legalidade e adequação à ordem constitucional posta: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 211-212.

27 Sobre a participação popular no Processo Administrativo: NOHARA, Irene Patrícia. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. In: NOHARAN, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de

permanente, possibilitando a participação social ativa na elaboração das políticas públicas e na realização dos investimentos necessários.

Agora, os atos administrativos em geral, muitas vezes mesmo aqueles mais singelos e corriqueiros, exigem justificativas fundamentadas de caráter técnico e jurídico, demonstrando que estes atos, além de respeitarem a legalidade norteadora da atuação do gestor público, também têm legitimidade social e política. Neste sentido, adequada a lição de Bernardo Guimarães[28]:

> Atualmente, por certo o processo não se esgota num conteúdo de garantia de direitos dos cidadãos (seja de direitos de índole negativa, seja de índole positiva). Nos dias de hoje, o processo ocupa posição mais ambiciosa, servindo de garantia ao direito de participação dos cidadãos em todos os quadrantes da Administração (e não mais apenas nos atos com reflexos diretos sobre os particulares). Seu escopo é garantir a efetiva participação de toda a sociedade em todas as questões postas sob gestão da Administração (o que permite uma leitura bastante mais ampla da cláusula do devido processo legal, integrada com os pressupostos da democracia administrativa).

Tal fato denota que o Estado atualmente se utiliza do Processo Administrativo, com todo o seu cabedal probatório de diligências, de análises e de justificativas, para dar legitimidade às suas ações, demonstrando que os atos administrativos, geradores de decisões e investimentos do dinheiro público, são fruto de uma decisão coletiva e democrática que tem a participação ativa da sociedade. Atente-se à lição de Demian Guedes[29]:

(Coord.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 77-100; OLIVEIRA, Ocimar Barros de. A participação do administrado no processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 567, jan. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6217>. Acesso em: 1 abr. 2011.

28 GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A participação no processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. p 88.

29 GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 116-117.

> A adesão ao modelo de Estado de Direito – com a submissão do Estado ao Direito – imprime ao devido processo legal administrativo uma nota legitimadora de toda a ação do Poder Público. E essa legitimação, a ser alcançada no processo, só é possível se a atividade nele desenvolvida for também controlável e estiver ancorada numa reconstrução dos fatos comprometida com mais do que uma concepção formal e autoritária de verdade.

O Processo Administrativo deve ser democrático[30] ao servir como sustentáculo e justificação dos atos administrativos, garantindo a participação da sociedade na formatação das Políticas Públicas, com a proteção dos interesses públicos subjacentes em sociedades tão complexas como as da atualidade.

Enfim, o Processo Administrativo representa um evidente instrumento de legitimação das ações e dos atos administrativos em geral, dando às decisões políticas feição de evidente juridicidade e legitimidade; possibilita, assim, que a sociedade participe da gestão pública, entendendo, de forma democrática, as escolhas realizadas e atuando de forma ativa no processo de implementação das políticas públicas.

4 O Processo Administrativo como instrumento de garantia dos direitos fundamentais

Também, o Processo Administrativo deve servir para atender às demandas dos cidadãos, especialmente para implementação e garantia dos direitos fundamentais.

30 SCHIRATO, Vitor Rhein. O Processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 9-51.

Realmente, a Lei Federal nº 9.784/99, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e a Lei Estadual nº 11.781/00, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Pernambuco, por exemplo, estabeleceram uma série de princípios e regras retoras da forma como o Poder Público pode ser demandado administrativamente pelos cidadãos.

Dentre os relevantes princípios elencados nestas leis, vale destacar pelo menos os seguintes: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa do contraditório, segurança jurídica, impessoalidade e interesse público[31].

Através do Processo Administrativo e dos seus princípios, o Poder Público deve procurar atender o cidadão, aplicando as normas legais e constitucionais, buscando, principalmente, garantir e dar eficácia aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, que englobam, no moderno entendimento, os direitos individuais, coletivos, difusos, políticos, econômicos e sociais, representam a salvaguarda dos cidadãos contra abusos dos detentores do poder, seja no âmbito público ou no âmbito privado[32].

Como uma das suas principais missões constitucionais, o Estado/Poder Público deve sanar qualquer tipo de agressão a estes direitos fundamentais, garantindo a todos o direito de exercerem sua cidadania de forma integral. Em estudo, Egon Bockmann Moreira[33] bem destaca a

31 Sobre os princípios do Processo Administrativo, há algumas obras doutrinárias relevantes: MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo (Princípios Constitucionais e Lei 9.784/1999)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 406 p; HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 195 p; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784/ de 29/1/1999)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 417 p.

32 Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação no âmbito das relações privadas: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros , 2004. 327 p.

33 MOREIRA, Egon Bockmann. Princípio da eficiência – uma leitura operacional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)**. São Paulo: Malheiros , 2000. p. 363.

importância do Processo Administrativo para promoção da cidadania e garantia dos direitos fundamentais:

> É neste contexto que o procedimento (*administrativo*), quer em sentido jurídico, quer na perspectiva da Ciência da Administração, aparece valorizado como autônomo mecanismo de composição de interesses, de garantia democrática, com funções legitimatórias, como mecanismo de tutela dos cidadãos, como instrumento de racionalização e otimização de decisões, como operador extremamente relevante na realização dos direitos fundamentais.

Neste sentido, o Processo Administrativo deve ser um instrumento pelo qual o Poder Público, de ofício ou provocado pelos cidadãos, restabelecerá situações de fato e de direito que garantam, respeitem e imprimam eficácia aos direitos fundamentais.

Até mesmo, com a devida vênia, no caso de ser detectado que uma lei e/ou ato normativo estejam agredindo direitos fundamentais dos cidadãos, o Poder Público deve afastar a aplicação da norma, justificando esta atitude como forma de garantia dos direitos mais básicos dos cidadãos[34].

Novamente, frise-se que o compromisso do Poder Público é com os seus cidadãos, com a garantia dos direitos fundamentais e com a implementação de políticas públicas de caráter econômico e social, que gerem inclusão social, com proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, o Processo Administrativo, ao aproximar o Poder Público da sociedade, deve servir como meio de implementação e garantia dos direitos fundamentais e da cidadania, em respeito à Constituição e aos valores maiores que regem a atuação dos entes públicos.

34 O afastamento da aplicação de leis no âmbito do Processo Administrativo é temática bastante polêmica, envolvendo a discussão dos princípios da separação dos poderes e da supremacia constitucional, sobre este assunto: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. **Juridicidade *contra legem* no processo administrativo: limites e possibilitados à luz dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado , 2010. 349 p.

5 O Processo Administrativo como instrumento de resolução de conflitos

Atualmente, é relevante atentar que o Poder Público é o principal demandado perante o Poder Judiciário. Há milhões de ações judiciais[35] em tramitação em todo o Brasil contra atos administrativos, contra a inadequada prestação de serviços públicos e contra agressões perpetradas pelo Poder Público em face dos cidadãos.

Tal situação leva-nos a questionar por que o Poder Público é tão demandado perante o Poder Judiciário, sob o argumento geral de não cumprir a Constituição, a Lei e, ainda, agredir direitos fundamentais.

Até o presente momento, tenta-se promover mudanças legislativas, em especial no Código de Processo Civil, para fins de dar celeridade aos Processos Judiciais que tenham como parte os entes públicos; não se discute, entretanto, seja no plano jurídico ou político, quais as causas da existência de tantas e crescentes demandas judiciais em face do Poder Público brasileiro.

A questão deste excesso de demandas judiciais em face do Poder Público centra-se, principalmente, nas deficiências dos Processos Administrativos brasileiros, que não são instruídos de forma adequada.

Por exemplo, nos Processos Administrativos Previdenciários, a Previdência Social, diuturnamente, não explica de forma adequada ao cidadão as razões de fato e de direito que geram o indeferimento do pleito de concessão ou revisão do valor dos benefícios previdenciários. No mais das vezes, quando há manifestação formal e não omissão no atendimento, a resposta à pretensão do cidadão/segurado da Previdência

35 Acerca de estatísticas sobre esta matéria, atentar para relatórios do Conselho Nacional da Justiça Federal – "Justiça em Números". Disponível em:< http://www.cnj.jus.br>. Acesso: 01 abr. 2011.

Social vem estampada com uma Carta de Indeferimento que apenas cita dispositivos legais, sem haver um maior esforço administrativo de achar a verdade material envolta nas solicitações do segurado.

Já, nos Processos Administrativos Tributários, por seu turno, o Auditor Fiscal competente exara Notificações de Lançamento de Débito, muitas vezes, cobrando valores baseados em lançamentos por arbitramento[36] e com aplicação de multas excessivas, sem procurar avaliar com maior detalhamento a documentação apresentada por empresas; não há, muitas vezes, possibilidade fática e efetiva de o contribuinte apresentar novos elementos e/ou documentos não analisados pelo Auditor, que viabilizem a alteração e/ou nulificação do lançamento tributário efetuado.

Ainda, a título exemplificativo, em sede de Processos Administrativos propostos por servidores públicos, o Poder Público, – por meio dos seus gestores –, não busca diligenciar para encontrar a verdade material, acabando por negar aos servidores acesso aos lídimos direitos a que fazem jus, o que também ocorre muito em relação a Processos Administrativos de caráter disciplinar, quando as condenações administrativas à perda de cargos públicos ficam, muitas vezes, restritas a apenas provas testemunhais produzidas de forma unilateral.

Em todos estes tipos de Processos Administrativos, citados de forma ilustrativa, muitas vezes, há uma demora injustificável para uma decisão ser exarada; há também, fundamentações lacônicas de entendimentos baseados em interpretações literais de normas legais e/ou decretos e ordens de serviços que, não raras vezes, transbordam e agridem normas e princípios constitucionais aplicáveis.

36 "Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial." - (Lei Federal nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional)

Como fica evidente, diante de tantas situações de exclusão e de afronta aos valores constitucionais postos, o cidadão acaba por recorrer ao Poder Judiciário, com a expectativa de ver sanada a lesividade que entende ter sido perpetrada pelo Poder Público.

No ponto de vista do autor, poder-se-ia reduzir o excesso de demandas judiciais e a litigiosidade contra o Poder Público, a partir da valorização e adequação dos Processos Administrativos, estabelecendo-se uma nova base dialógica entre o Poder Público e os cidadãos.

O Processo Administrativo, em suas diversas modalidades, deve ser instaurado e ter andamento com respeito às leis e à Constituição. Não se identificam deficiências de caráter normativo na redação da Lei Federal nº 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nem na Lei Estadual nº 11.781/00, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Pernambuco; o que falta, realmente, é aplicação destas normas à luz do que prevê a Constituição[37].

O Gestor Público, ao dirigir e instruir o Processo Administrativo, deve ter em mente que este não está ali para defender nenhum governo específico, nem para atender aos interesses de nenhum tipo de grupo político, econômico ou social. Ao contrário, o compromisso do Gestor Público, no âmbito do Processo Administrativo, é resolver o conflito instaurado, aplicando a lei e, principalmente, a Constituição, afastando-se de uma interpretação mecanicista, literal e dogmática estrita do direito, para fins de garantir a solução da relação conflitual posta de forma imparcial e baseada nos valores e nos direitos fundamentais, que lastreiam a essência material da Carta Magna de 1988.

37 Sobre os problemas da aplicação da legislação afeta ao Processo Administrativo: SUNDFELD, Carlos Ari. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. In: NOHARAN, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Coord.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 1-12; DI PIETRO, Maria Sylvia. A lei de processo administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação. In: NOHARAN, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Coord.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 185-201.

Caso o Processo Administrativo seja adequadamente instruído e conduzido com respeito ao devido processo legal em seu sentido material[38] (garantia dos direitos fundamentais e respeito aos valores constitucionais, com a ampla possibilidade de instrução probatória), a decisão final a ser exarada no âmbito administrativo será dotada de plena juridicidade e constitucionalidade, restando compreendida por todos os agentes sociais, que perceberão a adequação das escolhas e dos atos administrativos exarados, reduzindo o nível conflitual.

Sem dúvida alguma, a superação da deficiência dialógica entre o Poder Público e os cidadãos, em geral, por meio de Processos Administrativos compromissados com a implementação dos valores constitucionais, acabará por gerar uma diminuição das demandas propostas perante o Poder Judiciário.

Por cautela, caso estas demandas judiciais não diminuam rapidamente, os Magistrados/Poder Judiciário, com certeza, irão compreender a nova dinâmica deste Processo Administrativo comprometido com a defesa da cidadania e de proteção do interesse público, chancelando judicialmente as decisões legítimas, legais e fundamentadas, constitucionalmente tomadas no âmbito da Administração Pública.

A implementação de um Processo Administrativo, como instrumento adequado para resolução de conflitos que tenham como parte o Poder Público, não necessita de alterações legislativas e/ou constitucionais, devendo ser uma postura nova a ser adotada pelos Gestores Públicos e pelos órgãos de fiscalização/controle (Ouvidorias, Procuradorias, Controladorias, Ministério Público e Tribunais de Contas), valorizando a compreensão do direito administrativo

38 Sobre o devido processo legal no aspecto material em sede dos Processos Administrativos: MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo (Princípios Constitucionais e Lei 9.784/1999)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 211-365; OLIVEIRA, Robson Mattos de; GRUNWALD, Astried Brettas. O devido processo legal como princípio constitucional do processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 289, 22 abr. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5118>. Acesso em: 30 mar. 2011.

lastreado em parâmetros constitucionais, e voltado à promoção de interesses públicos vinculados à defesa da cidadania e à promoção da dignidade da pessoa humana.

Como fica evidente, a redução de conflitos entre o Poder Público e a sociedade passa por uma adequação do Processo Administrativo, baseado na garantia de uma hermenêutica jurídica voltada à promoção dos princípios e dos valores constitucionais comprometidos com a garantia de uma cidadania real.

6 A necessidade da valorização da processualidade no âmbito administrativo

É notório que a mudança de postura dos administradores/gestores públicos, com a valorização do Processo Administrativo, implicará o estabelecimento de uma nova forma de relacionamento do Poder Público com a sociedade e os cidadãos em geral.

A valorização da processualidade administrativa[39] é necessária para implementação de uma ordem jurídica e constitucional justa, adequada e que busque o respeito aos direitos fundamentais na implementação da cidadania.

O Processo Administrativo, vinculado, aplicado e interpretado com base na Constituição e nos direitos fundamentais, provocará uma participação mais ativa dos cidadãos na vida pública, bem como uma melhor compreensão da sociedade, em geral, em relação aos atos administrativos e políticas públicas adotadas.

39 MEDAUR, Odete. Op. Cit, 167 p. Também, Cândido Rangel Dinamarco destaca a importância do Processo Administrativo no âmbito da processualidade e da Teoria Geral do Processo: "Depois, no trato da teoria geral os próprios processualistas civis passaram a interessar-se pelo processo administrativo seriamente e hoje não é mais lícito negar a sua inserção na teoria geral do processo. O poder exercido pela Administração através dele é o mesmo poder que os juízes exercem *sub specie jurisdictionis*.": DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 84-85.

A processualidade no âmbito Administrativo, lastreada pela Constituição, – ao servir para justificar os Atos Administrativos, as Políticas Públicas e as decisões administrativas exaradas –, conduz à previsibilidade, garante segurança, gera confiança e promove inclusão, com a garantia de uma ordem jurídica justa.

Inclusive, com base em um aprofundamento temático, propõe-se que o Processo Administrativo seja até mesmo readequado em sua nomenclatura para restar entendido como *Processo Administrativo Constitucional*[40], com o estabelecimento de um novo parâmetro relacional entre o Poder Público e a sociedade; tendo como seu fundamento a Constituição, os direitos fundamentais e a busca da dignidade da pessoa humana.

Assevere-se não poder existir política de governo que discrepe da ordem constitucional posta, e que não respeite os direitos fundamentais; sendo, portanto, o *Processo Administrativo Constitucional* um instrumento prático para definição de um novo papel do Estado perante a sociedade.

A confiança dos cidadãos, em um *Processo Administrativo Constitucional* justo e adequado, acabará, sem nenhum dúvida, por gerar mais estabilidade jurídica, maior equilíbrio social; servirá, assim, para promover a efetivação de uma cidadania real no Brasil, de uma forma mais integrada.

Assim, a processualidade e o Processo Administrativo, em suas diversas modalidades, devem ser valorizados como uma nova forma de estabelecer o relacionamento Poder Público – Sociedade – Cidadãos, delineando adequados contornos de equilíbrio social e redução de conflitos entre os entes públicos e os cidadãos.

40 Sobre a questão da nomenclatura e da relação Processo e Constituição: DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010. 453 p.

Conclusões

Ao findar do presente ensaio, são sintetizados os seguintes aspectos delineados e defendidos ao longo do texto:

1. Dentro da atual ordem constitucional posta, a presença, a atuação e a intervenção do Estado Social Democrático de Direito contemporâneo ainda é fundamental para implementação da cidadania, garantia dos direitos fundamentais e promoção da dignidade da pessoa humana, principalmente nas sociedades com desenvolvimento retardado como a brasileira.

2. O Processo Administrativo não pode ser visto apenas como instrumento sancionador, para imposição de penalidades.

3. O Processo Administrativo deve ser um instrumento para justificar as ações estatais (atos administrativos e políticas públicas); não há mais espaço constitucional para atos administrativos de caráter puramente discricionário, sem nenhum tipo de motivação.

4. O Processo Administrativo deve ser também um instrumento para promoção e garantia dos direitos fundamentais, sendo um meio de efetivação da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

5. Com um Processo Administrativo constitucionalmente adequado, haverá, com certeza, a redução de conflitos a serem submetidos ao Poder Judiciário, que envolvam o Poder Público.

6. A valorização da processualidade no âmbito administrativo é necessária para a construção de uma cidadania real, no Brasil, estabelecendo uma nova base dialógica entre o Poder Público e a sociedade, lastreada em valores e princípios constitucionais.

7. A implementação de um efetivo *Processo Administrativo Constitucional* não necessita de alterações legislativas e/ou constitucionais, bastando haver a implementação das leis já existentes (Lei Federal nº 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e Lei Estadual nº 11.781/00, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Pernambuco), lastreada nos princípios e nos valores constitucionais postos, com o compromisso dos gestores públicos de dar plena eficácia aos direitos fundamentais, à dignidade da pessoa humana e aos valores constitucionais maiores, para promoção da cidadania e defesa dos legítimos interesses públicos no âmbito das diversas modalidades de Processos Administrativos.

Enfim, este proposto *Processo Administrativo Constitucional* busca valorizar a relação Poder Público – Sociedade – Cidadão, estabelecendo uma nova dinâmica de efetivação dos Direitos Constitucional e Administrativo, na resolução de conflitos, na justificação de atos administrativos e de políticas públicas, baseado nos princípios e valores constitucionais maiores para a construção de uma cidadania efetiva e real no Brasil.

Administrative brazilian process and citizenship

Abstract

The paper shows the importance of the Administrative Process to implementation of citizenship, to legitimize the actions of the government, to guarantee fundamental rights, and to solve conflicts in Brazilian State.

Key-words: Administrative Process. Citizenship. Constitution.

Referências

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 274.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. **Juridicidade** *contra legem* **no processo administrativo: limites e possibilitados à luz dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 349.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 430.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 217.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784/ de 29/1/1999)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 417 p.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. 176 p.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. 230 p.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 1999. 181 p.

_____. **O valor da constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 413 p.

_____. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010. 453 p.

FERNANDES. Luciana de Medeiros. **Soberania & processos de integração: o novo conceito de soberania em face da globalização**. Curitiba: Juruá, 2002. 298 p.

FRANÇA, Reginaldo de. **Fiscalização tributária:** prerrogativas e limites. Curitiba: Juruá, 2003. 259 p.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 383 p.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia:** uma reavaliação da presunção de veracidade. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 171 p.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 78 p.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 195 p.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. 34 p.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. 120 p.

LASSALLE, Ferdinand. 6. ed. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40 p.

LEAL, Rogério Gesta Leal; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de (Coord.). **Direitos sociais e políticas públicas:** desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. 264 p.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado:** cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 247 p.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 240 p.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 167 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784/ de 29/1/1999)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 417 p.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. 176 p.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. 230 p.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 1999. 181 p.

_____. **O valor da constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 413 p.

_____. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010. 453 p.

FERNANDES. Luciana de Medeiros. **Soberania & processos de integração: o novo conceito de soberania em face da globalização**. Curitiba: Juruá, 2002. 298 p.

FRANÇA, Reginaldo de. **Fiscalização tributária:** prerrogativas e limites. Curitiba: Juruá, 2003. 259 p.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 383 p.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia:** uma reavaliação da presunção de veracidade. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 171 p.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 78 p.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 195 p.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. 34 p.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. 120 p.

LASSALLE, Ferdinand. 6. ed. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40 p.

LEAL, Rogério Gesta Leal; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de (Coord.). **Direitos sociais e políticas públicas:** desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. 264 p.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado:** cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 247 p.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 240 p.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 167 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 110.

MENDONÇA, Kylce Anne Pereira Collier de. **Argumentação, termos jurídicos indeterminados e discricionariedade na administração pública brasileira**. Recife: mimeografo – UFPE, 2004.

MODESTO, Paulo. **A nova lei do processo administrativo**. Revista Pública e Gerencial, Salvador, a. 2, v. 2, p. 50, jul. 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 104 p.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo (Princípios Constitucionais e Lei 9.784/1999)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 406 p.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos (Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo)**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. 746 p.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. 263 p.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 354 p.

NOHARAN, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Coord.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. 297 p.

NUNES, António José. Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rido de Janeiro: Renovar, 2003. 140 p.

OLIVEIRA, Ocimar Barros de. A participação do administrado no processo administrativo. **Jus Navigandi,** Teresina, a. 10, n. 567, jan. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6217>. Acesso em: 1 abr. 2011.

OLIVEIRA, Robson Mattos de; GRUNWALD, Astried Brettas. O devido processo legal como princípio constitucional do processo administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 289, 22 abr. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5118>. Acesso em: 30 mar. 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 727 p.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 260 p.

SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 153, p. 163-191, jan./mar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152 p.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493 p.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. 327 p.

SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)**. São Paulo: Malheiros , 2000. 391 p.

VIEIRA, José Ribas (Coord.). **A Constituição Européia:** o projeto de uma nova teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 272 p.

VIEIRA, José Ribas. **A cidadania: sua complexidade teórica e o direito**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/vieira_cidadania_ teorica_direito.htm>. Acesso em: 01 abr. 2011.

YAZBEK, Maria Carmelita. **Classes subalternas e assistência social**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2003. 184 p.

Referência deste artigo

SANTOS, Marcos André Couto. Processo administrativo brasileiro e cidadania. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 415-442, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 18 abr. 2011. Aprovado em: 26 maio 2011.*

Os princípios processuais e seu poder de legitimação: uma análise a partir de sua carga ideológica (ou como observá-los além da superfície)[1]

Rodrigo Tenório Tavares de Melo
Servidor Público Estadual (Técnico Judiciário). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Pós-graduado *(lato sensu)* em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE.

Resumo

Analisa-se a utilização dos princípios enquanto meios legitimadores da atividade processual e como instrumentos ocultadores da ideologia existente no processo. Discute-se também a principiologia delineada pelos teóricos do direito processual, o ideal racional e ideológico e a questão do processo e sua neutralidade, imparcialidade e a busca pela verdade, certeza e segurança. Na metodologia, mediante análise crítica, adotou-se pesquisa e revisão bibliográfica, confrontando as obras com o tema. Verifica-se, por fim, que o processo é permeado por diversos matizes ideológicos, dos quais se procura, sem sucesso, manter distância científica e, para tal fim, os princípios são utilizados como instrumentos isoladores.

Palavras-chave: Princípios Processuais. Racionalidade. Ideologia. Legitimação.

1 O presente artigo, com algumas e pouquíssimas alterações, foi apresentado como requisito parcial para obtenção do título de pós-graduado *lato sensu* (especialista em Decisão Jurídica) em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, sob orientação do Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia Farias.

1 Introdução

Um dos principais meios de concreção do direito é o processo, através do qual as pessoas procuram solucionar os litígios que surgem na/da convivência social. E é nesse âmbito, o processual, que os juristas, em sua atividade profissional, costumam se utilizar de uma argumentação baseada em um conjunto de princípios. É exatamente acerca das funções desses princípios no sistema processual o que nós pretendemos discutir neste trabalho.

O sistema processual costuma pautar-se por um ideal de racionalidade, no qual os princípios exercem um papel importante, pois é partindo deles que o jurista acredita agir de maneira imparcial, neutra, racional, sempre à procura da verdade, da justiça, do bem-estar social e da segurança jurídica. Ademais, as partes estariam em pé de igualdade e o processo utilizado seria o devido.

Tendo isso em vista é que partimos para os questionamentos deste trabalho: será que o processo é realmente racional? A conduta do operador do direito é neutra, imparcial, racional, sem sofrer nenhuma influência ideológica que seja? Será que no processo, e só por meio dele, chega-se à verdade, à justiça e à segurança jurídica, ou tudo isso não seria uma grande ilusão? O jurista exerce um trabalho eminentemente técnico ou será que há algo de político também?

Responder a essas perguntas é o ponto de partida de nossos questionamentos, cujo principal objetivo é saber qual a função da utilização de toda uma principiologia nesse contexto, ou seja, se os princípios são apenas usados como se diz que são (como meios interpretativos, integrativos, normativos) ou se eles têm algum tipo de aplicação implícita. E também saber se essa última aplicação, se realmente existente, serve como um instrumento de legitimação e de preservação do processo, do Judiciário e do direito.

Para isso, nossa análise, de início, conduziu-se por uma pesquisa e revisão bibliográfica (análise de livros e de artigos), não deixando de fazer um cotejo das obras entre si e entre essas e o tema proposto, filtrando tudo isto por uma interpretação e exame que procurou ser crítico.

Com isso em mente, discutem-se, primeiro, os princípios delineados no direito processual e de que forma eles são caracterizados e aplicados no processo, ou seja, basicamente de que forma os juristas se apropriam dessa principiologia. Em seguida, procura-se discutir o ideal racional existente no processo e como a ideologia poderia influenciar tal racionalidade, além de se questionar se o processo seria realmente um produto da razão. Por fim, passamos a discutir a utilização dos princípios enquanto meios de legitimação e afirmação do processo, do Judiciário e do direito.

2 Os princípios processuais

O direito processual civil, assim como acontece com todos os ramos do direito, está perpassado por uma plêiade de princípios regedores. E não poderia ser diferente, já que no atual momento em que vivemos ocorre uma verdadeira mudança de paradigma, no qual as regras, outrora verdadeiros nortes dos operadores do direito, passam a ser suplantadas pelos princípios. É o que se chama de principiologização do direito, principalmente no que concerne à Jurisdição Constitucional e ao "neoconstitucionalismo" (ou pós-positivismo) – (STRECK, 2006, *passim;* DIDIER JR., 2008a, p. 27).

Como já dito, vários são os princípios que regem a teoria geral do processo civil e que servirão de base, quando do manejar processual, para os diversos aplicadores do direito (advogados, membros do Ministério Público, juízes, etc.). Tendo tudo isso em vista, passaremos a tecer alguns comentários acerca dessa principiologia orientadora.

A doutrina, pelo menos boa parte dela, discorre acerca dos chamados princípios informadores ou informativos do processo[2]. Tais preceitos, segundo essa mesma doutrina, "dão forma e caráter aos sistemas processuais". (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 52). Ademais, eles têm, além de uma conotação técnico-jurídica, reflexos nos âmbitos ético, social e político (CINTRA *et alii, idem*).

O objetivo de tais princípios é auxiliar o jurista na sua tarefa diária, de intérprete e aplicador[3]; "pois, em face da interpretação da lei, a solução será sempre encontrada com o auxílio de princípios que se constituem no substrato de toda a ciência processual" (SANTOS, 2006, p. 38). Assim, o operador, pautado em questões principiológicas, atuará na análise dos casos concretos.

É preciso dizer ainda que tais princípios apresentam-se hoje com uma carga valorativa maior do que já tinham, pois além de serem vetores de um determinado campo do direito, eles passam a ser filtrados por normas constitucionais, carregando consigo valores relativos a direitos fundamentais protegidos pela Constituição. E conforme afirma Didier Jr. (2008a, p. 29),

> Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada[4], tiram-se as seguintes consequências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicando o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, "na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais".

2 Cf., por todos, CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 52-79.

3 Não se pretende aqui discutir se a interpretação e a aplicação são momentos diferentes na cognição de um caso concreto ou se são faces de uma só compreensão. Para maiores discussões acerca disso, cf. STRECK, 2006, passim.

4 Essa dimensão objetiva que o autor cita diz respeito a, nas suas palavras, "...valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos". (DIDIER JR., 2008a, p. 28). Há também uma dimensão subjetiva, que concerne a "...direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares..." (*idem, ibidem*).

Com essas premissas como ponto de partida, são delineados os mais variados princípios regedores do processo, tais como: princípio da imparcialidade do juiz; da igualdade processual; do devido processo legal (contraditório e ampla defesa); da livre investigação das provas (verdade formal e verdade real); da persuasão racional do juiz; da motivação das decisões judiciais; da publicidade; da lealdade processual; cooperação[5]; efetividade; e tantos outros[6].

Dentre esses princípios citados, podemos mencionar aqueles que mais dão sustentação à atividade processual e, por que não, "legitimidade" aos atos realizados no processo. Poderíamos dizer que se trata daqueles preceitos intangíveis – quase que considerados absolutos pelos operadores do direito – pois, sem eles, acredita-se que o processo, e, juntamente com este, seus atores/autores e até o próprio Poder Judiciário, não teriam a seriedade e a transparência necessária para a resolução dos casos concretos levados à discussão judicial.

Está a se falar de princípios regedores do processo no Estado Democrático de Direito (não que os outros não sejam), a saber: o da imparcialidade do juiz; o da igualdade processual; o do devido processo legal; os da verdade formal e real; e o da persuasão racional do juiz. Escolhemos esses em razão de sua força simbólica perante os operadores do direito e, por que não, perante a sociedade, pois eles representam bem o processo enquanto meio de busca da "verdade" e da "justiça". Além de não podermos nos esquecer da tão propalada segurança jurídica, bem maior que se defende "a unhas e dentes"[7].

5 Esse é um princípio pouco citado, que se refere à colaboração de todos (partes, advogados e juiz) para um processo mais célere e efetivo, ou seja, todos dialogam, tendo o magistrado o dever de esclarecer os fatos, consultar as partes acerca desses mesmos fatos e preveni-las acerca de possíveis falhas no processo. É como se fosse uma aplicação mais específica da verdade real (DIDIER JR., 2008, p. 58-62).

6 Para outros princípios, cf. CINTRA *et alii*, 2005, p. 52-79.

7 Para exemplificar bem isso, vemos a adoção, no Brasil, das Súmulas Vinculantes (Lei 11.417/2006), da súmula

A doutrina, pelo menos boa parte dela, discorre acerca dos chamados princípios informadores ou informativos do processo[2]. Tais preceitos, segundo essa mesma doutrina, "dão forma e caráter aos sistemas processuais". (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 52). Ademais, eles têm, além de uma conotação técnico-jurídica, reflexos nos âmbitos ético, social e político (CINTRA *et alii, idem*).

O objetivo de tais princípios é auxiliar o jurista na sua tarefa diária, de intérprete e aplicador[3]; "pois, em face da interpretação da lei, a solução será sempre encontrada com o auxílio de princípios que se constituem no substrato de toda a ciência processual" (SANTOS, 2006, p. 38). Assim, o operador, pautado em questões principiológicas, atuará na análise dos casos concretos.

É preciso dizer ainda que tais princípios apresentam-se hoje com uma carga valorativa maior do que já tinham, pois além de serem vetores de um determinado campo do direito, eles passam a ser filtrados por normas constitucionais, carregando consigo valores relativos a direitos fundamentais protegidos pela Constituição. E conforme afirma Didier Jr. (2008a, p. 29),

> Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada[4], tiram-se as seguintes consequências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicando o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, "na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais".

2 Cf., por todos, CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 52-79.

3 Não se pretende aqui discutir se a interpretação e a aplicação são momentos diferentes na cognição de um caso concreto ou se são faces de uma só compreensão. Para maiores discussões acerca disso, cf. STRECK, 2006, passim.

4 Essa dimensão objetiva que o autor cita diz respeito a, nas suas palavras, "...valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos". (DIDIER JR., 2008a, p. 28). Há também uma dimensão subjetiva, que concerne a "...direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares..." (*idem, ibidem*).

Com essas premissas como ponto de partida, são delineados os mais variados princípios regedores do processo, tais como: princípio da imparcialidade do juiz; da igualdade processual; do devido processo legal (contraditório e ampla defesa); da livre investigação das provas (verdade formal e verdade real); da persuasão racional do juiz; da motivação das decisões judiciais; da publicidade; da lealdade processual; cooperação[5]; efetividade; e tantos outros[6].

Dentre esses princípios citados, podemos mencionar aqueles que mais dão sustentação à atividade processual e, por que não, "legitimidade" aos atos realizados no processo. Poderíamos dizer que se trata daqueles preceitos intangíveis – quase que considerados absolutos pelos operadores do direito – pois, sem eles, acredita-se que o processo, e, juntamente com este, seus atores/autores e até o próprio Poder Judiciário, não teriam a seriedade e a transparência necessária para a resolução dos casos concretos levados à discussão judicial.

Está a se falar de princípios regedores do processo no Estado Democrático de Direito (não que os outros não sejam), a saber: o da imparcialidade do juiz; o da igualdade processual; o do devido processo legal; os da verdade formal e real; e o da persuasão racional do juiz. Escolhemos esses em razão de sua força simbólica perante os operadores do direito e, por que não, perante a sociedade, pois eles representam bem o processo enquanto meio de busca da "verdade" e da "justiça". Além de não podermos nos esquecer da tão propalada segurança jurídica, bem maior que se defende "a unhas e dentes"[7].

5 Esse é um princípio pouco citado, que se refere à colaboração de todos (partes, advogados e juiz) para um processo mais célere e efetivo, ou seja, todos dialogam, tendo o magistrado o dever de esclarecer os fatos, consultar as partes acerca desses mesmos fatos e preveni-las acerca de possíveis falhas no processo. É como se fosse uma aplicação mais específica da verdade real (DIDIER JR., 2008, p. 58-62).

6 Para outros princípios, cf. CINTRA *et alii*, 2005, p. 52-79.

7 Para exemplificar bem isso, vemos a adoção, no Brasil, das Súmulas Vinculantes (Lei 11.417/2006), da súmula

Assim, vamos a eles. O da imparcialidade é um verdadeiro dogma (todos devem acreditar), sendo considerado verdadeira garantia da jurisdição (SANTOS, 2006, p. 12); tanto é que a própria lei prevê casos em que o juiz deve se afastar em razão de uma possível parcialidade. São os casos de suspeição e impedimento (arts. 134-138, CPC). Dessa forma, o juiz, no processo, é o terceiro que está equidistante das partes e do caso a ele relatado nos autos e, por isso, ele tem a capacidade de julgar de forma imparcial/neutra, sem nenhum interesse na causa.

A Imparcialidade é uma verdadeira garantia de um processo justo e idôneo para as partes (CINTRA *et alii,* 2005, p. 54). Esses mesmos autores, inclusive, afirmam que as partes têm "...o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado [...] tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas" (*Ibidem,* p. 54). Esse princípio mostra-se de importância nodal para a legitimidade processual.

Um outro de suma importância é o da igualdade entre as partes, pois, no processo, ambas terão ao seu dispor os mais diversos instrumentos possíveis de serem utilizados no andamento processual. É o que se chama de paridade de armas, pois é necessário que todos tenham as mesmas oportunidades dentro do processo, fazendo "valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ações, deduzindo resposta..." (DIDIER JR., 2008a, p. 44-45).

Tal isonomia se subdivide em formal e substancial. A primeira, concernente à igualdade jurídica, prevista em lei[8], e a segunda, relativa àquela máxima aristotélica repisada a todo momento: "tratar os iguais na medida de sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade". Tudo tendo em vista a ideia de proporcionalidade (CINTRA *et alii,* 2005, p. 55-56).

impeditiva de recursos (art. 557, CPC, dentre outros) e o julgamento simultâneo de recursos múltiplos (arts. 543-B e 543-C).

8 Art. 5º, CF/88; art. 125, CPC, dentre outros.

O do devido processo legal, em seus dois matizes, contraditório e ampla defesa, é "a menina dos olhos" do processo. Esse não pode ser considerado válido se não for respeitado o devido processo legal (ou *due process of law*). Há até quem o chame de norma-mãe (DIDIER JR., 2008a, p. 30), pois seria a base de tudo. Tal preceito se relaciona à noção de que o processo deve ocorrer sendo observadas todas as regras para o seu correto andamento, ou seja, que o processo formalmente previsto seja aquele efetivamente concretizado no dia a dia do fórum[9].

Em sua primeira face, o contraditório, as partes devem sempre ser chamadas para atuar em razão de questões trazidas aos autos, isto é, se uma ação é proposta, alegando-se uma série de coisas, faz-se necessário que o outro seja chamado para que se defenda. Assim, deve-se abrir oportunidade para que todos os envolvidos se manifestem sobre os temas ali discutidos, demonstrando suas teses. Em sua segunda face (complementar da primeira, assim como essa é complementar da segunda), a ampla defesa concerne à ideia de que as partes poderão se utilizar das mais amplas possibilidades de defender o direito pretendido, ou seja, utilizar-se dos vários meios de defesa admitidos em direito e apresentar as alegações que achar pertinentes.

A livre investigação das provas, verdade formal e verdade real, consiste no fato de o juiz ter a liberdade de apreciar as provas colacionadas aos autos, não havendo nenhum tipo de hierarquia entre elas para que com isso chegue a uma convicção acerca do caso. Na doutrina tradicional (CINTRA, 2005, p. 65-68), diz-se que o juiz, ao apreciar as provas, chegaria ou à verdade formal ou à verdade real. Contudo, a real só se alcançaria no processo penal, enquanto a formal adviria no processo civil (*Ibidem,* p. 66-67).

A verdade formal consiste na exatidão dos fatos de acordo com o que consta nos autos, quer dizer, o que foi trazido ao processo pelas

9 A doutrina sustenta que além de um viés formal, o devido processo legal teria também um viés material, consubstanciado no princípio da proporcionalidade. Por todos, cf. DIDIER, 2008a, p. 33-39.

partes é que vai servir ao juiz como material para a busca da "conclusão correta" acerca do litígio. A verdade real vai mais além, pois se trata da verdade buscada também fora dos autos. Em outras palavras, o juiz não se contenta com as provas trazidas pelas partes e busca a produção de outras provas para a melhor resolução do caso, mais próxima da "realidade".

Por fim, a persuasão racional do juiz. Quanto a este, o julgador, não aprecia e conclui a causa de qualquer modo, a seu bel-prazer. O juiz deve seguir, como o próprio nome indica, uma certa racionalidade. Tal princípio nasceu no âmago da Revolução Francesa e das ideias iluministas (CINTRA *et alii*, 2005, p. 69) como forma de evitar os absurdos ocorridos anteriormente, nos quais as pessoas eram julgadas sem nenhum tipo de critério "racional".

Como bem afirmam os professores Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 69),

> [...] o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais [...]

Portanto, esses são, basicamente, os mais importantes princípios utilizados pelos operadores do direito. Por meio deles, os juristas chegam às mais diferentes conclusões, tudo em prol da justiça, da verdade e da segurança jurídica. Tendo isso em vista é que nos perguntamos: será que, realmente, sempre que se utiliza de toda essa principiologia, o jurista invariavelmente chegará à verdade e à justiça do caso concreto e, por conseguinte, levará a segurança jurídica às relações sociais? E as decisões são sempre racionais acima de tudo?

É para responder a essas perguntas, se elas são verdadeiras ou se os princípios servem muito mais para legitimar uma decisão, o processo e o próprio Judiciário, que nós levantaremos as próximas questões a serem debatidas nos dois itens seguintes.

3 Racionalidade, ideologia e direito processual (o processo como produto da razão?)

No Direito, aí também incluso o processo, trabalha-se muito com a ideia de racionalidade. Tanto é assim que o juiz exerce o ato decisional por meio de uma "persuasão racional", ou seja, ele, assim como todos que interagem no processo, utilizar-se-ia de um método racional de fazer direito.

Essa ideia de racionalidade, existente até hoje na teoria e prática do direito, surgiu em meados dos Séculos XVII e XVIII, momentos ápices do Iluminismo e do Humanismo. Nesses momentos, o homem tenta se libertar das amarras existentes até então, muito em razão do rompimento com o antigo regime, o absolutismo. Para isso, procurou-se separar de todos os resquícios do antigo regime, ou seja, a

> [...] luta contra o passado, contra a tradição – tida como sendo a cultura medieval -, levada ao extremo, como depois se viu com DESCARTES, pretendeu tornar-se a precondição para que o indivíduo, descontextualizado de seu meio cultural, valendo-se do poder da razão, pudesse descobrir a verdade (SILVA, 2003, p. 349).

No Direito, tal busca pela pureza não foi diferente, como se vê pelo surgimento de diversas Escolas Jurídicas, pautadas por um ideal positivista e, claro, racional. A Escola da Exegese[10] é um bom exemplo, já

10 Além dessa, várias outras escolas jurídicas surgiram tendo esse ideal positivista/científico como objetivo. E nesse sentido, podemos citar a Jurisprudência dos Conceitos, o Pandectismo, a Escola Analítica, dentre outras. Para uma melhor análise acerca das teorias propostas por essas escolas, cf. BITTAR *et alii.*, 2004, p. 328-334.

que defendia que o papel do juiz não era interpretar, mas unicamente aplicar a lei ao caso concreto. E ao aplicá-la de forma apropriada, ele, sem dúvidas, acharia a decisão certa, pois o legislador, ao fazer a lei, teria pensado em todos os casos que poderiam eventualmente surgir. Até porque "essa antropologia científica parte de uma visão silogística: todo juiz ética e tecnicamente preparado decidirá da mesma maneira" (ADEODATO, 2009, p. 78).

É nada mais do que a busca da verdade absoluta, sem espaço para relativismos de qualquer tipo. E é exatamente nesse contexto que se estrutura toda a teoria do processo. Ele é o meio racional para se buscar a verdade e com isso realizar a tão propalada justiça. O processo não pode permitir abertura para discussão de questões políticas, pois nele são debatidas apenas questões técnicas, cientificamente neutras e livres de qualquer tipo de influência externa ou de subjetivismos das pessoas que nele atuam. Dessa forma, o juiz se utiliza de toda sua racionalidade, as partes estão em pé de igualdade e o objetivo é a verdade (formal ou real).

Para essas teorias, direito e lei são sinônimos. O juiz nada mais é do que um aplicador, ele executa e não está apto a interpretar. O legislador, onisciente que é, faz as leis e o juiz nada mais faz do que aplicar o direito ao caso concreto. Para eles, o judiciário seria "um mal necessário. Daí que o método hermenêutico deve ser o mais literal, e a interpretação, a mais declaratória possível. Os aplicadores do direito apenas o reconhecem, jamais criam direito novo [...]" (ADEODATO, 2009, p. 79).

Contudo, toda essa racionalidade sofreu um grande baque em fins do Século XIX e, principalmente, durante o Século XX. Trata-se de mudanças no pensamento, que alguns vão chamar de "descentramento do sujeito" (HALL, 2002, p. 34 e seg.). O antes inquebrantável indivíduo passa a se "fragmentar". Ele já não é analisado como um ser unicamente

racional, livre de paixões, emoções e qualquer tipo de envolvimento. O ser humano passa a ser concebido como um ser envolto de características que o influenciam, que não podem dele ser apartadas.

A razão, em sua concepção europeia, passa a ser bastante contestada pelos teóricos, no que Hall (2002, p. 34) vai chamar de "rupturas nos discursos do conhecimento moderno". Essas rupturas trazem consigo todo um aparato de desconstrução do sujeito racional e, acima de tudo, de seus conhecimentos científicos racionais e puros, dentre eles o direito.

Essa quebra da ilusão na pureza científica, principalmente no que concerne às ciências sociais, vem atrelada basicamente à construção de teorias acerca do ser humano e de sua relação com o meio social em que está inserido. Dentre essas está a noção de ideologia, trazida por Marx, pela qual se demonstrou que por trás do rigorismo científico e racional das teorias até então vigentes existia todo um contexto sócio-político-econômico (CHAUÍ, 2000). Além dessa, costuma-se citar a ideia de inconsciente trazida por Freud, pois por meio dela se constatou que a nossa consciência é, muitas vezes, "...dirigida e controlada por forças profundas e desconhecidas que permanecem inconscientes e jamais se tornarão plenamente conscientes e racionais" (CHAUÍ, 2000)[11].

Ademais, Stuart Hall (2002, p. 40-46) cita outras situações que trouxeram uma desestruturação na concepção racional do sujeito moderno. Além das duas já citadas, ele traz como pontos de desequilíbrio da racionalidade a "viragem" linguística, a ideia de poder em Foucault e o feminismo. Com a "viragem" linguística, que teve início nos estudos de Ferdinand de Saussure, tendo sido continuada por outros linguistas e filósofos, percebeu-se que a língua, ao ser utilizada por alguém, não contém apenas os significados que essa pessoa queria transmitir quando dela se utilizou. Na verdade, a língua já vem com todo um aparato sig-

11 Marilena Chauí (2000) traz outros fatos que abalaram a noção de razão conhecida até aquele momento. Foram inovações ocorridas na física, na lógica, na antropologia e em outras esferas do conhecimento. Contudo, essas mudanças não serão aqui debatidas para que não fujamos do objetivo perseguido neste trabalho.

nificatório incrustado nela em razão das significações já atribuídas por uma dada cultura. Ou, como queira Hall (2002, p. 40),

> Falar uma língua não significa apenas expressar nossos pensamentos mais interiores e originais; significa também ativar a imensa gama de significados que já estão embutidos em nossa língua e em nossos sistemas culturais.

Diante disso, notou-se que nem a linguagem é neutra, estando influenciada pelo uso que se fez e que se faz dela por uma dada sociedade. Assim, a pessoa quando se comunica, utilizando-se de sua língua, não se isola do contexto histórico-social (tempo e espaço) em que vive. Nem quando discute o objeto cientificamente. E muito menos no que concerne ao direito.

O outro ponto citado por Hall (2002, p. 41) adveio da teoria sobre o poder de Foucault. Mais precisamente, a teoria do "poder disciplinar", por meio do qual são criadas instituições coletivas (sanatório, prisões etc.) com o objetivo de isolar aqueles indivíduos que não se coadunam com os anseios da sociedade em que vivem. E por último, o feminismo[12], que, segundo aquele autor, levantou diversas questões, principalmente as relativas à vida social (2002, p. 45). Quanto a esses dois marcos, é preciso dizer que não desceremos a mais detalhes, focando nossos comentários apenas nos primeiros: o inconsciente; a linguagem; e, principalmente, a ideologia.

Diante de tudo isso, viu-se que é impossível tentar neutralizar, naturalizar, purificar os atos praticados pelo ser humano, inclusive os relativos às ciências, como as humanas. E se torna mais difícil ainda quando da prática dessa ciência, como no direito também. Quer dizer, se é tarefa de extrema dificuldade isolar um saber científico do meio em que

12 Além do feminismo, vários outros movimentos importantes surgiram na mesma época, a década de 60. Foram movimentos de contestação à guerra e ao conservadorismo, que teve por estopim a revolta estudantil na França de 1968 (HALL, 2002, p. 44 e seg.).

está envolto, imaginemos como é tentar separar a atividade concreta, exercida na prática por um juiz em relação ao processo em que atua. Deveria ser mais que impossível, deveria ser impensável.

Contudo, parece que o ser humano utiliza esses mecanismos para demonstrar a possibilidade de ser cem por cento isento, livre de quaisquer amarras e, com isso, legitimar-se perante os anseios de seus destinatários. No caso do direito, as partes e a sociedade. Passemos adiante, pois essa discussão agora levantada será mais bem abordada no próximo item.

Assim, percebeu-se que as pessoas não vivem estancadas umas das outras e nem do meio em que vivem. Além do que, nem cientificamente (ou se utilizando da razão científica) poderiam atuar de forma pura, neutra, sem ideologias. Diga-se isso principalmente quanto ao Direito, "ciência" humana que é.

Diante de tudo isso, concentremo-nos no direito e, com maior afinco, no processo. Como se demonstrou, o direito procurou se distanciar das falibilidades humanas. Assim, o processo (instrumento maior da racionalidade), produto da razão que é, não poderia nunca se contaminar com os possíveis vícios advindos das influências humanas. Por conseguinte, o juiz, ao atuar no processo, deveria se revestir com sua "capa de super-homem" e daí trazer a solução correta e verdadeira para as partes litigantes. Mais uma vez se diga, mais que impossível, é inimaginável.

Antes de avançarmos mais, é preciso deixar claro que não estamos aqui a dizer que o processo e o atuar processual não são racionais. Não é isso. Claro que eles são racionais, já que seguem um todo ordenado e compreensível, pelo menos é o que se espera, facilitando a vida de quem com ele tem contato. O que se critica é o racionalismo exacerbado, absoluto, livre de qualquer tipo de eventualidade e interferências, ou seja, a razão pela razão.

Diante dessas premissas, continuemos. Assim, o processo não é esse instrumento neutro, imparcial e tecnicamente apto a apontar a solução correta e verdadeira, como querem os operadores do direito. Dentro de um processo ocorre uma série de complexidades que vão além de meras questões técnico-jurídicas e em razão disso é que ele envolve problemas dos mais variados tipos. São questões ideológicas, linguísticas, políticas, pressões sócio-econômicas e, até mesmo, do inconsciente, que influenciam as convicções de cada um dos sujeitos do processo, dentre eles o juiz.

Em primeiro lugar, o direito é um fenômeno discursivo, dialógico, linguístico e é no processo que essas características são vistas com maior clareza. Diz-se isso, pois, no andamento processual, várias são as pessoas que intervêm, deixando cada uma sua contribuição no diálogo ali realizado e, diante disso, podendo influenciar na decisão judicial a ser tomada. Bittar (2001, p. 271) afirma ser esse discurso uma "comunicação dialógica indireta", pois ele é realizado por meio de documentos, de memoriais, de razões e outros tipos de texto escrito sobre os quais o juiz se debruçará para chegar a sua conclusão sobre o caso. Mas há algo mais além disso.

Além dessas influências intraprocessuais, há também as extraprocessuais. Ora, o discurso jurídico ali realizado, endoprocessualmente, não está separado do que acontece fora dele, extraprocessualmente. São várias as influências exteriores que são refletidas no interior do discurso jurídico, dentro do processo. E é exatamente por isso que não se pode concebê-lo como um instrumento neutro, puro, acima de tudo racional. E não se está aqui apenas a falar de influências aéticas, como a que envolve corruptores e corruptos. São influências da vida em sociedade, do meio em que foi criado e em que vive, da educação recebida, das ideologias criadas e defendidas acerca de um determinado tema, de questões políticas, sociais, econômicas e morais, ou seja, de tudo que foi introjetado e que se introjeta na mente e no desenvolvimento de um indivíduo.

E nesse sentido, Bittar é muito feliz ao enumerar as características do discurso jurídico (2004, p. 485): é linguagem técnica; é construído com base em experiências da vida ordinária; ocorre intraculturalmente; possui ideologia; exerce poder; além de ser performativo e de se utilizar de pressupostos lógico-deônticos.

Destacamos algumas delas. É técnica, pois é construída por todo um mecanismo (aparato) tecnológico próprio de um setor do conhecimento especializado, ou seja, a linguagem utilizada se especializou em relação à comum (*Ibidem,* p. 486), havendo inclusive palavras que no âmbito técnico-jurídico têm significados totalmente diferentes daqueles comumente existentes[13;14]. Mas não é por ser técnica que ela deixa de se misturar com questões não-técnicas, como já dito algumas vezes neste trabalho. E é neste ponto que entram as outras características de um discurso jurídico.

Ora, repise-se, ele não está estanque da vida social em que está inserido, pois é construído dentro de todo um contexto. E é por isso que ele ocorre tendo por base "experiências da vida comum" e "intraculturalmente", pois se torna impossível que uma dada decisão não esteja permeada por valores culturais, já que o ser humano, não sendo o operador do direito excluído disso, está incluído culturalmente/socialmente. A não ser que ele seja um ermitão. Mas nesse caso ele não estaria inserido na seara jurídica, propalando seus mais diferentes discursos "técnicos", porque direito é nada mais que uma construção cultural de uma dada sociedade.

Ademais, é ideológico e tem o poder em sua essência. E é nisso que reside basicamente a discussão aqui proposta. E pensamos ideologia como a manutenção do estado das coisas, como a "naturalização" do

13 Um exemplo é a palavra competência, que, no âmbito comum, tem o sentido de aptidão para se fazer algo; enquanto no seio jurídico, significa a possibilidade de um juiz poder ou não atuar num determinado processo.

14 Eduardo Bittar (2004, p. 486) bem afirma que nem sempre o discurso jurídico tem linguagem técnica, mas não deixa de ser jurídico, como é caso de depoimentos testemunhais e das partes.

momento em que se vive (SILVA, 2004, p. 16 e seg.), sem possibilidade de mudanças, ou seja, aquilo está assim porque é assim, não tem jeito, não há solução. Mas vemos ideologia também num outro sentido, que na nossa visão não invalida o anterior. Ideologia também seriam as convicções que um indivíduo tem acerca de questões políticas, sociais, morais, ou seja, com seu modo de ser e de pensar.

E o direito é pródigo na ideologia enquanto naturalização das coisas. São as tradições, os rituais, a burocracia, o requinte, a linguagem rebuscada, o "endeusamento" de juristas, com suas teorias incontestáveis e absolutas[15], além de tantas outras peculiaridades. E no processo é que essas particularidades ficam mais cristalinas, até porque "esta 'naturalização' da realidade tem uma extraordinária significação", sendo, até mesmo, "um dos pilares do sistema" (SILVA, 2004, p. 16).

Para corroborar o que até aqui afirmamos, não podemos deixar de citar o que dizem Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida (2004, p. 487-488):

> O discurso jurídico é ideológico porque pressupõe decisões, e também porque dessas decisões não se podem excluir fatores políticos, socioculturais, econômicos, históricos..., de modo que a pretensa estrutura límpida e cristalina, desprovida de paixões, sobretudo inspirada em ideais racionalistas (escalonamento normativo, interpretação como prática de aclaração da norma...), não deixa de apresentar-se como um movimento contínuo em dialética interação com os fatos sociais. Não se pode deixar de denunciar o fato de que o discurso jurídico é um discurso carregado de opções, e que, portanto, agrega valores, impõe condutas, conduz instituições, movimenta riquezas, opta por visões de mundo, e que, portanto, sustenta uma ideologia.

15 Atualmente, esse "endeusamento" parece mudar de foco. Dos autores/doutrinadores, passa-se a colocar em pedestal as decisões dos Tribunais Superiores, principalmente do STF, inclusive criando-se mecanismos de não-contestação, como o é a Súmula Vinculante.

Diante de tudo isso que aqui já se explanou, será que ainda podemos dizer que o direito, o processo e uma decisão judicial são absolutamente racionais? Produtos da mais alta técnica jurídica, permeados de uma racionalidade sem tamanho, que faz com que o operador se superponha a tudo e a todos, e com isso chegue à solução justa e verdadeira?

Não cremos nisso. Nem mesmo Hans Kelsen, que conhecemos, ainda na faculdade, como um positivista extremo, acreditava nisso, afirmando que o juiz, quando decide, pratica um ato de vontade, político, discricionário, podendo chegar às mais diversas soluções (1995, p. 393-395).[16]

Ora, como poderia alguém, envolto que está em uma série de influências dos mais variados tipos (política, social, cultural, histórica, econômica, linguística, religiosa, etc.), não ser afetado pelo meio em que está inserido. Inclusive, Bittar e Almeida, no trecho acima citado, afirmam que em só haver uma decisão, essa já seria ideológica. E nisso não podemos discordar deles, já que decidir é estar encaixado culturalmente.

E o processo, em toda sua ideologia, exala poder. Principalmente em seu ato principal, a decisão. O juiz nada mais faz do que impingir seus pontos de vista, ou seja, faz-nos acreditar que eles são os corretos e carregados da "verdade verdadeira" acerca da solução do caso levado a litígio. Quanto a esse problema, Foucault (1999, p. 31-32) afirma que o direito deve ser visto não pelas relações de soberania e obediência, que costumeiramente são discutidas pelos juristas, e sim pelas de dominação e sujeição. Quer dizer, o direito é um dos principais veículos do poder e dominação existente nas relações sociais e isso ele faz mediante o processo, mediante a decisão, utilizando-se dos atores processuais – partes e juiz – (*Ibidem*, p. 31-32)[17].

16 Kelsen e seus discípulos defendiam que o texto da lei seria uma moldura, da qual se retirariam as decisões corretas, já separadas das incorretas, não sendo tarefa do jurista discutir qual a mais justa ou melhor, já que todo resultado seria justo, pois retirado da moldura (ADEODATO, 2009, p. 79-80).

17 "...o direito (e quando digo o direito, não penso somente na lei, mas no conjunto dos aparelhos, instituições, regulamentos, que aplicam o direito) veicula e aplica relações que não são relações de soberania, mas relações de dominação" (FOUCAULT, 1999, p. 31).

Foucault (*Ibidem*, p. 32) afirma ainda:

> O sistema do direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfas. O direito, é preciso examiná-lo, creio eu, não sob o aspecto de uma legitimidade a ser fixada, mas sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática.

Tendo isso em vista, percebe-se que o filósofo francês tem razão. Os juristas, quase sempre, procuram ater-se ao que se chama de campo técnico-jurídico e chegam a afirmar, no dia a dia, que não querem entrar em discussões políticas. Tal conclusão ou é ilusão ou é má-fé. Mostra-se tarefa difícil discutir direito apenas tecnicamente, por tudo que já se discutiu aqui. O jurista não é inerte ao que acontece a sua volta, e em seu discurso jurídico ele vai demonstrar bem isso, trazendo, em seu bojo, os seus próprios anseios e o das outras pessoas com quem convive.

Diante de tudo isso, fica difícil acreditar na racionalidade do direito, do processo e das decisões judiciais. Na verdade, parece que o uso desse ideal racional serve muito mais como um escudo para encobrir as possíveis discussões que poderiam ser levantadas acerca da legitimidade do Judiciário e de seus instrumentos, ou seja, será que esses, realmente, são aptos a trazer à tona a verdade, a justiça e, com isso, promover a segurança jurídica e o bem-estar social?

É com isso em mente que passaremos ao próximo item, trazendo à baila a última discussão, já proposta quando falamos acima dos mais diversos princípios processuais[18]. Sabendo que a racionalidade não parece ser tão absoluta como se pensava, estando o processo, instrumento jurídico que é, atravessado de questões ideológicas (morais, políticas, econômicas, sociais, filosóficas, etc.), como legitimar as ações do juiz,

18 Cf. item 02.

demonstrando ser ele apto para atingir a verdade no processo, além de assegurar o bom sono dos que a ele recorrem e dele mesmo? É o que pretendemos discutir a seguir.

4 Os princípios como instrumentos de legitimação do processo e do Judiciário

Até aqui muito se discutiu acerca da não-neutralidade do jurista e das diversas influências que ele sofre enquanto exerce a sua atividade, apesar de ser afirmado o contrário. A partir daqui pretendemos entender o porquê de se defender de forma tão veemente a pureza do direito, do processo e dos que com ele operam e como os princípios processuais têm uma importante função para esse desiderato.

Como visto no item 02, os juristas se utilizam de todo um aparato principiológico para justificar toda a mecânica do sistema jurídico e, mais precisamente no nosso caso, o maquinário relativo ao direito processual. Não que os princípios não sejam importantes, porque, sem dúvida, eles o são. A questão não é essa, vai mais além. Diz respeito à forma como se utilizam desses princípios os operadores do direito para justificar uma racionalidade processual. Racionalidade essa muito questionável.

Um dos principais argumentos em prol do processo é que com ele se alcança o bem-estar social, ou seja, mediante ele, os problemas serão compostos, resolvidos, e a segurança social e, principalmente, jurídica serão plenas. A pacificação mostra-se o grande objetivo do sistema processual (CINTRA *et alii*, p. 26). Mas será que esse bem-estar e essa paz que se alcança no processo e na decisão proferida pelo juiz é a mesma do resto da sociedade e, até mesmo, das partes inseridas na relação processual? Quer dizer, as partes acreditam na solução dada pelo mecanismo processual ou será que essa tem mais um efeito de conformá-las?

O que nos parece, na verdade, é que esse bem-estar e essa segurança, encontrados por meio da sentença, são frutos de uma construção do próprio julgador e das influências do meio em que vive, ou seja, de toda a ideologia que o circunda e que se reflete em seus atos. Na verdade, julgar é se inserir ideologicamente e, porque não, politicamente. Não é que não seja técnico. O problema é que não podemos considerá-lo puramente técnico e racional. Repita-se: é técnico, mas é também permeado por matizes dos mais variados tipos, como, por exemplo, a política.

Contudo, o jurista e o próprio sistema do direito e do processo procuram esconder isso, como se fosse o segredo mor do sistema processual. Ora, nós devemos dizer que agimos por meio de todo um mecanismo tecnológico e racional, porque senão as pessoas não acreditarão em nós e não darão o respectivo valor. Tal pensamento é demonstração clara do racionalismo exacerbado que existe no meio do direito. Parece-nos um grande erro pensar assim e achar que o juiz é, como já dito anteriormente, um super-homem. Muito em razão disso é que o Judiciário e as estruturas jurídicas têm perdido credibilidade perante a sociedade[19]. Mas não entraremos nessa discussão, pois não é objeto específico do nosso trabalho. Passemos adiante.

Como bem destacam Eduardo Bittar e Guilherme Almeida (2004, p. 511-512), os juristas sentem receio de falar de política, como se ela não fizesse parte do direito. A política seria um bicho estranho, havendo a necessidade de apartá-lo da atividade jurídica, pois esta precisa ser neutra e imparcial. Pensando assim, o jurista não deveria ser um ser politizado e sim um tecnicista puro. Para ilustrar bem isso, citemos, mais uma vez, Bittar e Almeida (2004, p. 511):

19 Todos os anos são feitas pesquisas para medir o grau de confiança que a população tem em relação ao Poder Judiciário. Inclusive, a Fundação Getúlio Vargas (FGV) criou um índice para tal medição. É o chamado Índice de Confiança do Judiciário (ICJBrasil), cuja escala vai de 0 a 10, tendo o Judiciário alcançado, no terceiro trimestre de 2009, o percentual de 5,6, uma piora em relação ao trimestre anterior, que havia sido de 5,9. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/default.aspx?PagId=HTICVQTP&ID=246>. Acesso em: 21 dez. 2009.

> Os juristas têm medo de falar de política. Falar de política é o mesmo que invocar um poder que desborda à competência jurídica; é o mesmo que falar de algo obscuro, sobre o qual não se tem o controle que se pode exercer sobre as estruturas jurídicas. Se a norma jurídica é clara, as ideologias oferecem um *panneux* de diferenças valorativas que não pode ser facilmente compreendido. Ademais, falar de política é falar de diferenças, que, normalmente, são compreendidas como princípios para a intolerância e para a rebeldia institucional. Num olhar distante, Direito e política ao menos não se relacionam, se não se quiser dizer que não se relacionam; a competência do jurista é uma, a do político é outra.

Esses autores bem relacionam a ideia de não falar de política, de ideologias, com a de preservar as estruturas institucionais, pois o contrário seria uma "rebeldia institucional". E é exatamente esse ponto que nos remete a uma das principais funções dos princípios e, no nosso caso, dos preceitos processuais: a preservação das estruturas institucionais. São utilizados como instrumentos legitimadores do processo e do Judiciário. Ademais, tal utilização principiológica é feita de forma inconsciente, pois o sujeito, muitas vezes, está tão inebriado pelo mecanismo no qual está inserido que nem percebe o uso, e todos os seus meandros, que faz dos princípios.

Os princípios, como aqueles que nós citamos (imparcialidade, igualdade, devido processo legal, verdade formal e real, persuasão racional do juiz), são aplicados pelos operadores do direito muito além de seus aspectos interpretativo, integrador e normativo. Na verdade, eles servem como anteparo da cientificidade que o direito busca e que os juristas dizem empregar nas suas atuações. São neutralizadores do agir processual, da atividade do juiz e do Judiciário.

Ora, tal imparcialidade é impossível. É mais um objetivo divino do que uma concreção humana, principalmente diante das falibilidades do ser humano. Como já se repisou diversas vezes aqui neste artigo, a imparcialidade é uma das maiores ilusões do direito, que praticamente cega o aplicador (PORTANOVA, 1997, p. 56 e seg.), que acha que toda a decisão que tomar estará protegida pelo véu da equidistância das partes.

É como bem afirma Ovídio Baptista (2004, p. 16), o magistrado assim age, pois é dessa maneira que ele (o juiz) "...consegue a tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável".

A igualdade entre as partes é outro equívoco (PORTANOVA, 1997, p. 60). Serve apenas para que as partes creiam que estão no processo lutando de igual a igual (você tem força, mas eu também tenho). Ora, não se pode acreditar que em um processo em que litigam uma grande empresa e um consumidor, este tenha paridade de armas com aquela. A empresa tem todo um aparato econômico, contrata grandes escritórios de advocacia, enquanto o consumidor muitas vezes nem advogado tem.

Essa igualdade pode mascarar o devido processo legal, já que uma das partes pode ser prejudicada e não ter uma defesa tão ampla e um contraditório tão enfático como seria de se esperar. E, muito em razão disso, podem não ser encontradas as tão procuradas verdades formal e real. Entretanto, pode-se chegar a uma verdade construída pelos mecanismos jurídicos, que talvez apeteça às partes e tranquilize o juiz na realização de sua tarefa diária.

E o sistema garante que a segurança é ainda maior, já que tudo é feito por uma persuasão racional. Racionalidade essa que, como já discutido diversas vezes, apresenta-se um tanto quanto questionável diante de tudo que circunda e que se introjeta, mesmo que inconscientemente, e que se reflete nas atitudes de uma pessoa, inclusive quem trabalha com o direito.

Essa busca da verdade absoluta, da segurança, é algo praticamente insano. É a pedra filosofal do direito, que muitos pensam já ter descoberto. E aqui é preciso citar trecho da obra de Fredie Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2008b, p. 70), que muito bem expõe essa problemática:

> A verdade real é algo inatingível; não deixa de ter um caráter místico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é ideia antitética. Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou algo aconteceu, ou não. O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles. Daí porque não se pode dizer se tal fato é/foi verdadeiro, ou não, porque ele apenas existe/existiu, ou não existe/existiu; pode imprecar-se, isso sim, que a alegação ou proposição sobre tal fato seja verdade ou mentira, em razão das alegações serem suscetíveis de apreciação valorativa. Para o processo, parafraseando JOÃO UBALDO RIBEIRO, o negócio é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias; só existem alegações (A frase correta, posta como epígrafe de Viva o Povo Brasileiro: "*O segredo da verdade é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias*"). Ou, como diriam os "Titãs", em canção recente, "existem provas de amor, apenas; não existe amor" (grifos no original).

Têm razão os autores. Contudo, imaginamos que o grande problema é que, apesar de ser tarefa impossível atingir essa verdade e, por conseguinte, a segurança jurídica, os juristas defendem que o processo é meio de atingi-los. E cremos que se faz isso como que um escudo de todo o sistema. É para legitimá-lo perante a sociedade, pois se não for assim, quem vai crer no direito, no processo e no Judiciário? É representação clara do positivismo, do dogmatismo e do racionalismo jurídico. Ou como diz Portanova (1997, p. 56), são "representações ideais [...] que, na verdade, são instrumentos retóricos exercendo função persuasiva". Ou nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer (1995, p. 177):

> É inegável a constatação de que, hodiernamente, a chamada independência do Judiciário nos sistemas políticos ocidentais é marcada por um fantasioso embuste e por uma mistificadora falácia[20].

20 Esses dois últimos autores citados, Portanova e Wolkmer, apresentam em seus trabalhos toda uma crítica a essa concepção positivista-racionalista do direito. Contudo, parece-nos, que eles também imaginam o juiz como um super-homem, tendo por fulcro a Teoria Alternativa do Direito. Na nossa visão, essa teoria defende o juiz com uma discricionariedade muito ampla e com limitações muito tênues. E isso achamos que também é arriscado, apesar deles dizerem o contrário. O juiz cria, cria, mas não pode fazer isso de maneira ilimitada. Mas não vamos mais adiante, já que esse tema não é objeto do nosso trabalho. Para maiores detalhamentos, cf. PORTANOVA, 1997, p. 122 e seg. e WOLKMER, 1995, p. 168 e seg.

Tal busca pela certeza no direito é tão absurda que imaginamos que o grande fim disso tudo é ocultar as falhas do sistema jurídico e se iludir de que ele é capaz de achá-la e de trazer a segurança, a justiça e a paz social. E, como já reiterado diversas vezes neste trabalho, acreditamos que uma das funções dos princípios, além das outras existentes, é a de legitimar o processo e o juiz enquanto descobridores da verdade e arautos da pacificação, da justiça e da segurança jurídica.

E nesse ponto é preciso citar algumas das ideias da Professora Katharina Sobota. Em termos gerais, essa autora trabalha, em seu texto *Não mencione a Norma!* (SOBOTA, 1995), com a noção de que o direito não é um sistema de normas explícitas, como costuma se imaginar, muito em razão da ideia silogística de direito (*idem,* p. 251). Na verdade, o direito seria permeado de normas implícitas, como realmente o é, e que os operadores do direito buscam deixá-las ocultas. Para isso, ela analisa decisão do Tribunal Federal Alemão (*idem,* p. 262-266), da qual conclui que apesar dos argumentos utilizados não serem coerentes com o direito nem com a "racionalidade cotidiana", a decisão "é plausível em relação à situação e aos nossos sentimentos". (*idem,* p. 265-266).

Contudo, Sobota afirma as vantagens de não explicitar as normas. Uma dessas vantagens é a de "ocultar a inconsistência de todo o sistema normativo", pois se elas fossem explicitadas, viria à baila toda a ingenuidade em que cremos, como, por exemplo, "que fatos existem" e "que o tribunal é capaz de reconhecer fatos e significações" (*idem,* p. 268). Uma outra vantagem seria a de o orador poder modificar o significado da norma, adaptando-a ao caso concreto, já que o "sistema jurídico é tão complexo e desprovido de método que não se pode avaliar a multidão de fontes potenciais do direito" (*idem,* p. 268-269).

Mutatis mutandis, pensamos ser a mesma coisa o que acontece quando da aplicação dos princípios. Os juristas os aplicam, deixando implícita toda a plêiade de interferências que estão subjacentes àqueles. Quer dizer, a utilização dessa principiologia no processo tem uma função que está oculta em relação às outras, que é a de servir de anteparo às falhas do sistema jurídico enquanto descobridor racional da verdade e defensor da segurança jurídica e da paz social.

Ora, não queremos dizer que os princípios não podem ser aplicados. Eles podem e devem. O problema são os argumentos que parecem querer transformá-los em algo de absoluto e o processo como algo perfeito, sem estar aberto a falhas. O juiz, como já dito, não é neutro, pois está inserido culturalmente em uma dada realidade. E disso ele não pode se apartar. Impossível ele não ser influenciado pela cultura em que foi construído. E é exatamente por isso que vai haver reflexos dessas influências, dessas ideologias, na sua atividade, no processo e nos preceitos de que se utiliza. Quer dizer, o juiz não tem (nem ninguém) condições de chegar à verdade absoluta, nem, por consequência, à justiça, nos casos concretos que são levados ao seu conhecimento. A verdade final, da decisão judicial, é nada mais do que a (pré-) compreensão (HABERLIN, 2006, *passim*) que aquele sujeito processual tem dos fatos aos quais teve acesso. Deixar isso implícito, na nossa visão, é o papel da principiologia processual e com isso preservar a legitimidade dos atos do juiz e do Judiciário.

5 Considerações finais: os princípios e o processo enquanto ideologia

Diante de tudo que aqui se discutiu, vimos que a ideologia está presente em todos os meandros do direito, não sendo esse tão neutro como se pensava ou como se pensa. E o processo, ramo do direito que é, também não está livre dessa ideologia. Ademais, os princípios utilizados como ratificadores da prática processual têm uma carga ideológica muito forte, a qual permanece oculta nos mecanismos da máquina jurídica.

O processo, da forma como é visto, serve como uma das ideologias do direito para a manutenção do *status quo* reinante. Ora, como não acreditar num instrumento de pacificação social que, acima de tudo, é neutro/imparcial, assegura a igualdade e o devido processo legal para as partes, além de descobrir a verdade formal/real? Pode até ser ilusório, como de fato é, mas não falta quem creia. É essa crença, protegida pela principiologia citada à exaustão, que os operadores do direito pretendem preservar.

Até porque, se não houver essa preservação, como poderíamos acreditar num sistema tão falho, tão humano e, no Brasil, lento ao extremo? Tanto é que foi preciso positivar a celeridade – art. 5º, LXXVIII, CF –, como se essa já não fosse uma decorrência lógica do sistema. Ora, o processo não é racional, sendo ideológico em seu âmago; não alcança a verdade, dentre as ilusões, a maior; não traz a justiça nem o bem-estar social (no máximo, um conforto); não produz certeza e muito menos segurança jurídica.

Na verdade, mostra-se mais como verdadeira retórica, retórica baseada em princípios, frise-se. Trata-se de discurso com o intuito de legitimar a solução de litígios por meio do processo. É preciso que a máquina funcione a contento, da sociedade e dos que nela estão frequentemente inseridos. Pensamos ser essa a ideologia do processo e de sua principiologia.

The process principles and its legitimation power: an analyis about its ideological nuance (or how observe them beyond surface)

Abstract

This article intends to analyze the use of principles like a legitimation way of procedural activity and a way that hide the ideology that exists throughout process. By the way, it's also examined the traditional process principles' theory exposed by doctrine; the rational and ideological ideals and the question about process and neutrality, impartiality and the looking for truth, certainty and assurance. In regard to methodology, it was adopted bibliographical research and review. Afterwards, we made a comparison between studies and the considered theme, all by means of a critical analysis. Finally, it is verified that the process has a plenty of ideological ideals, but the jurists intend, unsuccessfully, keep one's scientific distance from them. In view of that, the principles are used like isolating instruments.

Key-words: Process Principles. Rationality. Ideology. Legitimation.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? **Advocatus Pernambuco**, Recife, a. 2, n. 3, p. 77-82, out. 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

O processo, da forma como é visto, serve como uma das ideologias do direito para a manutenção do *status quo* reinante. Ora, como não acreditar num instrumento de pacificação social que, acima de tudo, é neutro/imparcial, assegura a igualdade e o devido processo legal para as partes, além de descobrir a verdade formal/real? Pode até ser ilusório, como de fato é, mas não falta quem creia. É essa crença, protegida pela principiologia citada à exaustão, que os operadores do direito pretendem preservar.

Até porque, se não houver essa preservação, como poderíamos acreditar num sistema tão falho, tão humano e, no Brasil, lento ao extremo? Tanto é que foi preciso positivar a celeridade – art. 5º, LXXVIII, CF –, como se essa já não fosse uma decorrência lógica do sistema. Ora, o processo não é racional, sendo ideológico em seu âmago; não alcança a verdade, dentre as ilusões, a maior; não traz a justiça nem o bem-estar social (no máximo, um conforto); não produz certeza e muito menos segurança jurídica.

Na verdade, mostra-se mais como verdadeira retórica, retórica baseada em princípios, frise-se. Trata-se de discurso com o intuito de legitimar a solução de litígios por meio do processo. É preciso que a máquina funcione a contento, da sociedade e dos que nela estão frequentemente inseridos. Pensamos ser essa a ideologia do processo e de sua principiologia.

The process principles and its legitimation power: an analyis about its ideological nuance (or how observe them beyond surface)

Abstract

This article intends to analyze the use of principles like a legitimation way of procedural activity and a way that hide the ideology that exists throughout process. By the way, it's also examined the traditional process principles' theory exposed by doctrine; the rational and ideological ideals and the question about process and neutrality, impartiality and the looking for truth, certainty and assurance. In regard to methodology, it was adopted bibliographical research and review. Afterwards, we made a comparison between studies and the considered theme, all by means of a critical analysis. Finally, it is verified that the process has a plenty of ideological ideals, but the jurists intend, unsuccessfully, keep one's scientific distance from them. In view of that, the principles are used like isolating instruments.

Key-words: Process Principles. Rationality. Ideology. Legitimation.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? **Advocatus Pernambuco**, Recife, a. 2, n. 3, p. 77-82, out. 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

O processo, da forma como é visto, serve como uma das ideologias do direito para a manutenção do *status quo* reinante. Ora, como não acreditar num instrumento de pacificação social que, acima de tudo, é neutro/imparcial, assegura a igualdade e o devido processo legal para as partes, além de descobrir a verdade formal/real? Pode até ser ilusório, como de fato é, mas não falta quem creia. É essa crença, protegida pela principiologia citada à exaustão, que os operadores do direito pretendem preservar.

Até porque, se não houver essa preservação, como poderíamos acreditar num sistema tão falho, tão humano e, no Brasil, lento ao extremo? Tanto é que foi preciso positivar a celeridade – art. 5º, LXXVIII, CF –, como se essa já não fosse uma decorrência lógica do sistema. Ora, o processo não é racional, sendo ideológico em seu âmago; não alcança a verdade, dentre as ilusões, a maior; não traz a justiça nem o bem-estar social (no máximo, um conforto); não produz certeza e muito menos segurança jurídica.

Na verdade, mostra-se mais como verdadeira retórica, retórica baseada em princípios, frise-se. Trata-se de discurso com o intuito de legitimar a solução de litígios por meio do processo. É preciso que a máquina funcione a contento, da sociedade e dos que nela estão frequentemente inseridos. Pensamos ser essa a ideologia do processo e de sua principiologia.

The process principles and its legitimation power: an analyis about its ideological nuance (or how observe them beyond surface)

Abstract

This article intends to analyze the use of principles like a legitimation way of procedural activity and a way that hide the ideology that exists throughout process. By the way, it's also examined the traditional process principles' theory exposed by doctrine; the rational and ideological ideals and the question about process and neutrality, impartiality and the looking for truth, certainty and assurance. In regard to methodology, it was adopted bibliographical research and review. Afterwards, we made a comparison between studies and the considered theme, all by means of a critical analysis. Finally, it is verified that the process has a plenty of ideological ideals, but the jurists intend, unsuccessfully, keep one's scientific distance from them. In view of that, the principles are used like isolating instruments.

Key-words: Process Principles. Rationality. Ideology. Legitimation.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? **Advocatus Pernambuco**, Recife, a. 2, n. 3, p. 77-82, out. 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2008a.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. v. 2. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008b.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HAEBERLIN, Mártin Perius. O juiz e a outra história: uma abordagem do princípio da imparcialidade a partir dos problemas da subsunção. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 33, n. 104, p. 169-188, dez. 2006.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Processo e ideologia. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 347-361, abr./jun. 2003.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE**, Recife, n. 7, p. 251-273, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Referência deste artigo

MELO, Rodrigo Tenório Tavares de. Os princípios processuais e seu poder de legitimação: uma análise a partir de sua carga ideológica (ou como observá-los além da superfície). **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 443-472, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 25 abr. 2011. Aprovado em: 31 maio. 2011.*

A crítica marxista ao positivismo jurídico: aproximações com a teoria retórica do direito

Ronaldo Carvalho Bastos Junior
Advogado licenciado. Técnico Judiciário (TJPE), onde exerce a função de Assessor de Magistrado. Pós-Graduando em "Direito Penal" pela Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB-PE). Membro do Grupo de Pesquisa "Marxismo e Direito" (UFPB). Vencedor do último concurso de monografias jurídicas promovido pelo TJPE, na categoria servidor.

Resumo

Busca-se, neste trabalho, realizar uma crítica marxista e retórica ao positivismo jurídico, que apresenta o direito como uma ciência com objeto e método específicos e identificáveis no plano social, desconsiderando os variados problemas relativos à sua cientificidade. Defende-se que a atribuição desta característica é uma tentativa de, ao conferir neutralidade e objetividade aos seus operadores, possa-se esconder o poder-dever do direito de legitimar a luta de classes que avoluma a sociedade civil.

Palavras-chave: Filosofia do direito. Positivismo jurídico. Marxismo. Retórica.

1 Introdução

Neste artigo, tem-se por objetivo estudar o direito de uma forma diferente: nem um *direito natural*, preocupado com as questões de justiça, divina ou terrena; nem um *direito positivo*, que possui legitimidade apenas pelo fato de estar posto, legalizado; nem um *direito pós-moderno*, cujas discussões estariam pautadas no conceito de racionalidade[1].

1 Cf., a propósito, ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

Propõe-se uma teorização que possa seguir caminhos distintos das teorias acima descritas, sem desconsiderar que elas, em maior ou menor grau, constituem as formas de pensamento predominantes na epistemologia jurídica contemporânea, tanto no meio acadêmico quanto no forense.

Trata-se de uma teoria que pode ser denominada de *impura*, já que **se fundamenta em pressupostos ontológicos totalmente opostos ao purismo metodológico kelseniano**[2], no sentido de que considera fundamental apreender a realidade social para, só então, entender a essência do direito, tomado aqui como um fenômeno social criado para regular a própria sociedade.

Neste diapasão, defende-se que não se pode estudar o fenômeno jurídico isoladamente dos outros sistemas sociais, como se estuda uma célula em um laboratório. Tem-se, sim, que estudá-lo da forma mais ampla possível, **interdisciplinarmente**, combinando os conhecimentos das ciências humanas e das ciências sociais aplicadas, além de fazer um cotejo analítico entre os elementos teóricos e os dados da realidade para verificar se são compatíveis.

Para tanto, é mister que a análise do direito não se restrinja ao estudo da norma jurídica, ou qualquer outro marco teórico cuja aplicação prática seja desprezada. É necessário partir da realidade social para a formulação das ideias, e não o contrário, pois o raciocínio inverso abre margem para a formação das ideologias, aqui concebidas no seu sentido negativo, qual seja, o de ideias obtidas através da inversão do conhecimento da realidade.

É neste contexto que se pretende fazer uma **aproximação entre a crítica marxista e a teoria retórica do direito**, que apesar de partirem

2 Cf. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

de interesses e pressupostos distintos, são muito similares na compreensão do fenômeno jurídico, ambas considerando-o como algo *impuro*, no sentido de que **é impossível estudar o direito sem promover a sua interação com os outros sistemas sociais**, a exemplo da economia, da história e da política.

Assim, se para o marxismo o direito seria utilizado como mecanismo legitimador da dominação de classe, o que extrapolaria a noção de que ele teria tão-somente a função de regular a conduta humana, para a retórica a perspectiva é bastante semelhante, já que ela não analisa o direito como algo estático, isolado da sociedade, pois o concebe a partir de uma visão **historicista, humanista e ligeiramente cética**[3], opondo-se, à maneira da teoria de Marx, ao *status* científico do direito.

Todavia, não é deste modo que entende o positivismo jurídico, em especial o normativismo kelseniano. Antes, porém, de investigarmos a teoria do direito de Kelsen, faremos um esforço histórico no sentido de explicar, ainda que sucintamente, a origem da doutrina positivista, e a diferença conceitual entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico, conforme se vê das linhas seguintes.

2 A crítica ao positivismo jurídico: sobre o idealismo e o falso empirismo na explicação das questões jurídicas

O termo positivo, originado da palavra latina *positivum*, quer significar o valor do mundo objetivo, real, posto, conforme a observação de um sujeito qualquer. Assim, o positivismo, como corrente filosófica, diz respeito às linhas de pensamento que demonstram adesão à realidade

3 ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24 e seg.

e, por conseguinte, rejeição a qualquer forma de especulação que não considere o dado empírico[4].

O método positivista tem origens no empirismo e também no iluminismo. Seus antecedentes são Francis Bacon, Berkeley, Hume e D'Alambert. Francis Bacon foi o primeiro a trabalhar uma "doutrina positiva", cuja base estaria pautada na experiência, em seu *De Principiis atque Originibus*, de 1623[5]. Esse livro, segundo consta, teria influenciado Auguste Comte[6], que inaugurou o positivismo moderno em meados do século XIX, com a obra *Curso de Filosofia Positiva*[7].

É bom deixar registrado que o positivismo filosófico, porém, não tem nada que ver com o positivismo jurídico. Em **primeiro lugar**, eles nasceram em lugares distintos, aquele, na França e este, na Alemanha, sendo o termo "positivismo jurídico" derivação da expressão *direito positivo*, que se contrapõe ao *direito natural*, dicotomia não apresentada quando se trata do positivismo filosófico. Em **segundo lugar**, nada indica que os positivistas jurídicos sejam, também, positivistas filosóficos[8], como, por exemplo, o autor deste artigo.

Pois bem. O positivismo representa a tentativa de abarcar e entender o direito como um fenômeno social objetivo, segundo o qual o direito, além de não poder mais ser originado de fontes que não as sociais, também não poderia mais estar subordinado a juízos morais particulares.

Positivismo, inclusive, foi o nome que Kelsen deu à sua doutrina formalista do direito e do Estado[9], na medida em que visava estudar

4 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 642.

5 A propósito, cf. BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da natureza da interpretação:** Nova Atlântida. Trad. Jose Aluysio Reis de Andrade. Col. Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1973.

6 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 131.

7 COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo: catecismo positivista. Trad. de José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

8 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 15.

9 Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora

o primeiro como um programa de consideração científica cujo objeto seria tão-somente o "direito positivo"[10]. Para Kelsen, o dever ser jurídico não se enraíza em qualquer fato social ou histórico, pois tal condicionamento poderia alterar a sua natureza de puro dever ser. O direito, desta forma, não teria qualquer origem fenomênica e seria imprescindível, para a sua melhor compreensão, entendê-lo autonomamente em sua mecânica[11].

Só procedendo desta maneira, qual seja, isolando-o dos "agentes externos", é que se poderia criar uma autêntica ciência jurídica, ou seja, apenas trabalhando a norma em sua pureza é que se poderia produzir um conhecimento verdadeiramente científico. E essa é uma preocupação constante da obra kelseniana, e tal é demonstrado pelo subtítulo da sua principal obra – *Teoria pura do direito* –, assim averbado: introdução à problemática científica do direito.

Pois bem. Se o estudo científico do direito diz respeito ao direito empiricamente constatável, ou seja, ao direito positivo, posto, fixado pelos homens, significa que, para o positivismo, direito legítimo é simplesmente aquele produzido de acordo com as regras do sistema.

Válida e, portanto, legítima é toda norma confeccionada por um poder competente, que nasça de acordo com as normas superiores – compatibilidade material – e esteja de acordo com o que é prescrito pelo ordenamento jurídico – compatibilidade formal[12].

Com efeito, para o direito positivo, o conceito de justiça se confunde com a positivação do direito, haja vista que o critério adotado para anali-

Revista dos Tribunais, 2006; KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

10 WALTER, Robert. **A "teoria pura do direito"**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. *In*: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, op. cit., p. 28.

11 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 356.

12 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**, op. cit., p. 172-173.

sar a justiça ou injustiça das leis coincide perfeitamente com os critérios adotados para analisar a sua validade ou invalidade[13].

O problema é que se, no topo do sistema de normas, o poder constituinte originário fixa livremente os conteúdos do direito, haja vista que ele é incondicionado e ilimitado – axiologicamente falando –, o positivismo não passa, também, de mera ideologia, apesar de ter ganhado voz ao surgir em oposição à ideologia jusnaturalista.

Todavia, este não é o maior problema, porque é cristalina a ideia de que o direito é ideológico, como visto no capítulo quatro. O problema está em que, diante da liberdade axiológica do poder constituinte originário, a ideologia positivista se vê obrigada a admitir como direito todos os tipos de conteúdo normativo, inclusive aqueles que negam os direitos mais variados a determinados seguimentos humanos[14].

Prova disso é a famosa conferência que o próprio Kelsen proferiu em Göttingen, após a segunda grande guerra (1939-1945), na qual o jurista afirmou que o regime nazista era tão jurídico quanto qualquer outro, o que causou certo espanto na plateia, ainda tendente a identificar o direito com as normas éticas[15].

É por isso que Roberto Lyra Filho afirmava que um círculo de legalidade não constitui garantia alguma quanto à legitimidade do poder[16], *in verbis*:

> Uma legalidade não é suficiente, pois, em situações comuns, ela é, em todo caso, o revestimento duma estrutura de dominação, que é preciso avaliar criticamente e, em situações extremas, pode ser construída pelos "éditos de um paranóico", isto é, pelas leis de um doente mental de grandeza[17].

13 SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 65.

14 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**, op. cit., p. 196.

15 Idem, p. 234.

16 LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003 (Coleção primeiros passos; 62), p. 38.

17 Idem, p. 38.

De fato, é muito perigoso querer desvincular as instâncias jurídicas e políticas dos seus postulados éticos correspondentes, em busca de um suposto e duvidoso progresso[18], pois há muito se sabe que a história não é linear, mas sisífica[19], comportando idas e vindas constantes, e que a ciência não conduz necessariamente ao progresso da humanidade.

Além disso, o positivismo demonstra muita dificuldade em lidar com as maiorias circunstanciais da democracia, já que, sem ir de encontro aos seus postulados legalistas ou normativistas, fica difícil impedir um excesso de flexibilidade dos padrões éticos, pois, partindo do pressuposto que a maioria, pelo simples fato de sê-lo, pode fazer e criar o que quiser; as suas decisões independem do conteúdo escolhido, podendo versar, inclusive, sobre a extinção da forma jurídica[20].

Tal só ocorre, porém, porque ele utiliza como critério definidor do direito uma série de conceitos meramente formais, o que, além de não contemplar o aspecto axiológico do direito, não permite a distinção entre o Estado e uma simples organização criminosa[21], já que os dois, levando-se em conta apenas o aspecto formal – e para o positivismo esse é o único aspecto relevante – se caracterizam por uma hierarquia estrutural que atinge os seus objetivos valendo-se da coercitividade.

O formalismo, aliás, era uma das características do positivismo – registre-se, a pior delas –, dentre tantas outras, que incomodava Oliver Holmes[22], ex-juiz da Suprema Corte estadunidense.

18 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**, op. cit., p. 122.

19 Como esclarece Adeodato, "A história não deve ser pensada em termos causais nem caminha para algum ponto previamente determinável, exatamente porque os consensos temporários de sentidos são circunstanciais e infinitamente variáveis, por vezes, contraditórios. Assim como Sísifo não sabe até onde, montanha acima, conseguirá transportar a pedra, a humanidade não sabe aonde vai chegar. E cada tempo histórico é construído a cada momento". *In:* ADEODATO, João Maurício, op. cit., p. 26.

20 Idem, p. 135.

21 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

22 Cf. HOLMES, Oliver Wendell. **The path of the law and the common law**. New York: Kaplan, 2009.

Em **primeiro lugar**, o formalismo vê o direito apenas como um conjunto de princípios estáticos e o raciocínio jurídico como um ramo da pesquisa exata[23] e, por isso, submetido aos postulados da causalidade – entre fato e norma – e da demonstração.

Em **segundo lugar**, o formalismo separa o direito e a vida, retirando o direito das sentenças judiciais e não dos problemas e práticas da vida social. Segundo ele, não existiam entidades conceituais, pois o significado de uma ideia não estaria em sua definição, mas, ao contrário, na sua repercussão para o mundo dos fatos[24].

Miaille concorda com Holmes e acrescenta que tudo, no positivismo, se passa no puro e exclusivo domínio das ideias, mas o direito não pode ser definido independentemente das outras instâncias da vida social[25], completa. O direito é uma das instâncias que constitui a estrutura social de um modo de produção determinado[26].

Marx foi o primeiro a fazer esta crítica ao direito e ao Estado, quando afirmou, principalmente na crítica que fez a Hegel (*v.* tópico 2.4), que as relações jurídicas não poderiam ser entendidas de modo formal, ou seja, independentemente das relações econômicas e sociais. Para ele, a relação jurídica possui fundo econômico e retrata determinada relação sócio-econômica predominante.

Um exemplo bastante elucidativo do que aqui se sustenta vem da Revolução Francesa, que destituiu o sistema jusnaturalista e colocou em seu lugar o positivismo e a *Escola da Exegese* – doutrina que defendia a interpretação literal, ou gramatical, dos diplomas normativos. Esse tipo hermenêutico, registre-se, não surgiu desprovido de intenções, como

23 POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23.

24 Idem, p. 23.

25 MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. 3. Ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 93.

26 Idem, p. 93.

tudo no mundo, mas, sim, com o objetivo de defender a nova estrutura social e política que aflorava da revolução.

Veja-se:

O jusnaturalismo era uma corrente de pensamento que representava o chamado *Antigo Regime*, período monárquico que dominou a França antes da consagração do movimento revolucionário. A burguesia, classe social em ascensão, no interesse de instaurar o modo de produção capitalista, precisava criticar o jusnaturalismo para, assim, criticar o modo de produção feudal e a sociedade que se opunha à sua dominação de classe.

Sabe-se que o positivismo, após a revolução, suplantou o jusnaturalismo, assim como a burguesia suplantou a nobreza e o clero, determinando, imediatamente, que as únicas regras a serem respeitadas fossem as emanadas do legislador, o que foi conseguido com os intelectuais da revolução, que criaram a Escola da Exegese e, por conseguinte, o método interpretativo predominante, no intuito de refutar todos os valores sociais pretéritos, com vistas a defender os seus próprios interesses.

Notem mais uma vez a precisão de Marx, quando diz que **as ideias nunca podem ser destacadas da base social que lhes deram origem**, pois este procedimento é que gera a ideologia.

De fato, logo após a "Escola da crítica", ou seja, a corrente de pensamento que reuniu intelectuais críticos do regime político anterior, veio a Escola da Exegese, que cumpriu perfeitamente o seu papel ao dizer que só aquelas regras emanadas do poder vigente deveriam ser respeitadas, *ipsis litteris*[27]. Desta forma, a burguesia conseguiu refutar a ideologia jusnaturalista e o modo de produção feudal, deixando em seus lugares o positivismo e o modo de produção capitalista.

27 Idem, p. 44.

Mas, apesar de o positivismo ser tão ideológico quanto o jusnaturalismo o foi, os seus intelectuais tentam mostrá-lo a partir de uma perspectiva científica, ou seja, como algo neutro e objetivo.

O problema é que, do ponto de vista epistemológico, se a neutralidade nas ciências "duras" já é algo muito discutível, nas regras de direito essa desconfiança se eleva à nona potência, devido aos condicionamentos externos a que ele está sujeito. Até sob o prisma ontológico, o direito não muda de configuração, pois ele é sempre construído por opções não neutras que preenchem um vazio deixado pela descrição[28].

Veja-se:

O direito se faz uma *técnica* de regulação da sociedade e, portanto, é a partir das necessidades sociais – viés descritivo – que surgem as regras jurídicas – viés prescritivo –, no intuito de solucionar tais necessidades. O fato é que a escolha das regras não se dá de forma neutra, pois as escolhas sempre envolvem duas opções igualmente possíveis e, às vezes, por serem representativas de ideais opostos, excludentes[29]. O legislador terá que optar por uma, já que, se não agir, o direito não se completa.

Esta opção é puramente ideológica, já que envolve convicções de natureza política, religiosa, social etc. Não há nenhum substrato científico nisso, pois não há nenhum método que confira certeza e verificabilidade a tais escolhas. Os positivistas acreditam formar uma ciência, mas as regras de direito nunca tiveram esta pretensão, pois o sistema jurídico se exprime por termos e instituições que nasceram da prática, da necessidade primária de organizar a sociedade.

Antes de surgirem os cientistas, já existia o Estado, o juiz e o contrato. Os positivistas usam tais instituições, nascidas da prática, e, por considerarem habituais e difundidas, dizem ser verdadeiras, ou seja, utilizam o conhecimento vulgar e lhe dão um estatuto científico[30].

28 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**, op. cit., p. 235.

29 Idem, p. 235.

Isso faz com que a propalada *ciência jurídica* seja apenas uma imagem do mundo real e, por conseguinte, do mundo do direito, e não uma explicação[31], pois ela se funda nas instituições sociais, ou seja, na forma através da qual a sociedade estabeleceu para realizar certo modo de organização social.

Se a dita ciência jurídica fosse, verdadeiramente, uma explicação, diria que o direito é classista e que o Estado é a síntese da luta de classes, como propõe a teoria de Marx. Mas como não é uma explicação e sim a imagem do real – fruto dos condicionamentos ideológicos –, o direito termina por impor a si mesmo *dois obstáculos epistemológicos*.

O **primeiro** é a sua *falsa transparência*, ligada ao espírito positivista que domina o ocidente, que não se preocupa em investigar o objeto de estudo do direito, mas, ao contrário, constata que existem certas instituições jurídicas e, do estudo destas, retira todo o seu conhecimento[32].

O **segundo** obstáculo é o *idealismo profundo das explicações jurídicas*, consequência de uma forma de pensamento que está submetida ao sistema capitalista, que pretende esconder a origem da instância jurídica, pois, assim fazendo, mantém-se como modo de produção vigente[33].

É de bom alvitre o registro de que não se está querendo dizer que o estudo científico do direito seja impossível de ser conquistado, ao contrário, apenas se defende, que da forma como o direito é trabalhado é impossível alçar a *instância* jurídica ao estágio de *ciência* jurídica.

30 MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, op. cit., p. 93.

31 Idem, p. 50.

32 Idem, p. 38.

33 Idem, p. 37-38.

Para ser científico, pois, *o direito precisa realizar três coisas.*

Em **primeiro lugar, abandonar de forma definitiva o empirismo falsamente realista**[34], que acha que do ser pode-se chegar ao dever ser, ou seja, da verificabilidade de um fato pode-se chegar a normas éticas tão palpáveis quanto ele[35].

Em **segundo lugar**, é preciso **distinguir objeto de ciência e objeto real**[36], ou seja, abandonar a ideia de que o direito como sistema visível de regras comportamentais é idêntico ao objeto da ciência jurídica.

E, **por fim, abandonar o idealismo como explicação do mundo jurídico**, já que este se apóia em enunciados puramente ideológicos[37], ou seja, é necessário haver um estudo da instância jurídica considerando-a no interior de uma formação social.

Só deste modo é que se poderá inserir o direito no quadro geral das ciências, fato bem improvável de acontecer, diga-se, principalmente porque os juristas continuam persistindo em utilizar o positivismo metodológico como meio de dar cientificidade ao fenômeno jurídico, discussão realizada no tópico seguinte.

3 O problema da cientificidade do direito

O positivismo jurídico tenta dar ao direito um caráter científico, trabalhando-o com objetividade e isolando-o dos demais sistemas sociais, de modo que ele possa ter um método próprio e um objeto singular,

34 Idem, p. 103.

35 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**, op. cit., p. 234.

36 MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**, op. cit., p. 63.

37 Idem, 103.

até porque a determinação do objeto de estudo é um problema central na especulação jurídico-científica, haja vista que o direito, como todo e qualquer conhecimento, pressupõe um[38].

A *Teoria Pura do Direito*, pois, um dos principais escritos da doutrina positivista, tem preocupação constante tanto com o objeto do direito, que, para ela, se reduziria tão-somente à norma jurídica, quanto com o seu caráter científico, a ponto de Kelsen averbar no subtítulo desta obra que ela é uma *introdução à problemática científica do direito*[39].

Neste último ponto – e em muitos outros, diga-se – Kelsen estava correto, de tal modo que este autor concorda com ele, pois há vários problemas para quem defende o caráter científico do direito.

Em **primeiro lugar**, não se sabe se é possível colocar o direito no quadro das ciências e estabelecer seus elementos característicos[40], devido a vários fatores, dentre eles o seu *caráter multívoco*[41], a *falta de acordo entre os juristas* sobre de que se trataria o objeto de suas pesquisas[42], e a *constante mudança das normas* como fruto dos condicionamentos político-ideológicos[43], o que impede os estudiosos de atingir exatidão na construção científica.

Em **segundo lugar**, não se sabe nem se existe um fenômeno social específico chamado "direito"[44]. E, caso este exista, na verdade ele não se distingue tão radicalmente das outras ordens normativas, como o costume, a moral, a religião e a etiqueta.

38 DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1.

39 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, op. cit.

40 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**, op. cit., p. 175.

41 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 1996, p. 39.

42 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**, op. cit., p. 109.

43 DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 8.

44 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**, op. cit., p. 223.

Por isso, apesar dos compêndios de Introdução reservarem capítulos para diferenciar o direito destas ordens, os seus autores não podem negar – e, de fato, não negam – que a quase totalidade das normas jurídicas provêm destes ordenamentos não-jurídicos, o que a teoria das fontes chama de fontes materiais.

É que o direito é uma cultura, no sentido antropológico do termo, ou seja, é uma miscelânea de influências e significações, que reúne tantos aspectos da interação social que se torna quase impossível estudá-lo isoladamente[45].

Afora isso, e para efeitos metodológicos, mesmo se se considerasse que o direito tem, sim, elementos característicos, outra questão – completamente diferente – é a de saber se esses supostos caracteres formadores do direito podem ser apreendidos pelo sujeito cognoscente, com vistas à construção de um conhecimento científico verdadeiro[46].

Essa discussão, na esteira de Adeodato, se refere à definição antropológica do ser humano, diante de duas alternativas: ou ele é um ser carente ["pobre"] ou um ser pleno ["rico"].

Se ele for um ser carente, o que aqui se defende, o homem é incapaz de apreender a verdade, ou seja, a totalidade do conhecimento científico, independentemente do contexto linguístico[47], o que termina por enquadrar o direito no âmbito da retórica[48].

Ao contrário, se ele for um ser pleno, o homem tem a possibilidade de chegar ao conhecimento verdadeiro, servindo a língua como um instrumento e a retórica simplesmente como um floreio, que lhe possibilita influir de forma mais eficaz no seu ambiente.

45 Idem, p. 184.

46 Idem, p. 223.

47 Idem, p. 217-218.

48 Idem, 220.

O fato é que **o direito não se interessa pela obtenção da verdade**. Se ela fosse imprescindível, nas Faculdades de Direito as disciplinas de metodologia científica sobrepujariam facilmente as disciplinas humanistas, assim como as disciplinas de lógica formal se sobreporiam às de argumentação.

O direito é argumentativo e não lógico-científico, e para o advogado ganhar causas é muito mais vantajoso entender de retórica do que de epistemologia, haja vista que o direito não tem comprometimento algum com a verdade, pois "se no âmbito judiciário se conhecesse a verdade" – como adverte Reboul – "não haveria mais âmbito judiciário, e os tribunais se reduziriam a câmaras de registro"[49].

Não é à toa que, no mundo jurídico, dá-se tanta importância à teoria da argumentação, já que **todos os mecanismos do direito envolvem convencimento**, tanto por parte dos advogados, que têm que persuadir o juiz de que o seu cliente está com a razão, quanto por parte dos próprios magistrados, que através da obrigação de fundamentar as decisões judiciais[50] também se utilizam dos *topos* argumentativos.

Mesmo que fosse o seu desiderato, o processo em si nunca poderia ser um mecanismo idôneo para o descobrimento da verdade, mas, sim, apenas um instrumento de pacificação dos conflitos, como realmente o é, pois mesmo quando as lides são resolvidas, isso não implica dizer que se chegou à verdade, inacessível que esta é à jurisdição.

Por isso é que **o direito está no âmbito da retórica**, já que ele não se interessa por regras científicas, na medida em que a verdade é um luxo em comparação à tranquilidade proporcionada pela pacificação social, ou, como diriam os processualistas, pelos efeitos advindos da coisa julgada material.

49 REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3.

50 BRASIL. **Constituição Federal**. *In*: Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 77, art. 93, IX.

Mas isso não é de hoje, pois a retórica sempre esteve vinculada à práxis do direito. Ela não nasceu por razões estético-literárias, mas, sim, para resolver problemas tipicamente jurídicos em uma época em que ainda não existiam advogados[51]. E quando ela surgiu não havia preocupação alguma de natureza epistemológica – nem hoje, diga-se –, pois não interessa à retórica a busca da verdade, mas apenas o convencimento dos ouvintes.

Isso, diga-se, pode até causar repugnância social, e na verdade causa, mas o fato é que as piores causas necessitam da atenção dos melhores advogados, isto é, dos profissionais que melhor argumentam diante do péssimo direito subjetivo dos seus clientes, ou até da ausência desses direitos!

É que embora tal espécie de conduta – defender algo em que não se acredita ser verdadeiro – seja inconcebível para a ciência e principalmente para a sociedade, para o mundo jurídico isso é, no máximo, constrangedor, porém está longe de ser proibido, até porque o direito não tem nada que ver com a ciência.

Assim, embora a teoria jurídica pretenda objetividade metodológica, no mais das vezes ela não consegue atingir o fim proposto, já que não consegue nem organizar e hierarquizar os próprios critérios de decisão nem propor as diretrizes para conflitos inéditos, o que a reduz a uma descrição circunstanciada, provisória e *a posteriori* das opções de conduta[52], ou seja, a uma mera técnica.

Toda essa insegurança provém da língua, já que as palavras não têm significados certos, mas dúbios, haja vista que a relação da linguagem humana com os objetos é puramente convencional, sendo o significado e o significante estabelecidos arbitrariamente[53].

51 REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**, op. cit., p. 2.

52 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**, op. cit., p. 237.

53 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, op. cit., p. 37.

E essa é uma contribuição da filosofia analítica, ao dizer que o uso corrente das palavras em relação às coisas apresenta uma objetividade convencional e não essencial, de modo que as palavras e seus significados variam de comunidade para comunidade e de época para época[54], o que de fato acontece.

Assim, se as normas que regem um sistema jurídico podem ter significados distintos a depender do contexto em que estão inseridas, tornando-se objetos passíveis de atitudes interpretativas, o que dizer das decisões judiciais, originadas que são da interpretação destas normas ambíguas e multívocas.

Por isso é que este livro se opõe ao caráter científico do direito, até porque a criação de uma ciência a partir de tamanha insegurança linguística e falta de compromisso com a verdade é, no mínimo, algo problemático e um tanto precário. Neste trabalho, assume-se uma posição nitidamente retórica em relação ao fenômeno jurídico, que se caracteriza por uma postura gnoseológica que nega qualquer conteúdo a esse objeto, o que implica dizer que o direito é uma atitude linguística e não um objeto que possui uma ou outra característica[55], o que aparta o direito da ciência.

Assim, ao separar o direito da ciência, a retórica jurídica observa que o direito se encontra no âmbito da *doxa*, ou seja, na seara opinativa, o que o difere da *episteme*, que tem como característica a obtenção de resultados e a sua previsibilidade.

> A retórica justifica e argumenta, enquanto a ciência verifica e demonstra [...] o direito [...] é constrangido a fundamentar seus postulados, a ciência é obrigada a provar os seus; a atitude prescritiva diante do objeto jurídico é dogmática e se baseia na verossimilhança, a atitude científica é hipotética e se dirige pela probabilidade; o direito não busca o conhecimento, como o faz a ciência, mas sim o reconhecimento e a credibilidade[56].

54 Cf. AUSTIN, John Langshaw. **Quando fazer é dizer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

55 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**, op. cit., p. 224.

56 Idem, p. 224.

Há autores pátrios, porém, que discordam desta posição e afirmam que o direito é, sim, uma ciência. Nesta perspectiva, estudar direito é estudar um ramo do conhecimento humano, como a história, a sociologia e a economia. Esta é a posição de Miguel Reale[57], seguida por outros juristas, como Maria Helena Diniz[58].

De outro lado, porém, há a corrente liderada por Tércio Sampaio, que defende a ideia de que o direito não é uma ciência, mas sim uma *tecnologia* dotada de operadores específicos, chamados de juristas[59], responsáveis pela criação de um arcabouço teórico – o direito –, tendo em vista exclusivamente a tarefa prática de resolução dos conflitos que ocorram na sociedade[60], posição semelhante a que é adotada neste escorço teórico.

Já no que atina aos argumentos jurídicos, o problema é o mesmo, pois embora os juristas lhe coloquem uma pecha de racionalidade, o argumento não vale por ser empírica ou racionalmente verificável, ao contrário, ele vale por ser eficiente, ou seja, por ser facilmente enquadrável nas ambíguas, vagas e abstratas normas jurídicas, principalmente as constitucionais.

Não se quer dizer que os argumentos jurídicos e o próprio direito não tenham o seu lado racional, já que este é indissociável da espécie humana. O que se afirma é que nada indica que este lado – o racional – seja o predominante[61], como quer a maioria dos doutrinadores ao eleger o silogismo dedutivo como o principal método do direito, tema trabalhado no tópico abaixo.

57 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57.

58 Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

59 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, op. cit., p. 55.

60 Idem, p. 83.

61 ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**, op. cit., p. 234.

4 A crítica ao silogismo dedutivo como processo idôneo para obtenção da decisão judicial e como método de raciocínio jurídico

O silogismo dedutivo é definido como o método lógico por meio do qual a partir de uma premissa maior, que é universal e abstrata, e de uma premissa menor, que é particular e concreta, chega-se a uma conclusão[62].

No que atina à filosofia do direito, o tema apresenta muita controvérsia, na medida em que alguns afirmam que a maioria das decisões judiciais é resolvida silogisticamente, onde a regra jurídica faria o papel de premissa maior, o caso concreto, de premissa menor e a sentença, de conclusão[63], enquanto outros defendem que este não é o meio correto de raciocínio jurídico[64].

Argumentam os últimos que, **primeiro**, os juízes e advogados, quando realmente usam a lógica, utilizam-se de meios muito mais simples, haja vista que a lógica formal raramente é ensinada nas Faculdades de Direito ou encontrada nas decisões judiciais, nas petições e nos artigos jurídicos especializados[65].

Segundo, o silogismo não é, efetivamente, o meio lógico utilizado para se chegar às decisões judiciais[66], apesar de alguns juízes, como Posner, afirmarem isso[67]. Ele é, quando muito, uma forma de apresentar uma decisão cuja formação se deu por outros meios.

De fato, é equivocada a ideia de que a premissa maior seria a norma geral e a premissa menor o caso concreto para, a partir daí, se chegar

62 A propósito, cf. ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 25.

63 POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, op. cit., p. 56.

64 CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process.** New York: Dover, 2005, p. 6.

65 POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, op. cit., p. 72.

66 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**, op. cit., p. 325.

67 POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, op. cit., p. 56.

a uma decisão. A norma geral não se refere especificamente aos casos concretos refletidos na premissa menor; se há uma ordem a ser seguida, a norma geral vem depois[68].

Pelo menos é o que afirmou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Melo, quando foi relator de um julgamento de recurso extraordinário, cujo voto foi acolhido por unanimidade, donde se extraiu a seguinte ementa: "Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la"[69].

Longe de querer utilizar esta citação como argumento de autoridade – procedimento que é repudiado em nossos trabalhos –, mencionou-se esta ementa por acreditar na lucidez e na experiência deste magistrado, que traduz a ideia que queremos passar a esta altura da narrativa, no sentido de que **primeiro o juiz decide, depois é que ele vai buscar uma norma para fundamentar a sua decisão**. Do mesmo tipo é a alegação de Dworkin, quando diz que "a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a aplicação e adoção de uma nova regra"[70].

Além disso, a estrutura discursiva judicial não se mostra silogística – sendo apenas uma forma de apresentá-la – mas, sim, entimemática, dentre outros motivos, porque nem todas as normas estão explícitas, permanecendo ocultas[71, 72].

68 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**, op. cit., p. 326.

69 Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário n. 111.787 – Goiás, relator Aldir Passarinho, relator do acórdão Marco Aurélio Mello. **Diário de Justiça**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 13-9-1991, p. 12490, ementa v. 1633, p. 158. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 136, t. 3. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1991, p. 1292-1306.

70 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 46.

71 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**, op. cit., p. 326.

72 Cf. SOBOTTA, Katharina. **Don't Mention the Norm!** *In*: Internacional Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Traduzido por ADEODATO, João Maurício. Não mencione a norma. Anuário do Mestrado em Direito (da Faculdade de Direito do Recife), n. 7. Recife: Ed. UFPE, 2003, p. 251-73.

Pois bem. Mesmo que o raciocínio silogístico fosse considerado o método mais idôneo para a obtenção das decisões judiciais, estaria formado um novo problema, pois o raciocínio silogístico explicita conteúdos de uma essência sem apoio na experiência, o que é algo muito ruim, para não dizer inócuo, quando se refere à prática jurídica.

A função do silogismo não é estabelecer a verdade de um processo, mas demonstrar a validade lógica de um raciocínio, pois o silogismo encerra uma petição de princípio, cujo conteúdo da conclusão já está contido no estudo das premissas.

Isso acontece porque a lógica explora somente a relação entre as ideias, como ciência formal que é, mas desconsidera a relação destas com os fatos. Todavia, o direito não pode ser indiferente às questões práticas, empíricas[73], pois são essas experiências que o formarão como corpo doutrinário.

O fato é que o raciocínio silogístico é tão convincente e conhecido que os operadores do direito – advogados, juízes, membros do Ministério Público –, na ânsia de apresentar as suas atividades com a maior objetividade possível, fazem com que os seus raciocínios pareçam o máximo com um raciocínio silogístico[74, 75].

Isto porque tal espécie de expediente confere maior credibilidade e ciência para os seus discursos, requisitos tão caros a um bom texto retórico, demonstrando a similitude entre a crítica marxista e a retórica jurídica, teorias que tentam esclarecer o **viés legitimador do direito**, que busca inserir em seu próprio bojo, ainda que com desfaçatez, interesses de outra natureza, como, por exemplo, os relacionados à economia, conforme tivemos oportunidade de falar em outro trabalho[76].

73 POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, op. cit., p. 73.

74 Idem, p. 52.

75 Cf. SOBOTTA, Katharina. **Don't Mention the Norm!** *In*: Internacional Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Traduzido por ADEODATO, João Maurício. Não mencione a norma. Anuário do Mestrado em Direito (da Faculdade de Direito do Recife), n. 7. Recife: Ed. UFPE, 2003, p. 251-273.

76 BASTOS, Ronaldo. **Globalização e reforma do Judiciário:** uma análise do documento 319 do Banco Mundial

Marxist criticism of legal positivism: approach to rhetorical theory of law

Abstract

The aim of this paper is to highlight a Marxist and rhetorical critique of legal positivism, which represents law as a science with specific object and method recognizable in social level, not taking into consideration several issues related to its scientific status. It is argued that the attribution of this characteristic is an attempt to, by providing neutrality and objectivity to its operators, hide the power/duty of law to legitimize the class struggle that bulges civil society.

Key-words: Legal philosophy; legal positivism; Marxism; rhetoric.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2002.

como contribuição à teoria marxista do direito, p. 255-279. *In:* FEITOSA, Enoque *et al* (org.). Estudos acerca da efetividade do processo e realismo jurídico. Recife: Faculdade Maurício de Nassau, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando fazer é dizer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da natureza da interpretação:** Nova Atlântida. Trad. Jose Aluysio Reis de Andrade. Col. Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1973.

BASTOS, Ronaldo. **Globalização e reforma do Judiciário:** uma análise do documento 319 do Banco Mundial como contribuição à teoria marxista do direito, p. 255-279. *In:* FEITOSA, Enoque *et al* (org.). Estudos acerca da efetividade do processo e realismo jurídico. Recife: Faculdade Maurício de Nassau, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal**. *In*: Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 77, art. 93, IX.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process.** New York: Dover, 2005.

Marxist criticism of legal positivism: approach to rhetorical theory of law

Abstract

The aim of this paper is to highlight a Marxist and rhetorical critique of legal positivism, which represents law as a science with specific object and method recognizable in social level, not taking into consideration several issues related to its scientific status. It is argued that the attribution of this characteristic is an attempt to, by providing neutrality and objectivity to its operators, hide the power/duty of law to legitimize the class struggle that bulges civil society.

Key-words: Legal philosophy; legal positivism; Marxism; rhetoric.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2002.

como contribuição à teoria marxista do direito, p. 255-279. *In:* FEITOSA, Enoque *et al* (org.). Estudos acerca da efetividade do processo e realismo jurídico. Recife: Faculdade Maurício de Nassau, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando fazer é dizer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da natureza da interpretação:** Nova Atlântida. Trad. Jose Aluysio Reis de Andrade. Col. Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1973.

BASTOS, Ronaldo. **Globalização e reforma do Judiciário:** uma análise do documento 319 do Banco Mundial como contribuição à teoria marxista do direito, p. 255-279. *In:* FEITOSA, Enoque *et al* (org.). Estudos acerca da efetividade do processo e realismo jurídico. Recife: Faculdade Maurício de Nassau, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal**. *In*: Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 77, art. 93, IX.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process.** New York: Dover, 2005.

Marxist criticism of legal positivism: approach to rhetorical theory of law

Abstract

The aim of this paper is to highlight a Marxist and rhetorical critique of legal positivism, which represents law as a science with specific object and method recognizable in social level, not taking into consideration several issues related to its scientific status. It is argued that the attribution of this characteristic is an attempt to, by providing neutrality and objectivity to its operators, hide the power/duty of law to legitimize the class struggle that bulges civil society.

Key-words: Legal philosophy; legal positivism; Marxism; rhetoric.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2002.

como contribuição à teoria marxista do direito, p. 255-279. *In:* FEITOSA, Enoque *et al* (org.). Estudos acerca da efetividade do processo e realismo jurídico. Recife: Faculdade Maurício de Nassau, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando fazer é dizer**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da natureza da interpretação:** Nova Atlântida. Trad. Jose Aluysio Reis de Andrade. Col. Pensadores. São Paulo: Abril cultural, 1973.

BASTOS, Ronaldo. **Globalização e reforma do Judiciário:** uma análise do documento 319 do Banco Mundial como contribuição à teoria marxista do direito, p. 255-279. *In:* FEITOSA, Enoque *et al* (org.). Estudos acerca da efetividade do processo e realismo jurídico. Recife: Faculdade Maurício de Nassau, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal**. *In*: Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 77, art. 93, IX.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process.** New York: Dover, 2005.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo: catecismo positivista. Trad. de José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 1996.

HOLMES, Oliver Wendell. **The path of the law and the common law**. New York: Kaplan, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003 (Coleção primeiros passos; 62).

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SOBOTTA, Katharina. **Don't Mention the Norm!** *In*: Internacional Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Traduzido por ADEODATO, João Maurício. Não mencione a norma. Anuário do Mestrado em Direito (da Faculdade de Direito do Recife), n. 7. Recife: Ed. UFPE, 2003, p. 251-273.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário n. 111.787 – Goiás, relator Aldir Passarinho, relator do acórdão Marco Aurélio Mello. Diário de Justiça. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 13-9-1991, p. 12490, ementa v. 1633, p. 158. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 136, t. 3. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1991, p. 1292-1306.

WALTER, Robert. **A "teoria pura do direito"**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. *In*: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Referência deste artigo

BASTOS, Ronaldo. A crítica marxista ao positivismo jurídico: aproximações com a teoria retórica do direito. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 473-498, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 12 abr. 2011. Aprovado em: 2 maio 2011.*

Acesso à justiça e tutela jurisdicional reintegratória: concretização do direito à reintegração no emprego após o despojamento ilegal do empregado

Sergio Torres Teixeira
Juiz do Trabalho – 6ª Região. Professor da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, Escola Superior da Magistratura do Trabalho – ESMAPE, Faculdade Boa Viagem – FBV

Resumo

O modelo brasileiro de proteção à relação de emprego, em consonância com o princípio da continuidade, é formado por institutos que se destinam a proporcionar o prosseguimento do contrato empregatício, a ponto de estipular a nulidade do ato de despojamento praticado em arrepio às suas medidas de restrição ao exercício do direito de despedir. Caso as normas sejam descumpridas, o empregado terá que utilizar o modelo processual para materializar o direito à reintegração. Como este consiste em restituere in integrum, restituindo integralmente o estado anterior ao ato invalidado, a tutela jurisdicional reintegratória consiste em uma tutela reparatória específica envolvendo três prestações a ser cumpridas pelo empregador: pagar uma indenização reparatória; promover o retorno físico do empregado e respectivo registro documental. Para proporcionar a inserção do obreiro dentro de uma realidade jurídica na qual o seu direito à reintegração não será limitado à previsão abstrata do legislador, será essencial assegurar a plena efetividade do modelo processual enquanto instrumento assecuratório de real acesso à justiça.

Palavras-chave: Reintegração no Emprego. Tutela Jurisdicional. Acesso à Justiça.

Acesso à justiça e tutela jurisdicional reintegratória: concretização do direito à reintegração no emprego após o despojamento ilegal do empregado

Sergio Torres Teixeira
Juiz do Trabalho – 6ª Região. Professor da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, Escola Superior da Magistratura do Trabalho – ESMAPE, Faculdade Boa Viagem – FBV

Resumo

O modelo brasileiro de proteção à relação de emprego, em consonância com o princípio da continuidade, é formado por institutos que se destinam a proporcionar o prosseguimento do contrato empregatício, a ponto de estipular a nulidade do ato de despojamento praticado em arrepio às suas medidas de restrição ao exercício do direito de despedir. Caso as normas sejam descumpridas, o empregado terá que utilizar o modelo processual para materializar o direito à reintegração. Como este consiste em restituere in integrum, restituindo integralmente o estado anterior ao ato invalidado, a tutela jurisdicional reintegratória consiste em uma tutela reparatória específica envolvendo três prestações a ser cumpridas pelo empregador: pagar uma indenização reparatória; promover o retorno físico do empregado e respectivo registro documental. Para proporcionar a inserção do obreiro dentro de uma realidade jurídica na qual o seu direito à reintegração não será limitado à previsão abstrata do legislador, será essencial assegurar a plena efetividade do modelo processual enquanto instrumento assecuratório de real acesso à justiça.

Palavras-chave: Reintegração no Emprego. Tutela Jurisdicional. Acesso à Justiça.

I Introdução

Decretada a ilicitude da despedida de um empregado, como conseqüência da violação a alguma norma de restrição ao exercício do direito de despedir, a conseqüência natural de tal quadro é a invalidação do respectivo ato resilitório e o restabelecimento do elo empregatício irregularmente rompido. Tal é a consequencia da incidência do artigo 9º da CLT, que impõe a nulidade de pleno direito dos atos praticados com o intuito de fraudar ou desrespeitar os ditames da legislação trabalhista, fazendo prevalecer o interesse público sobre o interesse o particular ou de classe, conforme determinado no artigo anterior do mesmo diploma legal (artigo 8º da CLT).

A transgressão a uma das normas restritivas da prática da dispensa, como uma das diversas modalidades de estabilidade jurídica no emprego ou uma regra de proibição à despedida abusiva, evidencia a violação ao interesse público de forma evidente. Todas as normas de restrição revelam caráter protecionista, sejam de estabilidade jurídica no emprego, sejam de proibição de dispensa abusiva. As respectivas regras, assim, são cogentes e de ordem pública, tutelando acima de tudo o interesse público no controle do direito de despedir.

A decretação da nulidade do respectivo ato resilitório praticado ilicitamente pelo empregador, destarte, ocorre primariamente no interesse da própria sociedade.

Manifesta é a nulidade do ato resilitório quando despedido um empregado estável, sem o prévio reconhecimento da falta grave através de um inquérito judicial ou, nos casos nos quais tal procedimento não é exigido, simplesmente sem o preenchimento dos requisitos caracterizadores de uma dispensa por justa causa. A transgressão direta às normas legais aplicáveis deixa evidente o enquadramento do ato como nulo.

Igual destino segue o ato resilitório que viola norma proibitiva de despedida abusiva. Praticada a dispensa em tais moldes, com o exercício de forma anti-social de um direito legítimo a ponto de ferir interesses que transcendem o âmbito individual do empregado, é igualmente clara a caracterização da nulidade. Por ser o abuso do direito a forma mais detestável de afrontar os interesses sociais tutelados pelo legislador, o ato nasce natimorto, como nulo que é, aguardando apenas a sua necessária decretação.

A despedida reconhecida como ilegal, pois, é uma dispensa nula. A sua invalidação, por conseguinte, só pode produzir tal resultado.

Agora, quais são exatamente os efeitos materiais decorrentes da decretação da nulidade da despedida do empregado?

Sendo um ato nulo, a invalidação do dispensa deve ensejar a retroação dos efeitos da decretação, até a data na qual o empregado foi originalmente privado do seu emprego. Efeitos *ex tunc*, portanto, restituindo os sujeitos ao estado anterior e extirpando os efeitos produzidos durante o período de afastamento[1], ou, na inviabilidade da eliminação dos efeitos já concretizados, ressarcido dos prejuízos decorrentes. O empregado, pois, deve ser restituído no seu antigo posto empregatício como se nunca estivesse sido privado do mesmo.

Dentro de tal contexto, no entanto, como proceder a tal restabelecimento? Ou seja, como promover tal quadro de restituição plena em virtude da nulidade do ato?

Em síntese:como assegurar a concretização do direito de acesso à justiça do empregado ilegalmente despojado do seu emprego?

1 A expressão "período de afastamento" é utilizada como sinônimo do espaço de tempo entre o ato de despojamento e o retorno efetivo do empregado. O termo "afastamento", destarte, é empregado na sua acepção ampla, abrangendo o despojamento em virtude de suspensão ou de dispensa.

II Concretização da Reintegração no Emprego: Acesso à Justiça e o Monopólio da Via da Tutela Jurisdicional

Quando ilegalmente despojado do seu emprego, a reintegração do respectivo empregado pode, em tese, ocorrer por meio de diversos meios de composição de conflitos, alternativos à jurisdição estatal. Nesse sentido, nada obsta que a reintegração seja definida internamente na empresa, mediante o julgamento de um recurso administrativo impetrado por um empregado público. De igual forma, pode ser estabelecida como parte do resultado da negociação individual realizada por meio da mediação de fiscais da órgão local do Ministério do Trabalho e do Emprego, ou, ainda, decorrer de conciliação extrajudicial promovida pelas comissões de conciliação prévia.

Mesmo a arbitragem privada pode surgir como meio de promover a reintegração de um empregado, desde que ambas as partes espontaneamente concordem em submeter o seu conflito a tal modalidade privada de heterocomposição e a sentença arbitral, após acolher a pretensão do empregado, seja cumprida sem resistência do empregador.[2]

Na teoria, tal quadro é realizável.

Na prática, a realidade é outra.

Sem qualquer de dúvida, é do processo jurisdicional o monopólio pertinente à concretização da reintegração no emprego. Apenas em raríssimas exceções a reintegração do empregado se origina de medida alheia àquelas peculiares à jurisdição estatal.

2 Deve ser destacado, contudo, a grande controvérsia acerca da admissibilidade do processo arbitral como forma de composição de dissídios individuais trabalhistas. Para muitos juristas, a natureza tuitiva do Direito Individual do Trabalho e a indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos individuais impede a admissibilidade de tal forma de heterocomposição privada.

A fórmula estatal da tutela jurisdicional, por conseguinte, se apresenta na verdade como a única via apta a proporcionar o restabelecimento do elo de emprego ilegalmente rompido.

Daí a importância do modelo processual trabalhista, enquanto único instrumento realmente capaz de assegurar o acesso à justiça no caso de um empregado ilegalmente despojado do seu emprego. De fato, sendo a reintegração quase que exclusivamente judicial, a efetividade do sistema processual assume proporções ainda mais relevantes.

Quais são exatamente, por sua vez, os contornos da reintegração judicial no emprego, enquanto forma de tutela jurisdicional?

III Prestação Jurisdicional e Tutela Jurisdicional

Antes de proceder ao enquadramento da reintegração no emprego como espécie de tutela jurisdicional, torna-se necessário distinguir tutela jurisdicional e prestação jurisdicional.

Prestação deriva do latim *praestatio*, de *praestare* (dar ou fornecer), significando "ação de prestar"[3] ou "ação de satisfazer"[4], ou seja, o ato pelo qual se cumpre um dever ou se satisfaz uma obrigação. No âmbito da atividade jurisdicional do Estado, corresponde ao ato pelo qual o juiz cumpre o seu ofício judicante, compondo o conflito submetido à sua apreciação. Trata-se, pois, da satisfação do direito à resolução da lide, isto é, da definição ou concretização da norma abstrata em face da contenda. A prestação jurisdicional, destarte, é simplesmente a atividade estatal de solucionar o litígio apresentado pelas partes, cumprindo com

3 *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.293.

4 *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*: 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, 1.634. Na acepção jurídica, segundo tal dicionário, prestação seria "ato pelo qual alguém cumpre a obrigação que lhe cabe, na forma estipulada no contrato".

o dever do Estado de decidir a questão (definir o mérito da causa[5]), para entregar aos litigantes o provimento jurisdicional adequado.

O direito à prestação jurisdicional, portanto, se insere no conceito de direito de ação em sentido amplo[6]. Representa o direito de submeter uma questão litigiosa à apreciação do Estado-Juiz e de obter deste um provimento jurisdicional apto a proporcionar a solucionar da lide. É comum a todos os que procuram o Judiciário para dirimir os seus conflitos, autor (reclamante), réu (reclamado) e até os terceiros intervenientes[7]. Independentemente do resultado final. Tanto o vencedor como o vencido, pois, tem direito à prestação jurisdicional, pois a composição do conflito se dirige a ambos. A todos os "postulantes", assim, é assegurado o direito à solução jurisdicional, ou melhor, o direito à devida prestação jurisdicional.[8]

5 Excepcionalmente, quando presente vício processual irremediável ou não sanado oportunamente, ou quadro tipificado como incompatível como o prosseguimento da demanda, o processo poderá ser encerrado prematuramente, sem o julgamento do mérito da causa. É o que estabelece o artigo 267 do CPC: "Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial; II – quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII – pela convenção de arbitragem; VIII – quando o autor desistir da ação; IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X – quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI – nos demais casos prescritos neste Código".

6 Em sentido amplo, o direito de ação abrange todas as formas de postulação em juizo, inclusive, por exemplo, as exercidas pelo réu na fase contestatória.

7 Os chamados terceiro intervenientes, da mesma forma como as partes originárias, fazem jus à prestação jurisdicional devida. Tanto nas modalidades típicas de intervenção de terceiro (oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo), como nas atípicas (assistência, embargos de terceiro, concurso de terceiro e recurso do terceiro prejudicado).

8 Tal quadro decorre da natureza abstrata do direito de ação. A ação, tanto quando considerada em seu sentido amplo (isto é, abrangendo toda postulação dirigida ao juiz, inclusive a própria contestação do réu), como em seu sentido estrito (direito próprio do autor ou sujeito equivalente – como, por exemplo, o reconvinte), não depende da existência do direito substancial invocado e que se pretende ver reconhecido ou concretizado através do processo jurisdicional. Além de não se confundir com o suposto direito material apontado (autonomia do direito de ação), o direito de ação existe mesmo que este direito afirmado venha a ser reconhecido como inexistente pelo juiz (caráter abstrato do direito de ação). Isso porque o direito de ação, como conseqüência de sua instrumentalidade, corresponde ao direito de provocar o Estado para que este cumpra o seu dever de compor a lide. Isto é, representa o direito a um provimento do juiz que venha a proporcionar a solução justa para a causa, independentemente de ter o magistrado reconhecido o direito apontado ou negado a existência deste. Acolhendo ou rejeitando a(s) pretensão(ões), o julgamento do mérito da causa resolve a questão litigiosa e, assim, faz com que o Estado cumpra o seu dever de prestação jurisdicional. Vide José Eduardo Carreira Alvim (*Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 7ª edição, p. 120)

A prestação jurisdicional do Estado, destarte, é direcionada indistintamente a todos os sujeitos do litígio.

O mesmo não ocorre, entretanto, com a tutela jurisdicional.

Tutela, do latim *tutelä,ae* (tudo que defende ou protege), significa, em sentido amplo, "defesa, amparo, proteção"[9] ou "proteção exercida em relação a alguém ou a algo mais frágil"[10] . Tutela jurídica, por sua vez, corresponde à proteção a direitos proporcionada pelo Estado em dois planos: mediante a definição de normas disciplinadoras da convivência social e através das atividades dedicadas a assegurar a efetividade de tais normas. Tal proteção abrange, destarte, tanto o sistema normativo abstrato, como os meios de concretização dos direitos materiais assegurados naquele.[11]

Como a atividade jurisdicional do Estado constitui um desses meios pelos quais se concretiza a atuação do direito material abstratamente fixado nas normas do ordenamento jurídico, constata-se a existência no âmbito da tutela jurídica de uma "tutela jurisdicional" ao lado de uma "tutela material", sendo esta proporcionada por aquela através do processo jurisdicional, quando devidamente provocada a intervenção do Judiciário. [12]

9 *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*: 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2.019.

10 *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.790.

11 A tutela jurídica, segundo Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.119), "inclui, portanto, o complexo abstrato de normas jurídicas composta pela totalidade do chamado direito objetivo e pela parcela deste que autoriza o particular, ou quem se coloque diante do ordenamento, a postular alegações fundadas naquelas normas, bem como prevê os meios de atuação das normas e sanções previstas, o que se faz por intermédio das tutelas administrativa e jurisdicional".

12 Leciona Luiz Guilherme Marinoni (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 400) que "a ação processual, portanto, ao desembocar em uma tutela jurisdicional, deve permitir a realização da tutela inerente ao direito material, tutela essa que visa a garantir a situação de utilidade insita na relação sujeito/bem. É possível falar, assim, em tutela jurisdicional e tutela material. A tutela jurisdicional é aquela que, no plano do processo, tem o compromisso de realizar plenamente a tutela que decorre do direito material, ou seja, a própria tutela material".

o dever do Estado de decidir a questão (definir o mérito da causa[5]), para entregar aos litigantes o provimento jurisdicional adequado.

O direito à prestação jurisdicional, portanto, se insere no conceito de direito de ação em sentido amplo[6]. Representa o direito de submeter uma questão litigiosa à apreciação do Estado-Juiz e de obter deste um provimento jurisdicional apto a proporcionar a solucionar da lide. É comum a todos os que procuram o Judiciário para dirimir os seus conflitos, autor (reclamante), réu (reclamado) e até os terceiros intervenientes[7]. Independentemente do resultado final. Tanto o vencedor como o vencido, pois, tem direito à prestação jurisdicional, pois a composição do conflito se dirige a ambos. A todos os "postulantes", assim, é assegurado o direito à solução jurisdicional, ou melhor, o direito à devida prestação jurisdicional.[8]

5 Excepcionalmente, quando presente vício processual irremediável ou não sanado oportunamente, ou quadro tipificado como incompatível como o prosseguimento da demanda, o processo poderá ser encerrado prematuramente, sem o julgamento do mérito da causa. É o que estabelece o artigo 267 do CPC: "Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial; II – quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII – pela convenção de arbitragem; VIII – quando o autor desistir da ação; IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X – quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI – nos demais casos prescritos neste Código".

6 Em sentido amplo, o direito de ação abrange todas as formas de postulação em juízo, inclusive, por exemplo, as exercidas pelo réu na fase contestatória.

7 Os chamados terceiro intervenientes, da mesma forma como as partes originárias, fazem jus à prestação jurisdicional devida. Tanto nas modalidades típicas de intervenção de terceiro (oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo), como nas atípicas (assistência, embargos de terceiro, concurso de terceiro e recurso do terceiro prejudicado).

8 Tal quadro decorre da natureza abstrata do direito de ação. A ação, tanto quando considerada em seu sentido amplo (isto é, abrangendo toda postulação dirigida ao juiz, inclusive a própria contestação do réu), como em seu sentido estrito (direito próprio do autor ou sujeito equivalente – como, por exemplo, o reconvinte), não depende da existência do direito substancial invocado e que se pretende ver reconhecido ou concretizado através do processo jurisdicional. Além de não se confundir com o suposto direito material apontado (autonomia do direito de ação), o direito de ação existe mesmo que este direito afirmado venha a ser reconhecido como inexistente pelo juiz (caráter abstrato do direito de ação). Isso porque o direito de ação, como conseqüência de sua instrumentalidade, corresponde ao direito de provocar o Estado para que este cumpra o seu dever de compor a lide. Isto é, representa o direito a um provimento do juiz que venha a proporcionar a solução justa para a causa, independentemente de ter o magistrado reconhecido o direito apontado ou negado a existência deste. Acolhendo ou rejeitando a(s) pretensão(ões), o julgamento do mérito da causa resolve a questão litigiosa e, assim, faz com que o Estado cumpra o seu dever de prestação jurisdicional. Vide José Eduardo Carreira Alvim (*Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 7ª edição, p. 120)

A prestação jurisdicional do Estado, destarte, é direcionada indistintamente a todos os sujeitos do litígio.

O mesmo não ocorre, entretanto, com a tutela jurisdicional.

Tutela, do latim *tutelä,ae* (tudo que defende ou protege), significa, em sentido amplo, "defesa, amparo, proteção"[9] ou "proteção exercida em relação a alguém ou a algo mais frágil"[10] . Tutela jurídica, por sua vez, corresponde à proteção a direitos proporcionada pelo Estado em dois planos: mediante a definição de normas disciplinadoras da convivência social e através das atividades dedicadas a assegurar a efetividade de tais normas. Tal proteção abrange, destarte, tanto o sistema normativo abstrato, como os meios de concretização dos direitos materiais assegurados naquele.[11]

Como a atividade jurisdicional do Estado constitui um desses meios pelos quais se concretiza a atuação do direito material abstratamente fixado nas normas do ordenamento jurídico, constata-se a existência no âmbito da tutela jurídica de uma "tutela jurisdicional" ao lado de uma "tutela material", sendo esta proporcionada por aquela através do processo jurisdicional, quando devidamente provocada a intervenção do Judiciário. [12]

9 *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa:* 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2.019.

10 *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.790.

11 A tutela jurídica, segundo Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral.* São Paulo: Malheiros, 2000. p.119), "inclui, portanto, o complexo abstrato de normas jurídicas composta pela totalidade do chamado direito objetivo e pela parcela deste que autoriza o particular, ou quem se coloque diante do ordenamento, a postular alegações fundadas naquelas normas, bem como prevê os meios de atuação das normas e sanções previstas, o que se faz por intermédio das tutelas administrativa e jurisdicional".

12 Leciona Luiz Guilherme Marinoni (*Tutela inibitória: individual e coletiva.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p. 400) que "a ação processual, portanto, ao desembocar em uma tutela jurisdicional, deve permitir a realização da tutela inerente ao direito material, tutela essa que visa a garantir a situação de utilidade ínsita na relação sujeito/bem. É possível falar, assim, em tutela jurisdicional e tutela material. A tutela jurisdicional é aquela que, no plano do processo, tem o compromisso de realizar plenamente a tutela que decorre do direito material, ou seja, a própria tutela material".

Na seara do modelo processual, assim, a tutela jurisdicional representa o resultado produzido pela decisão judicial que reconhece e resguarda, concretamente, o direito material da parte vencedora[13]. Isto é, constitui a tutela proporcionada pelo provimento jurisdicional[14] que ampara e assegura o interesse que o Estado-Juiz reconhece como aquele que deve ser preservado diante da situação de conflito, promovendo a concretização. Nesse sentido, é a proteção decorrente de medida judicial que, satisfazendo a pretensão do vencedor da demanda, concretiza a situação jurídica que lhe beneficia no plano prático.[15]

Como conseqüência, enquanto toda parte processual faz jus à prestação jurisdicional[16], a tutela jurisdicional é proporcionada apenas ao litigante cujo direito substantivo foi reconhecido pelo magistrado como merecedor da proteção do Estado-Juiz.[17]

IV Tipologia da Tutela Jurisdicional

Feita a apresentação do tema, torna-se oportuno examinar, ao menos sucintamente, as diversas modalidades de tutela jurisdicional previstas

13 A tutela jurisdicional, assim, não representa a própria decisão judicial ou o próprio provimento decretado pelo juiz, mas a tutela proporcionada por tais elementos. Nesse sentido, Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral.* São Paulo: Malheiros, 2000. p.122), ao afirmar que "a tutela jurisdicional seria o resultado do processo em que essa função se exerce através das decisões tomadas pelos juízes. Ou seja, não se confunde com a decisão, porque lhe é exterior".

14 Provimento jurisdicional, merece ser esclarecido, constitui a própria decisão judicial, incidental ou final, que traduz um ato imperativo decorrente do exercício do poder jurisdicional. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil.* Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 147), "no processo de conhecimento, que é estruturado para produzir o *julgamento* da pretensão, o provimento *final* é a sentença de mérito, com que o juiz a julga procedente, ou improcedente, ou procedente em parte (CPC, art. 459); na execução, o provimento *final* é o ato com que o juiz manda entregar o bem. Em todas as espécies de processo existem provimentos *interlocutórios*, emitidos na pendência do processo, sem pôr-lhe fim e destinados à preparação do provimento final".

15 Segundo Cândido Rangel Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno.* 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 315), "tutela jurisdicional é o amparo que os juízes, no exercício da jurisdição, oferecem ao litigante que tiver razão (sempre, Liebman), ou seja, é a concreta e efetiva oferta dos bens ou situações jurídicas que o favoreça na realidade da vida. É, em outras palavras, a real satisfação de uma pretensão".

16 Logicamente, desde que satisfeitos os pressupostos processuais e as condições da ação.

17 Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (*Tutela jurisdicional de urgência: medidas cautelares e antecipatórias.* São Paulo: América Jurídica, 2001, p. 2).

no modelo processual brasileiro, para somente então abordar especificamente a pertinente à reintegração judicial do empregado.[18]

A tutela jurisdicional, por se destinar à concretização do direito substantivo da parte vencedora, deve ter, necessariamente, uma ampla variedade de espécies. Para a pluralidade de situações disciplinadas pelo direito material, é imprescindível à boa técnica processual a existência de uma correspondente diversidade de meios jurisdicionais aptos a proporcionar a satisfação da pretensão daquele que, sentindo-se lesado ou ameaçado de sofrer lesão, provoca o Judiciário em busca de uma composição judicial para o litígio. Em outras palavras, a diversidade de modalidades de tutela jurisdicional simplesmente reflete a multiplicidade de soluções previstas no âmbito do direito material. E é em virtude de tal correspondência harmoniosa de diversidade, portanto, que o modelo brasileiro de processo jurisdicional prevê os vários meios processuais encontrados na legislação pátria. [19]

Nesse contexto se situa a tripartição clássica da tutela jurisdicional, dividida pela doutrina tradicional em três vertentes: a) atutela cognitiva (próprio do processo de conhecimento, envolvendo a definição da solução a ser dada à questão litigiosa, proporcionada pelo provimento correspondente ao julgamento do mérito da causa); b) a tutela executiva (também conhecida como tutela executiva *stricto sensu*) típica do processo de execução (quadro atualmente relativizado na seara do processo civil, com a introdução do sincretismo processual proporcionado pela inserção da fase de "cumprimento de sentença" dentro do processo

18 A literatura especializada apresenta inúmeras propostas de sistematização teórica das diferentes modalidades de tutela jurisdicional. Cada doutrinador apresenta um organograma próprio, segundo critérios próprios. Tal quadro naturalmente leva à falta de uniformidade, e, como conseqüência, inexiste na doutrina uma classificação imune a críticas e restrições. Considerando a importância do tema para facilitar a compreensão da modalidade denominada de tutela jurisdicional reintegratória, entretanto, a seguir será apresentada uma sistematização simples e objetiva, norteada pela objetividade, com a finalidade de permitir a adequada visualização do instituto em tela.

19 Leciona Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil.* Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 147) que "na variedade de provimentos, procedimentos e processos reside a multiplicidade dos meios de outorga de tutela jurisdicional existentes numa ordem jurídica. *As soluções estão no direito substancial, os meios de impô-las são processuais*".

civil de conhecimento), ensejando a satisfação de direito através do cumprimento forçado de obrigação constante em título executivo); e c) a tutela cautelar, decorrentes das medidas cautelares nominadas e inominadas, destinadas a prevenir danos por meio da neutralização dos efeitos nocivos da morosidade processual.

De tal triologia decorre, evidentemente, a classificação tripartite encontrada na quase totalidade das obras da literatura especializada, cuja sistematização moderna é normalmente atribuída a Giuseppe Chiovenda[20].[21]

A tutela jurisdicional cognitiva (também conhecida como tutela declaratória *lato sensu*[22]), por sua vez, é tradicionalmente subdividida em tutela meramente declaratória (simplesmente afirma ou nega a existência de direito, sem nada alterar na respectiva situação jurídica), tutela constitutiva (cria, modifica ou extingue a relação jurídica entre os litigantes) e tutela condenatória (impõe obrigação a ser cumprida pelo vencido), sempre segundo a conseqüência formal decorrente do respectivo provimento[23].

Outro critério classificação da tutela jurisdicional se funda na índole dos resultados produzidos no plano jurídico material (ou seja, segundo o critério da forma como é afetada a realidade do beneficiado pela tutela, considerando os danos já sofridos ou que podem vir a sofrer).

20 Vide Giuseppe Chiovenda (*Instituições do direito processual civil.*Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998).

21 Processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar. Ação de conhecimento, ação de execução, ação cautelar. A classificação tripartite é tradicional no direito processual brasileiro, ainda sob a influência da obra de Giuseppe Chiovenda. A superação dessa tríade clássica, provocada pela sua inadequação aos anseios da sociedade moderna, será abordada mais adiante, em outra parte do presente trabalho, quando serão analisadas as chamadas tutela mandamental e tutela executiva *latu sensu*. De qualquer modo, deve ser ressaltado que tal tripartição não enseja o surgimento de categorias separadas por paredes impermeáveis. Na tutela jurisdicional cautelar, por exemplo, não há como negar a existência de tutela cognitiva quando do julgamento da "pretensão cautelar". A divisão, destarte, reflete a natureza preponderante da espécie de proteção pretendida.

22 Em tal sentido, Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral.* São Paulo: Malheiros, 2000, p.129).

23 É perfeitamente possível, deve ser destacado, que uma sentença judicial contenha diversos provimentos de tutelas jurisdicionais distintas, em diferentes "capítulos" da sentença. como, por exemplo, uma sentença de divórcio litigioso que, além de constituir uma nova situação jurídica (os litigantes passam a ter o estado civil de divorciados), impõe uma obrigação a ser cumprida (os alimentos fixados na decisão, que devem ser pagos por um cônjuge ao outro). Em tal sentido, Cândido Rangel Dinamarco (*Capítulos de sentença.* São Paulo: Malheiros, 2002).

Dentro de tal contexto, a tutela jurisdicional é dividida em três modalidades: 1) tutela preventiva; 2) tutela reparatória; e 3) tutela sancionatória.

Nesta última, é proporcionada ao litigante vencedor uma situação jurídica nova em face de comportamento ilícito de seu adversário. A tutela sancionatória, assim, enseja a produção de um novo *status*, em virtude de sanção prevista no âmbito do direito material para beneficiar a vítima e punir o faltoso. A penalidade, portanto, decorre de preceito de direito material, sendo o processo jurisdicional utilizado como meio para a sua aplicação. É o exemplo da tutela jurisdicional proporcionada por sentença trabalhista que reconhece a dispensa indireta do reclamante, produzindo a resolução do contrato de emprego em virtude de conduta faltosa do empregador. [24]

A tutela preventiva, por seu turno, se destina a resguardar o direito sob ameaça de atentado, isto é, eliminar ou diminuir o risco de transgressão a direitos e evitar o surgimento ou prosseguimento de situações periclitantes. A pretensão que a enseja, assim, consiste em obstar a ocorrência de danos em face tal de quadro. A tutela preventiva, assim, assim, impede a violação de direitos e o desenvolvimento ou permanência de situações de perigo. Se a prevenção do dano for proporcionada através da proibição de alguma conduta, através da condenação do vencido a se abster de determinada prática, surge a chamada tutela inibitória, com exatamente tal fim: inibir o surgimento, o prosseguimento ou a repetição de ato ilícito mediante o veto a determinada conduta[25]. Exemplo seria a tutela jurisdicional vedando ao empregador o prosseguimento do

24 Tal índole sancionatória, por sua vez, não deve ser confundido com aquela típica da tutela executiva. A tutela sancionatória envolve penalidade prevista no direito material. A natureza sancionatória da tutela executiva, por sua vez, decorre do título executivo que lhe serve de fundamento. Em tal sentido, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil.* Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 154).

25 Em determinados casos, merece ser ressaltado, a tutela inibitória impõe primeiro a prática de um ato ou a adoção de uma conduta positiva, para somente então assegurar o comportamento de abstenção. Nesse sentido, a hipótese de tutela jurisdicional destinada a proibir o empregador de expor os seus empregados a ambiente inseguro em determinada dependência da fábrica caracterizada pela presença de gases venenosos, que, para tanto, exige a colocação de um filtro especial no setor de máquinas industriais da empresa.

civil de conhecimento), ensejando a satisfação de direito através do cumprimento forçado de obrigação constante em título executivo); e c) a tutela cautelar, decorrentes das medidas cautelares nominadas e inominadas, destinadas a prevenir danos por meio da neutralização dos efeitos nocivos da morosidade processual.

De tal triologia decorre, evidentemente, a classificação tripartite encontrada na quase totalidade das obras da literatura especializada, cuja sistematização moderna é normalmente atribuída a Giuseppe Chiovenda[20].[21]

A tutela jurisdicional cognitiva (também conhecida como tutela declaratória *lato sensu*[22]), por sua vez, é tradicionalmente subdividida em tutela meramente declaratória (simplesmente afirma ou nega a existência de direito, sem nada alterar na respectiva situação jurídica), tutela constitutiva (cria, modifica ou extingue a relação jurídica entre os litigantes) e tutela condenatória (impõe obrigação a ser cumprida pelo vencido), sempre segundo a conseqüência formal decorrente do respectivo provimento[23].

Outro critério classificação da tutela jurisdicional se funda na índole dos resultados produzidos no plano jurídico material (ou seja, segundo o critério da forma como é afetada a realidade do beneficiado pela tutela, considerando os danos já sofridos ou que podem vir a sofrer).

20 Vide Giuseppe Chiovenda (*Instituições do direito processual civil*.Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998).

21 Processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar. Ação de conhecimento, ação de execução, ação cautelar. A classificação tripartite é tradicional no direito processual brasileiro, ainda sob a influência da obra de Giuseppe Chiovenda. A superação dessa tríade clássica, provocada pela sua inadequação aos anseios da sociedade moderna, será abordada mais adiante, em outra parte do presente trabalho, quando serão analisadas as chamadas tutela mandamental e tutela executiva *latu sensu*. De qualquer modo, deve ser ressaltado que tal tripartição não enseja o surgimento de categorias separadas por paredes impermeáveis. Na tutela jurisdicional cautelar, por exemplo, não há como negar a existência de tutela cognitiva quando do julgamento da "pretensão cautelar". A divisão, destarte, reflete a natureza preponderante da espécie de proteção pretendida.

22 Em tal sentido, Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.129).

23 É perfeitamente possível, deve ser destacado, que uma sentença judicial contenha diversos provimentos de tutelas jurisdicionais distintas, em diferentes "capítulos" da sentença. como, por exemplo, uma sentença de divórcio litigioso que, além de constituir uma nova situação jurídica (os litigantes passam a ter o estado civil de divorciados), impõe uma obrigação a ser cumprida (os alimentos fixados na decisão, que devem ser pagos por um cônjuge ao outro). Em tal sentido, Cândido Rangel Dinamarco (*Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002).

Dentro de tal contexto, a tutela jurisdicional é dividida em três modalidades: 1) tutela preventiva; 2) tutela reparatória; e 3) tutela sancionatória.

Nesta última, é proporcionada ao litigante vencedor uma situação jurídica nova em face de comportamento ilícito de seu adversário. A tutela sancionatória, assim, enseja a produção de um novo *status*, em virtude de sanção prevista no âmbito do direito material para beneficiar a vítima e punir o faltoso. A penalidade, portanto, decorre de preceito de direito material, sendo o processo jurisdicional utilizado como meio para a sua aplicação. É o exemplo da tutela jurisdicional proporcionada por sentença trabalhista que reconhece a dispensa indireta do reclamante, produzindo a resolução do contrato de emprego em virtude de conduta faltosa do empregador. [24]

A tutela preventiva, por seu turno, se destina a resguardar o direito sob ameaça de atentado, isto é, eliminar ou diminuir o risco de transgressão a direitos e evitar o surgimento ou prosseguimento de situações periclitantes. A pretensão que a enseja, assim, consiste em obstar a ocorrência de danos em face tal de quadro. A tutela preventiva, assim, assim, impede a violação de direitos e o desenvolvimento ou permanência de situações de perigo. Se a prevenção do dano for proporcionada através da proibição de alguma conduta, através da condenação do vencido a se abster de determinada prática, surge a chamada tutela inibitória, com exatamente tal fim: inibir o surgimento, o prosseguimento ou a repetição de ato ilícito mediante o veto a determinada conduta[25]. Exemplo seria a tutela jurisdicional vedando ao empregador o prosseguimento do

24 Tal índole sancionatória, por sua vez, não deve ser confundido com aquela típica da tutela executiva. A tutela sancionatória envolve penalidade prevista no direito material. A natureza sancionatória da tutela executiva, por sua vez, decorre do título executivo que lhe serve de fundamento. Em tal sentido, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 154).

25 Em determinados casos, merece ser ressaltado, a tutela inibitória impõe primeiro a prática de um ato ou a adoção de uma conduta positiva, para somente então assegurar o comportamento de abstenção. Nesse sentido, a hipótese de tutela jurisdicional destinada a proibir o empregador de expor os seus empregados a ambiente inseguro em determinada dependência da fábrica caracterizada pela presença de gases venenosos, que, para tanto, exige a colocação de um filtro especial no setor de máquinas industriais da empresa.

uso de critérios discriminatórios na seleção de empregados ou, então, a tutela proibindo a contratação de menores de dezesseis anos após publicação de anúncio convocando-os para uma seleção admissional.

Enquanto a tutela preventiva se destina a evitar violação a direito, a tutela reparatória, por sua vez, se dedica a corrigir situações já materializadas empiricamente. Quando a lesão a direito, decorrente de ação ou omissão de um litigante, já foi consumada, não cabe mais ao Judiciário prevenir, mas apenas remediar o quadro existente, proporcionado o retorno ao *satus quo ante* da forma mais fiel possível. A ampla maioria das ações trabalhistas de conhecimento se enquadra em tal categoria de tutela jurisdicional, pois, via de regra, o empregado só ingressa em juízo quando já violado o seu direito pelo empregador, forçando aquele a postular a reparação do respectivo quadro.

A tutela reparatória, destarte, constitui o meio processual adequado para produzir a restituição dos litigantes ao estado primitivo, anterior à lesão ao direito. Ocorre que, às vezes, a recondução dos litigantes ao quadro antecedente é inviável material ou juridicamente, ou seja, a restituição é impossível de ser proporcionada em virtude de empecilho natural irremediável ou em face de obstáculo insuperável de ordem legal ou contratual. A tutela reparatória, como conseqüência, é subdividida em específica e em inespecífica.

Haverá a chamada tutela reparatória específica (ou simplesmente tutela específica[26]) quando o provimento jurisdicional proporcionar, na medida do possível na prática, exata e precisamente aquilo que, segundo o ordenamento jurídico, o vencedor da demanda deveria ter recebido desde o início (ou seja, caso tivesse surgido o conflito). Tal modalidade

26 Leciona Ada Pellegrini Grinover ("Tutela Jurisdicional das Obrigações de Fazer e Não Fazer". *Revista LTr.* Vol. 59., nº 08. São Paulo, ago/1995, p. 1.026), que a tutela específica deve ser "entendida como conjunto de remédios e providências tendente a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático que seria pelo adimplemento. Assim, o próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a idéia da efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento. Essa coincidência leva a doutrina a proclamar a preferência de que goza a tutela específica sobre qualquer outra".

de tutela jurisdicional se harmoniza com o pensamento de Chiovenda[27], segundo o qual "o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir". Logicamente, representa o objetivo de qualquer modelo processual que se pretende eficiente, pois a tutela específica resulta em efetivo acesso à justiça[28].

O efeito material produzido pelo provimento jurisdicional na tutela específica, por sua vez, pode envolver qualquer espécie de prestação obrigacional prevista em lei e concretizável através do sistema processual, como o pagamento de dinheiro em pecúnia, a prática de um ato, a abstenção de praticar um ato ou a entrega de coisa. Apesar de usualmente ser vinculada pela doutrina às obrigações de fazer ou de não fazer[29], na realidade também abrange as prestações de pagar quantia em dinheiro e de entregar coisa, quando forem tais os atos previstos no ordenamento jurídico como os devidos ao litigante cujo direito material foi reconhecido judicialmente. Existe também, assim, uma tutela reparatória específica de pagar montante em pecúnia, denominada por parte da doutrina como tutela específica ressarcitória. A tutela específica, assim, abrange tanto a imposição de conduta comissiva e omissiva, como as de pagar e de dar coisa. O importante para a sua caracterização, destarte, é que a tutela específica produza em favor da parte vencedora a materialização exata do direito assegurado à mesma no ordenamento jurídico.[30]

27 *Instituições do direito processual civil.*Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 67.

28 Segundo Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil.* Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 153), "o direito moderno vem progressivamente impondo a tutela específica, a partir da idéia de que *na medida do que for possível na prática, o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.* Essa sapientíssima lição (Giuseppe Chiovenda), lançada no início do século, figura hoje como verdadeiro *slogan* da moderna escola do *processo civil de resultados*, que puna pela efetividade do processo como meio de acesso à justiça e proscreve toda imperfeição evitável".

29 Neste caso, não deve haver confusão com a tutela preventiva inibitória. Esta se destina a impedir a prática de um ilícito, isto é, prevenir o surgimento de um quadro de ilicitude. A tutela reparatória específica envolvendo uma obrigação de não fazer, por seu turno, tem por objetivo impor o cumprimento de dever de abstenção prevista em contrato ou na lei. Enquanto a tutela preventiva inibitória se dirige à prevenção do ilícito mediante a imposição de uma conduta de abstenção, a tutela reparatória específica que impõe a abstenção assim atua em virtude de descumprimento de obrigação de não fazer.

30 Luiz Guilherme Marinoni (*Tutela específica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 133), por sua vez, numa posição peculiar, ainda subdivide a tutela reparatória específica em tutela ressarcitória na forma específica e em tutela reintegratória (de remoção do ilícito). Esta se destinaria apenas a eliminar uma situação de ilicitude,

Quando tal quadro se revelar jurídica ou materialmente impossível de se produzir através do processo jurisdicional, surge a via da tutela inespecífica. Não sendo possível proporcionar ao vencedor exatamente aquilo que o ordenamento lhe assegura, seja em virtude de impedimento de ordem material (como a destruição de coisa infungível cuja entrega era devida), seja em face de óbice de cunho legal ou contratual (como a falta da imprescindível colaboração do devedor em praticar ato peculiar à sua pessoa, nos termos de negócio jurídico celebrado com o credor) que, por sua vez, pode ser divida em tutela de equivalência (capaz de produzir resultado prático equivalente ao do cumprimento da obrigação inadimplida) e em tutela ressarcitória em sentido estrito (ensejadora de ressarcimento por perdas e danos, em virtude do inadimplemento).[31]

É interessante, nesse momento, diferenciar a tutela reparatória específica envolvendo o pagamento de quantia em dinheiro (tutela específica ressarcitória) e a tutela ressarcitória *stricto sensu*. Nesta, a imposição do pagamento de um montante em dinheiro a título de ressarcimento decorre da impossibilidade de proporcionar o bem jurídico previsto como o devido ao litigante vitorioso, segundo as regras do ordenamento jurídico. Naquela, a imposição do pagamento de uma quantia em pecúnia decorre de preceito de direito material prevendo tal forma específica de satisfação do direito do vencedor da lide. A tutela específica ressarcitória, assim, proporciona a percepção de dinheiro não como forma de compensar o fracasso do modelo processual em produzir o efeito material idealizado pelo ordenamento jurídico, mas como a própria tutela específica, ou seja, como o próprio efeito material previsto na sistemática do direito objetivo como o devido à parte vencedora.

restabelecendo a situação primitiva, ou seja, repõe os litigantes no estado anterior à violação do direito (*status quo ante*). Aquela seria mais ampla, pois se destina a reparar integralmente o dano causado, isto é, indenizar a vítima (parte vencedora) pelos prejuízos provocados pela conduta do seu adversário, reconhecida como ilícita pelo juízo, e a proporcionar o restabelecimento do estado primitivo, ensejando o surgimento de situação idêntica à que existiria se o dano nunca tivesse ocorrido. A tutela ressarcitória na forma específica, segundo Marinoni, não se limita a encerrar o quadro de ilicitude (como é o caso da tutela reintegratória de remoção do ilícito). Não seria suficiente o restabelecimento do estado anterior à lesão, é imprescindível produzir a situação que existiria se o dano nunca tivesse sido existido, isto é, materializar na prática o quadro que deveria existir caso a transgressão não tivesse ocorrido.

31 Deve ser registrado que na técnica do modelo processual brasileiro, existe uma hierárquica ou ordem preferencial de tutelas, definida pela idéia da efetividade do modelo processual, que impõe ao magistrado buscar sempre proporcionar a tutela específica e, quando impossível material ou juridicamente, somente então a tutela de equivalência, deixando a tutela ressarcitória em sentido estrito como última e derradeira opção, apenas quando inviável as demais. A sistemática se revela clara no artigo 461 do CPC, a ser examinado mais adiante.

Nesse sentido, a tutela ressarcitória *stricto sensu* somente é concedida quando impossível, materialmente ou juridicamente, proporcionar a tutela jurisdicional originalmente estipulada como a adequada para amparar o direito do vitorioso, e, ainda, quando (sucessivamente) não se revela viável a segunda opção de tutela, a tutela de equivalência. Trata-se, pois, de uma tutela concedida apenas quando inviável as duas primeiras opções de tutela jurisdicional: 1) a tutela reparatória específica envolvendo obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; e 2) de forma sucessiva, uma tutela de equivalência, capaz de produzir resultado prático equivalente ao da tutela específica. Corresponde na prática, por conseguinte, a uma técnica processual de conversão em perdas e danos do resultado que seria produzida caso houvesse êxito na concretização da tutela específica ou, sucessivamente, na tutela de equivalência.

A tutela reparatória específica envolvendo obrigação de pagar, por sua vez, obviamente jamais resultará em tutela ressarcitória em sentido estrito, pois, além de envolver objeto sempre fungível (dinheiro), materialmente compreende exatamente a percepção deste.

Para melhor realçar a distinção, torna-se oportuno apresentar exemplos práticos de uma e de outra modalidade de tutela.

Uma hipótese de tutela reparatória específica envolvendo pagamento em pecúnia é aquela produzida por sentença condenando o empregador a pagar ao empregado a indenização compensatória correspondente a 40% (quarenta por cento) do montante dos depósitos do FGTS, não paga regularmente após a dispensa sem justa causa. O modelo jurídico laboral prevê exatamente o direito material à percepção da respectiva quantia como conseqüência de tal quadro de ilicitude, e, ao proporcio-

Quando tal quadro se revelar jurídica ou materialmente impossível de se produzir através do processo jurisdicional, surge a via da tutela inespecífica. Não sendo possível proporcionar ao vencedor exatamente aquilo que o ordenamento lhe assegura, seja em virtude de impedimento de ordem material (como a destruição de coisa infungível cuja entrega era devida), seja em face de óbice de cunho legal ou contratual (como a falta da imprescindível colaboração do devedor em praticar ato peculiar à sua pessoa, nos termos de negócio jurídico celebrado com o credor) que, por sua vez, pode ser divida em tutela de equivalência (capaz de produzir resultado prático equivalente ao do cumprimento da obrigação inadimplida) e em tutela ressarcitória em sentido estrito (ensejadora de ressarcimento por perdas e danos, em virtude do inadimplemento).[31]

É interessante, nesse momento, diferenciar a tutela reparatória específica envolvendo o pagamento de quantia em dinheiro (tutela específica ressarcitória) e a tutela ressarcitória *stricto sensu*. Nesta, a imposição do pagamento de um montante em dinheiro a título de ressarcimento decorre da impossibilidade de proporcionar o bem jurídico previsto como o devido ao litigante vitorioso, segundo as regras do ordenamento jurídico. Naquela, a imposição do pagamento de uma quantia em pecúnia decorre de preceito de direito material prevendo tal forma específica de satisfação do direito do vencedor da lide. A tutela específica ressarcitória, assim, proporciona a percepção de dinheiro não como forma de compensar o fracasso do modelo processual em produzir o efeito material idealizado pelo ordenamento jurídico, mas como a própria tutela específica, ou seja, como o próprio efeito material previsto na sistemática do direito objetivo como o devido à parte vencedora.

restabelecendo a situação primitiva, ou seja, repõe os litigantes no estado anterior à violação do direito (*status quo ante*). Aquela seria mais ampla, pois se destina a reparar integralmente o dano causado, isto é, indenizar a vítima (parte vencedora) pelos prejuízos provocados pela conduta do seu adversário, reconhecida como ilícita pelo juízo, e a proporcionar o restabelecimento do estado primitivo, ensejando o surgimento de situação idêntica à que existiria se o dano nunca tivesse ocorrido. A tutela ressarcitória na forma específica, segundo Marinoni, não se limita a encerrar o quadro de ilicitude (como é o caso da tutela reintegratória de remoção do ilícito). Não seria suficiente o restabelecimento do estado anterior à lesão, é imprescindível produzir a situação que existiria se o dano nunca tivesse sido existido, isto é, materializar na prática o quadro que deveria existir caso a transgressão não tivesse ocorrido.

31 Deve ser registrado que na técnica do modelo processual brasileiro, existe uma hierárquica ou ordem preferencial de tutelas, definida pela idéia da efetividade do modelo processual, que impõe ao magistrado buscar sempre proporcionar a tutela específica e, quando impossível material ou juridicamente, somente então a tutela de equivalência, deixando a tutela ressarcitória em sentido estrito como última e derradeira opção, apenas quando inviável as demais. A sistemática se revela clara no artigo 461 do CPC, a ser examinado mais adiante.

Nesse sentido, a tutela ressarcitória *stricto sensu* somente é concedida quando impossível, materialmente ou juridicamente, proporcionar a tutela jurisdicional originalmente estipulada como a adequada para amparar o direito do vitorioso, e, ainda, quando (sucessivamente) não se revela viável a segunda opção de tutela, a tutela de equivalência. Trata-se, pois, de uma tutela concedida apenas quando inviável as duas primeiras opções de tutela jurisdicional: 1) a tutela reparatória específica envolvendo obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; e 2) de forma sucessiva, uma tutela de equivalência, capaz de produzir resultado prático equivalente ao da tutela específica. Corresponde na prática, por conseguinte, a uma técnica processual de conversão em perdas e danos do resultado que seria produzida caso houvesse êxito na concretização da tutela específica ou, sucessivamente, na tutela de equivalência.

A tutela reparatória específica envolvendo obrigação de pagar, por sua vez, obviamente jamais resultará em tutela ressarcitória em sentido estrito, pois, além de envolver objeto sempre fungível (dinheiro), materialmente compreende exatamente a percepção deste.

Para melhor realçar a distinção, torna-se oportuno apresentar exemplos práticos de uma e de outra modalidade de tutela.

Uma hipótese de tutela reparatória específica envolvendo pagamento em pecúnia é aquela produzida por sentença condenando o empregador a pagar ao empregado a indenização compensatória correspondente a 40% (quarenta por cento) do montante dos depósitos do FGTS, não paga regularmente após a dispensa sem justa causa. O modelo jurídico laboral prevê exatamente o direito material à percepção da respectiva quantia como conseqüência de tal quadro de ilicitude, e, ao proporcio-

nar tal pagamento após reconhecer a violação ao direito praticado pelo empregador, a tutela jurisdicional se enquadra como reparatória (pois a lesão já foi consumada), específica (pois proporciona precisamente o previsto no ordenamento jurídico como direito do empregado) e ressarcitória no sentido de representar um ressarcimento pecuniário para compensar o dano causado quando a despedida sem justa causa foi praticada sem o pagamento da indenização correspondente.

Um exemplo de tutela reparatória em sentido estrito é aquela proporcionada em processo jurisdicional envolvendo o caso de empregado que, ilicitamente, é preterido em concurso de premiação organizada pela empresa para estimular a atuação dos seus vendedores, na qual o prêmio para o empregado que realizasse o maior número de vendas em determinado mês fosse uma obra de arte de notória exclusividade, cujo realizador já falecera.

Ingressando com uma ação[32] com o objeto de reclamar tal bem, o reclamante consegue ver reconhecido o seu direito ao prêmio, mas o juízo, ao constatar nos autos que a citada peça foi destruída pelo empregador raivoso em retaliação à propositura da ação, sentencia a empresa a ressarcir o vencedor da demanda pelas perdas e danos decorrentes da impossibilidade material de se proporcionar a tutela reparatória específica (em virtude da destruição da obra) ou a tutela de equivalência (falecido o artista, não há como buscar a criação de obra "equivalente", se é que uma obra de arte de notório exclusividade pode ser substituída por nova criação). Neste caso, assim, fica evidente que a percepção do ressarcimento decorre apenas em virtude da absoluta impossibilidade de entregar ao vencedor da demanda o bem jurídico que deveria receber segundo o ordenamento jurídico ou, ao menos, bem equivalente em termos práticos.

32 A competência para processar e julgar a ação seria da Justiça do Trabalho, pois se trata de conflito entre empregado e empregadores, atuando em tais qualidades, e decorrendo o objeto do contrato de emprego (promessa de prêmio feita pelo empregador ao empregado, relacionada ao desempenho funcional deste).

Nos dois exemplos, o efeito material produzido pela tutela jurisdicional é o mesmo: a percepção de dinheiro. Muda apenas a forma e fundamentação: na tutela específica ressarcitória, como conseqüência do êxito em proporcionar o resultado idealizado pelo ordenamento como o devido ao vencedor (o pagamento de quantia em dinheiro como reparação pelo quadro empírico já materializado pela conduta ilícita do empregador devedor); na tutela ressarcitória em sentido estrito, em decorrência da técnica processual prevista para compensar, mediante a conversão em perdas e danos, a insuperável incapacidade de produzir a tutela específica ou, sucessivamente, a tutela de equivalência.

Tal distinção, por sua vez, será de considerável relevância quando do exame dos meios processuais capazes de proporcionar a reintegração judicial no emprego, em outra parte do presente trabalho.

Ainda restam, contudo, diversas outras classificações de tutela jurisdicional encontradas na literatura especializada. É comum encontrar um enquadramento segundo o âmbito pessoal dos interesses defendidos, distinguindo a tutela individual da tutela coletiva (a primeira, destinada a atender a interesses de sujeitos singularmente considerados; a segunda, dedicada ao atendimento das diversas classes de interesses metaindividuais).

Igualmente freqüente na doutrina é a classificação da tutela segundo o momento de sua concessão, surgindo a dicotomia definitiva (quando da prolação da sentença) e provisória (quando oriunda de decisão incidental dependente de posterior confirmação). Outra classificação leva em consideração a modalidade de ação especial através da qual a tutela jurisdicional é concedida, tendo como exemplos a tutela possessória (típica das ações possessórias disciplinadas pelos artigos 920 a 933 do CPC) e a tutela consignatória (peculiar à ação de consignação em pagamento regida pelos artigos 890 a 900 do mesmo diploma processual). E, ainda, merece destaque a classificação envolvendo uma categoria espe-

cial, apresentada sob diversas denominações (tutela de evidência, tutela de segurança, tutela diferenciada, tutela sumária, etc. [33]), mas com conteúdo básico aproximado, apresentando como característica comum a possibilidade de sua atuação através de cognição sumária, em virtude da evidência de direito especial que legitima um tratamento diferenciado dado pelo ordenamento jurídico.

A tutela de evidência ou tutela diferenciada (as nomenclaturas mais freqüentes na doutrina), assim, é a tutela jurisdicional proporcionada por provimento judicial concedido após cognição meramente superficial e não exauriente, em face da clareza e verossimilhança do direito alegado, que, à luz de sua qualidade excepcional reconhecida pelo sistema normativo, recebe amparo peculiar, almejando evitar que o decurso do tempo venha a afetar o resultado final do processo jurisdicional[34]. Trata-se, em outras palavras, de uma tutela jurisdicional especial, sumariamente concedida em virtude da evidência de direito diferenciado, e que, em última análise, é destinada a assegurar o resultado prático da tutela final pretendida em processo jurisdicional.

Normalmente, são apontadas como subespécies da tutela de evidência a tutela de urgência (por sua vez dividida em tutela cautelar e tutela antecipatória[35]) e a tutela monitória. Esta, vinculada à ação monitória disciplinada pelos artigos 1.102-A a 1.102-C do Código de Processo Civil, acrescidos pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995. Aquela (tutela de urgência), por seu turno, correspondente à tutela jurisdicional não definitiva, materializada por provimentos jurisdicionais provisórios decretados pelo juiz antes da propositura (neste caso, apenas as medidas decorrentes de ação cautelar preparatória) ou incidentalmente durante o curso (neste caso, tanto as medidas cautelares como as medidas antecipatórias, concedidas liminarmente ou não) de uma ação judicial, com o objeto de amparar direito evidente (no caso da antecipação de tutela, o direito material lesado ou ameaçado; no caso da tutela cautelar, o direito de preservar o próprio processo principal).

O elenco é extenso. Cada autor apresenta a sua própria relação, considerando critérios nem sempre uniformes. As espécies mais relevantes, contudo, são as expostas nas linhas acima.

V Classificação da Tutela Jurisdicional Concretizadora da Reintegração no Emprego

Com tal (breve) exame concluído, será agora possível examinar a denominada tutela jurisdicional reintegratória, ou seja, a tutela jurisdicional apta a proporcionar a reintegração no emprego do obreiro que, após ser ilegalmente despojado do seu posto empregatício, obteve a invalidação do respectivo ato resilitório por meio da via judicial

A denominação escolhida decorre, naturalmente, do direito material a ser proporcionado: a reintegração no emprego em face da decretação da nulidade do ato de despojamento. É certo que não se pode afirmar que há exclusividade em tal designação, pois, em tese, a mesma pode ser utilizada para denominar a tutela jurisdicional obtida quando julgado procedente pedido formulado em sede de qualquer demanda que venha a almejar qualquer espécie de reintegração, como, por exemplo, a ação de reintegração de posse, modalidade de demanda possessória disciplinada pelos artigos 926 a 931 do Código de Processo Civil.

33 Vide Luiz Fux (*Tutela de segurança e tutela da evidência (funadamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996) e Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000)

34 Quanto à imprecisão da doutrina em definir adequadamente a tutela diferenciada, veja Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 139),

35 Antecipação de tutela, tutela antecipada e tutela antecipatória são as denominações mais comuns na literatura especializada. Tecnicamente, a primeira (antecipação de tutela) se revela mais adequada ao instituto enquanto categoria instrumental capaz de proporcionar o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional final pretendida. Como contudo, o presente tópico envolve as formas de tutela jurisdicional, tutela antecipatória se apresenta mais harmoniosa no respectivo contexto.

cial, apresentada sob diversas denominações (tutela de evidência, tutela de segurança, tutela diferenciada, tutela sumária, etc. [33]), mas com conteúdo básico aproximado, apresentando como característica comum a possibilidade de sua atuação através de cognição sumária, em virtude da evidência de direito especial que legitima um tratamento diferenciado dado pelo ordenamento jurídico.

A tutela de evidência ou tutela diferenciada (as nomenclaturas mais freqüentes na doutrina), assim, é a tutela jurisdicional proporcionada por provimento judicial concedido após cognição meramente superficial e não exauriente, em face da clareza e verossimilhança do direito alegado, que, à luz de sua qualidade excepcional reconhecida pelo sistema normativo, recebe amparo peculiar, almejando evitar que o decurso do tempo venha a afetar o resultado final do processo jurisdicional[34]. Trata-se, em outras palavras, de uma tutela jurisdicional especial, sumariamente concedida em virtude da evidência de direito diferenciado, e que, em última análise, é destinada a assegurar o resultado prático da tutela final pretendida em processo jurisdicional.

Normalmente, são apontadas como subespécies da tutela de evidência a tutela de urgência (por sua vez dividida em tutela cautelar e tutela antecipatória[35]) e a tutela monitória. Esta, vinculada à ação monitória disciplinada pelos artigos 1.102-A a 1.102-C do Código de Processo Civil, acrescidos pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995. Aquela (tutela de urgência), por seu turno, correspondente à tutela jurisdicional não definitiva, materializada por provimentos jurisdicionais provisórios decretados pelo juiz antes da propositura (neste caso, apenas as medidas decorrentes de ação cautelar preparatória) ou incidentalmente durante o curso (neste caso, tanto as medidas cautelares como as medidas antecipatórias, concedidas liminarmente ou não) de uma ação judicial, com o objeto de amparar direito evidente (no caso da antecipação de tutela, o direito material lesado ou ameaçado; no caso da tutela cautelar, o direito de preservar o próprio processo principal).

33 Vide Luiz Fux (*Tutela de segurança e tutela da evidência (funadamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996) e Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000)

34 Quanto à imprecisão da doutrina em definir adequadamente a tutela diferenciada, veja Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 139),

35 Antecipação de tutela, tutela antecipada e tutela antecipatória são as denominações mais comuns na literatura especializada. Tecnicamente, a primeira (antecipação de tutela) se revela mais adequada ao instituto enquanto categoria instrumental capaz de proporcionar o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional final pretendida. Como contudo, o presente tópico envolve as formas de tutela jurisdicional, tutela antecipatória se apresenta mais harmoniosa no respectivo contexto.

O elenco é extenso. Cada autor apresenta a sua própria relação, considerando critérios nem sempre uniformes. As espécies mais relevantes, contudo, são as expostas nas linhas acima.

V Classificação da Tutela Jurisdicional Concretizadora da Reintegração no Emprego

Com tal (breve) exame concluído, será agora possível examinar a denominada tutela jurisdicional reintegratória, ou seja, a tutela jurisdicional apta a proporcionar a reintegração no emprego do obreiro que, após ser ilegalmente despojado do seu posto empregatício, obteve a invalidação do respectivo ato resilitório por meio da via judicial

A denominação escolhida decorre, naturalmente, do direito material a ser proporcionado: a reintegração no emprego em face da decretação da nulidade do ato de despojamento. É certo que não se pode afirmar que há exclusividade em tal designação, pois, em tese, a mesma pode ser utilizada para denominar a tutela jurisdicional obtida quando julgado procedente pedido formulado em sede de qualquer demanda que venha a almejar qualquer espécie de reintegração, como, por exemplo, a ação de reintegração de posse, modalidade de demanda possessória disciplinada pelos artigos 926 a 931 do Código de Processo Civil.

cial, apresentada sob diversas denominações (tutela de evidência, tutela de segurança, tutela diferenciada, tutela sumária, etc. [33]), mas com conteúdo básico aproximado, apresentando como característica comum a possibilidade de sua atuação através de cognição sumária, em virtude da evidência de direito especial que legitima um tratamento diferenciado dado pelo ordenamento jurídico.

A tutela de evidência ou tutela diferenciada (as nomenclaturas mais freqüentes na doutrina), assim, é a tutela jurisdicional proporcionada por provimento judicial concedido após cognição meramente superficial e não exauriente, em face da clareza e verossimilhança do direito alegado, que, à luz de sua qualidade excepcional reconhecida pelo sistema normativo, recebe amparo peculiar, almejando evitar que o decurso do tempo venha a afetar o resultado final do processo jurisdicional[34]. Trata-se, em outras palavras, de uma tutela jurisdicional especial, sumariamente concedida em virtude da evidência de direito diferenciado, e que, em última análise, é destinada a assegurar o resultado prático da tutela final pretendida em processo jurisdicional.

Normalmente, são apontadas como subespécies da tutela de evidência a tutela de urgência (por sua vez dividida em tutela cautelar e tutela antecipatória[35]) e a tutela monitória. Esta, vinculada à ação monitória disciplinada pelos artigos 1.102-A a 1.102-C do Código de Processo Civil, acrescidos pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995. Aquela (tutela de urgência), por seu turno, correspondente à tutela jurisdicional não definitiva, materializada por provimentos jurisdicionais provisórios decretados pelo juiz antes da propositura (neste caso, apenas as medidas decorrentes de ação cautelar preparatória) ou incidentalmente durante o curso (neste caso, tanto as medidas cautelares como as medidas antecipatórias, concedidas liminarmente ou não) de uma ação judicial, com o objeto de amparar direito evidente (no caso da antecipação de tutela, o direito material lesado ou ameaçado; no caso da tutela cautelar, o direito de preservar o próprio processo principal).

33 Vide Luiz Fux (*Tutela de segurança e tutela da evidência (funadamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996) e Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000)

34 Quanto à imprecisão da doutrina em definir adequadamente a tutela diferenciada, veja Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 139),

35 Antecipação de tutela, tutela antecipada e tutela antecipatória são as denominações mais comuns na literatura especializada. Tecnicamente, a primeira (antecipação de tutela) se revela mais adequada ao instituto enquanto categoria instrumental capaz de proporcionar o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional final pretendida. Como contudo, o presente tópico envolve as formas de tutela jurisdicional, tutela antecipatória se apresenta mais harmoniosa no respectivo contexto.

O elenco é extenso. Cada autor apresenta a sua própria relação, considerando critérios nem sempre uniformes. As espécies mais relevantes, contudo, são as expostas nas linhas acima.

V Classificação da Tutela Jurisdicional Concretizadora da Reintegração no Emprego

Com tal (breve) exame concluído, será agora possível examinar a denominada tutela jurisdicional reintegratória, ou seja, a tutela jurisdicional apta a proporcionar a reintegração no emprego do obreiro que, após ser ilegalmente despojado do seu posto empregatício, obteve a invalidação do respectivo ato resilitório por meio da via judicial

A denominação escolhida decorre, naturalmente, do direito material a ser proporcionado: a reintegração no emprego em face da decretação da nulidade do ato de despojamento. É certo que não se pode afirmar que há exclusividade em tal designação, pois, em tese, a mesma pode ser utilizada para denominar a tutela jurisdicional obtida quando julgado procedente pedido formulado em sede de qualquer demanda que venha a almejar qualquer espécie de reintegração, como, por exemplo, a ação de reintegração de posse, modalidade de demanda possessória disciplinada pelos artigos 926 a 931 do Código de Processo Civil.

cial, apresentada sob diversas denominações (tutela de evidência, tutela de segurança, tutela diferenciada, tutela sumária, etc. [33]), mas com conteúdo básico aproximado, apresentando como característica comum a possibilidade de sua atuação através de cognição sumária, em virtude da evidência de direito especial que legitima um tratamento diferenciado dado pelo ordenamento jurídico.

A tutela de evidência ou tutela diferenciada (as nomenclaturas mais freqüentes na doutrina), assim, é a tutela jurisdicional proporcionada por provimento judicial concedido após cognição meramente superficial e não exauriente, em face da clareza e verossimilhança do direito alegado, que, à luz de sua qualidade excepcional reconhecida pelo sistema normativo, recebe amparo peculiar, almejando evitar que o decurso do tempo venha a afetar o resultado final do processo jurisdicional[34]. Trata-se, em outras palavras, de uma tutela jurisdicional especial, sumariamente concedida em virtude da evidência de direito diferenciado, e que, em última análise, é destinada a assegurar o resultado prático da tutela final pretendida em processo jurisdicional.

Normalmente, são apontadas como subespécies da tutela de evidência a tutela de urgência (por sua vez dividida em tutela cautelar e tutela antecipatória[35]) e a tutela monitória. Esta, vinculada à ação monitória disciplinada pelos artigos 1.102-A a 1.102-C do Código de Processo Civil, acrescidos pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995. Aquela (tutela de urgência), por seu turno, correspondente à tutela jurisdicional não definitiva, materializada por provimentos jurisdicionais provisórios decretados pelo juiz antes da propositura (neste caso, apenas as medidas decorrentes de ação cautelar preparatória) ou incidentalmente durante o curso (neste caso, tanto as medidas cautelares como as medidas antecipatórias, concedidas liminarmente ou não) de uma ação judicial, com o objeto de amparar direito evidente (no caso da antecipação de tutela, o direito material lesado ou ameaçado; no caso da tutela cautelar, o direito de preservar o próprio processo principal).

33 Vide Luiz Fux (*Tutela de segurança e tutela da evidência (funadamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996) e Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000)

34 Quanto à imprecisão da doutrina em definir adequadamente a tutela diferenciada, veja Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 139),

35 Antecipação de tutela, tutela antecipada e tutela antecipatória são as denominações mais comuns na literatura especializada. Tecnicamente, a primeira (antecipação de tutela) se revela mais adequada ao instituto enquanto categoria instrumental capaz de proporcionar o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional final pretendida. Como contudo, o presente tópico envolve as formas de tutela jurisdicional, tutela antecipatória se apresenta mais harmoniosa no respectivo contexto.

O elenco é extenso. Cada autor apresenta a sua própria relação, considerando critérios nem sempre uniformes. As espécies mais relevantes, contudo, são as expostas nas linhas acima.

V Classificação da Tutela Jurisdicional Concretizadora da Reintegração no Emprego

Com tal (breve) exame concluído, será agora possível examinar a denominada tutela jurisdicional reintegratória, ou seja, a tutela jurisdicional apta a proporcionar a reintegração no emprego do obreiro que, após ser ilegalmente despojado do seu posto empregatício, obteve a invalidação do respectivo ato resilitório por meio da via judicial

A denominação escolhida decorre, naturalmente, do direito material a ser proporcionado: a reintegração no emprego em face da decretação da nulidade do ato de despojamento. É certo que não se pode afirmar que há exclusividade em tal designação, pois, em tese, a mesma pode ser utilizada para denominar a tutela jurisdicional obtida quando julgado procedente pedido formulado em sede de qualquer demanda que venha a almejar qualquer espécie de reintegração, como, por exemplo, a ação de reintegração de posse, modalidade de demanda possessória disciplinada pelos artigos 926 a 931 do Código de Processo Civil.

A respectiva nomenclatura, contudo, expressa a essência da tutela jurisdicional proporcionada pelo modelo processual trabalhista quanto ao resultado prático produzido (a reintegração no emprego) e, de qualquer modo, qualquer que fosse a denominação escolhida, sempre haveria restrições em virtude da verdadeira miscigenação instrumental observada entre o processo civil e o processo trabalhista.

Dentro de tal contexto, tutela jurisdicional reintegratória, destarte, é a tutela proporcionada no âmbito do processo trabalhista por provimento judicial que concretiza o direito material de empregado concernente à sua reintegração no emprego. Na sua forma plena, impõe o *restituere in integrum* do quadro primitivo anterior ao despojamento ilegal do emprego, ou seja, a restituição integral ao seu estado original, tanto no plano físico (retorno ao posto empregatício), como no plano formal (registro de tal retorno na carteira profissional e nos documentos funcionais da empresa), e, ainda, no plano econômico (pagamento da reparação correspondente aos prejuízos do período do despojamento).

Considerando tais efeitos à luz da classificação da tutela jurisdicional segundo a natureza dos resultados produzidos no plano jurídico material, a tutela jurisdicional reintegratória se enquadra como uma espécie de tutela reparatória específica, abrangendo tanto obrigações de fazer (promover o retorno físico do empregado ao seu posto empregatício originário e efetuar os registros documentais conseqüentes) como de pagar quantia em dinheiro (corresponde ao montante do ressarcimento devido em virtude dos prejuízos financeiros decorrentes do período do despojamento).

Não se trata de tutela preventiva, pois a lesão ao direito já foi materializada no plano empírico, através do despojamento ilegal do empregado. No caso de tutela reintegratória, não se pode prevenir o dano já efetivado pela conduta patronal. Daí o objetivo da respectiva demanda: obter a reintegração no emprego.

Não se trata de tutela sancionatória, por outro lado, pois não impõe penalidade prevista no ordenamento jurídica ao empregador em virtude de sua conduta ilícita. Nada impede, contudo, que haja a cumulação de pedido de tutela reintegratória como pedido de tutela sancionatória envolvendo multa pecuniária prevista em instrumento normativo em caso de prática de atos ilegais de tal natureza.

Segundo o critério da forma como é afetada a realidade do beneficiado pela medida (considerando o dano já sofrido ou que pode vir a sofrer), destarte, a tutela jurisdicional reintegratória é evidentemente uma modalidade de tutela reparatória.

Como tutela reparatória, a tutela jurisdicional reintegratória é, ao proporcionar, o quanto for possível na prática, tudo e precisamente aquilo ao qual faz jus, segundo o ordenamento jurídico trabalhista, o empregado dispensado ilegalmente por empregador que violou alguma norma de restrição ao direito de despedir, é uma tutela específica. Impõe a concretização de atos de natureza diversa (como os de fazer relativos ao retorno físico do empregado e ao registro documental de tal retorno, bem como o de pagar quantia em dinheiro, correspondente ao montante devido ao obreiro a título de reparação pelo pelos danos financeiros gerados pelo despojamento), mas nos exatos termos previstos no modelo brasileiro de proteção à relação de emprego.

Como conseqüência de tal quadro de plena realização do direito material estipulado no ordenamento jurídico, portanto, a tutela jurisdicional reintegratória não pode ser enquadrada como uma tutela inespecífica, seja de equivalência ou ressarcitória em sentido estrito.

A tutela reintegratória, repete-se, é essencialmente uma tutela específica.

Agora, e quando não for possível, material ou juridicamente, proporcionar tal tutela reparatória específica? Será possível proceder a uma tutela de equivalência ou até a uma tutela ressarcitória *stricto sensu*?

A tutela de equivalência, não.

A reintegração no emprego somente pode ocorrer em relação ao empregador do empregado. Não há como proporcionar resultado prático equivalente ao do adimplemento, pois não há como admitir a possibilidade de proceder à reintegração do obreiro em outra empresa. Mesmo considerando que o caráter *intuitu personae* do contrato de emprego é, de regra, apenas em relação à figura do empregado, a obrigação de reintegrar é personalíssima, ou seja, exclusiva e peculiar do empregador.

Logicamente, tendo ocorrido o fenômeno da "sucessão de empregadores" durante o período compreendido entre a prática do ato do despojamento e decretação do provimento jurisdicional reintegratório, à luz dos artigos 10 e 448 da CLT[36], o empregado deve ser reintegrado no quadro funcional da empresa sucessora. Tal não constitui, entretanto, um exemplo de tutela de equivalência, pois com a reintegração perante a empresa "sucessora", ocorre a concretização da reintegração por aquele empregador que, à luz do ordenamento jurídico, tem precisamente a obrigação de reintegrar o empregado ilegalmente despedido. Há na hipótese, pois, verdadeira tutela jurisdicional reparatória específica.

Somente pode adimplir a obrigação de reintegrar, pois, o próprio empregador do beneficiado pela tutela reintegratória. Existe em tais termos, assim, caráter de infungibilidade jurídico-contratual que simplesmente impossibilita uma tutela de equivalência em substituição à específica.

36 Exemplos de sucessão trabalhista seria a incorporação de uma empresa por outra ou a fusão de empresas. Pode ocorrer, também, de modo informal, quando uma nova empresa simplesmente assume a estrutura de outra e absorve seu quadro de empregado. Estabelece o artigo 10º da CLT que "Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados". O artigo 448, por seu turno, dispõe que "A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados". O "sucessor", destarte, assume todos os encargos trabalhistas do "sucedido", inclusive, se for o caso, a obrigação de reintegrar um empregado.

Pode se questionar a admissibilidade de tutela de equivalência na hipótese de um quadro impossibilidade material de se proceder ao retorno do empregado à mesma função antes exercida. Como, por exemplo, no caso da desativação do setor da empresa no qual o empregado antes trabalhara, implicando na extinção da respectiva atividade e, como conseqüência, da sua antiga função. Havendo viabilidade em proporcionar o retorno em posto funcional análogo, mas não idêntico, ao do estado primitivo, a concretização da reintegração em tais termos, não corresponderia a uma hipótese de tutela de equivalência?

Não. Não se trata de um exemplo de tutela de equivalência. A reintegração judicial, ao proporcionar o *restituere in integrum*, produz a restituição integral ao estado primitivo, mas considerando como tal quadro se encontraria no momento da reintegração. Em outras palavras, o restabelecimento ao estado primitivo deve necessariamente levar em conta como tal quadro de ontem seria hoje se nunca tivesse ocorrido o ilícito. No exemplo citado, assim, mesmo que não tivesse ocorrido o despojamento ilegal do empregado, teria havido a desativação do setor da empresa e a conseqüente extinção da função originária do empregado. Se o empregado tivesse permanecendo na empresa, destarte, a mudança de função teria ocorrido de qualquer forma. A sua reintegração mediante o retorno à função distinta da originária no caso, por conseguinte, representaria uma tutela específica.

E a tutela ressarcitória em sentido estrito? Pode ser concedida em substituição à tutela reparatória específica que é a reintegração judicial no emprego?

Possível, sim. Recomendável, não.

E por inúmeros motivos.

A tutela específica, conforme já destacado, constitui o objeto de qualquer modelo processual que pretende servir de efetivo instrumento de

acesso à justiça. Somente haverá efetividade da tutela jurídica (tanto no plano material, como no processual) se os meios processuais puderem, de fato, concretizar o direito substancial estipulado no ordenamento jurídico. Recorrer à tutela ressarcitória em sentido estrito, assim, equivale a reconhecer a incapacidade do processo em atingir o seu objetivo de produzir justiça.

É certo que, em determinados casos de absoluta impossibilidade material da reintegração no emprego, a tutela ressarcitória *stricto sensu* se apresenta como a única tutela jurisdicional viável. Em casos como, por exemplo, a extinção completa da empresa, a reintegração judicial se revela impraticável por motivos óbvios. Mesmo questões pessoais ligados ao quadro emocional das partes, como o alto grau de animosidade entre os litigantes, podem eventualmente justificar a via da tutela ressarcitória em sentido estrito.

O artigo 496 da CLT, a seguir exposto, prevê exatamente tal hipótese:

> Artigo 494. Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.[37]

Havendo a constatação, quando do julgamento, de um quadro de conflito que realmente torna periclitante o retorno do obreiro, em virtude de alto grau de hostilidade entre o empregado e o seu empregador, notadamente quando este for pessoa natural, o legislador atribuiu ao juízo[38] o poder-dever de, mediante uma tutela ressarcitória em sentido

37 O artigo 497 da CLT, por sua vez, dispõe que "Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro".

38 Prevalece o entendimento que a definição do quadro de animosidade incumbe ao juiz. Vide Valentin Carrion (*Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 392).

estrito, proceder à conversão do direito à reintegração em perdas e danos, correspondente a duas vezes a indenização compensatória normalmente devida em face de dispensa sem justa causa.[39]

Quando, por outro lado, o empregado vítima de uma dispensa discriminatória, ao invés de escolher a via reintegratória, opta pela indenização prevista no inciso II do artigo 4º da Lei nº 9.029/95 (anteriormente analisada) e o juízo acolhe a respectiva pretensão[40], a tutela jurisdicional produzida não é uma tutela ressarcitória em sentido estrito, mas uma tutela reparatória específica envolvendo obrigação de pagar quantia em dinheiro (tutela específica ressarcitória), pois está se proporcionando ao empregado exatamente aquilo que o ordenamento jurídico lhe assegura em face do respectivo quadro de ilicitude. Ao abdicar da reintegração e preferir a citada indenização, o empregado exerceu livremente o direito de escolha previsto no modelo brasileiro de proteção de emprego, postulando diretamente o ressarcimento pecuniário previsto no mencionado preceito de lei. Não se trata, pois, de tutela oriunda da conversão em perdas e danos de direito material cuja concretização não foi possível produzir através do processo jurisdicional.

Não sucede, assim, a frustração decorrente de busca sem êxito pela tutela específica. Sendo julgado procedente o seu pedido e paga a indenização em tela, portanto, a tutela proporcionada se enquadra como uma tutela específica ressarcitória e não uma tutela ressarcitória *stricto sensu*.

39 Tal indenização foi originalmente estipulada pelo legislador em relação ao portador da estabilidade decenal do artigo 492 da CLT, mas a melhor doutrina estende a sua aplicação a todos os empregados que forem vítimas de despojamento ilegal. Tal indenização não se confunde com a reparação relativa aos prejuízos financeiros sofridos pelo empregado durante o período do afastamento. Nesse sentido, caso seja aplicada a regra do artigo 496 pelo magistrado e a reintegração no emprego for convertida em tal indenização, o empregado deverá perceber, além da reparação equivalente aos créditos que deixou de receber do empregador desde o seu despojamento ilegal, o empregado fará jus a uma indenização equivalente a duas vezes o valor da indenização compensatória normalmente devida em virtude de despedida sem justa causa.

40 Artigo 4º da Lei 9.029/95: "O rompimento da relação por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregador optar entre: I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais."

Esta última, repete-se mais uma vez, deve sempre ser a última forma de tutela jurisdicional a ser considerada pelo magistrado. Exatamente por representar a frustração em proporcionar a efetividade da tutela jurídica material através da tutela jurídica processual. Em síntese, resulta na demonstração de exemplo de falta de efetividade de ambos os modelos jurídicos: do direito material e do modelo processual que se dedica à concretização deste. E a tutela de evidência? Pode a tutela reintegratória ser proporcionada através de tutela jurisdicional diferenciada?

Possível, sim. E mais, preferencialmente.

Quando em clarividência o direito à reintegração, em face a elementos constantes dos autos que demonstram, de forma clara, a forte plausabilidade do direito invocado e a alta probabilidade do acolhimento definitivo da pretensão ao final da dmanda, deve a tutela reintegratória ser proporcionada após cognição sumária, mediante um dos instrumentos que compõem os provimento de antecipação de tutela. As peculiaridades que caracterizavam o quadro de despojamento ilegal justificam tal admissibilidade, ou melhor, tal predileção.

O quadro de ilicitude gerado pelo despojamento do empregado, além de representar violação a preceitos imperativos e de ordem pública, também afeta o direito básico de trabalhar e expõe o empregado a toda sorte de problema pessoal (emocional, financeiro, de desatualização profissional, etc.), podendo ainda representar uma ofensa à sua categoria profissional (no caso de portador de estabilidade sindical, por exemplo) e/ou a um interesse social de dimensões ainda maiores (exemplo da dispensa discriminatória).

Fora o fato, demasiadamente óbvio, de que, na quase totalidade dos casos, o tempo se revela um elemento essencial à utilidade prática do provimento jurisdicional final. A efetividade da tutela reintegratória, destarte, se encontra diretamente vinculada à rapidez do modelo processual em

produzir o provimento destinado a concretizar a reintegração no emprego. Isto é, a urgência na concessão da medida judicial reintegratória decorre do fato de que, para assegurar a sua serventia em termo práticos, é imprescindível a célere concretização da tutela reintegratória.

Viabilidade, na realidade empírica das relações de trabalho, de tutela jurisdicional reintegratória proporcionada após longos anos de debates nos tribunais do trabalho? Real efetividade do direito material à reintegração mesmo quando concretizado ao final de arrastado processo trabalhista?

Verdadeira miragem do modelo jurídico pátrio.

A eficácia da tutela jurisdicional reintegratória, assim, está diretamente vinculada à serventia do respectivo provimento judicial, tornando imprescindível promover a reintegração judicial no emprego mediante os meios processuais mais capazes a assegurar tal efetividade.

Somente assim será possível assegurar a plena concretização do direito de acesso à justiça àquele empregado ilicitamente despojado do seu posto empregatício.

Access to justice and judicial reintegratória: achieving the right to reintegration into employment after the employee's illegal dispossession

Abstract

The brazilian model of employment relation protection, in harmony with the principle of continuity, is formed by institutes that are destined to provide the continuation of the labor contract, to the point of stipulating as null the act of discharging when praticed against the instruments of restriction upon the employer's right to discharge an employee. If the respective norms are not followed, the employee will have to use the procedural model to materialize the right of reinstatement. Since this right consists in restituere in integrum, integral restitution to the state before the invalidated act, the judicial protection of reinstatement consists of a specific reparatory protection involving three acts that must be completed by the employer: pay a reparatory fee; promote the physical return of the employee; register the return in labor documents. In the light of the present procedural model, there are three procedural paths that capable to promote the materialization of the reinstatement protection: 1) effecting the incidental decision involving the anticipation of the judicial protection; 2) immediately effecting the mandatory sections of a reinstatement sentence; and, in exceptional cases, the execution of an executive title. In order to promote the insertion of the employee within a juridical reality in which his right to reinstatement shall not be limited to the abstract preview of the legislator, it will be essential to guarantee the integral effectiveness of the procedural model as an instrument of assurance of actual access to justice.

Key-words: Labor Reinstatement. Judicial Protection. Access to Justice.

Referência deste artigo

TEIXEIRA, Sergio Torres. Acesso à justiça e tutela jurisdicional reintegratória: concretização do direito à reintegração no emprego após o despojamento ilegal do empregado. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 499-526, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 7 abr. 2011. Aprovado em: 26 maio. 2011.*

La impronta del acervo jurisprudencial garantista del tribunal europeo de derechos humanos. El sistema de protección internacional de derechos

Dra. Sonia García Vázquez
Profesora de Derecho Político y Constitucional
Universidad de A Coruña

Resumen

La inmigración con el propósito de reagrupación familiar se ha convertido en el enfoque principal de las políticas migratorias en Europa, siendo, actualmente, el primer canal de entrada de flujos regulares de extranjeros. El respeto a la vida familiar debe ser analizado de forma individual, pero también, como límite a la posibilidad de expulsión de un extranjero del territorio de un Estado. La jurisprudencia sobre esta materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido oscilante y poco garantista en alguna de sus sentencias; sin embargo, la valoración global de su acervo jurisprudencial resulta altamente positiva, contribuyendo a ampliar considerablemente el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en Europa.

Palabras-clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la reagrupación familiar. Soberanía. Protección internacional de derechos.

1 El derecho a la reagrupación familiar y el concepto de familia

Si bien como consecuencia de las enormes diferencias sociales y culturales existentes entre los distintos Estados no resulta posible aportar una definición legal unívoca del concepto de familia, la creación

Access to justice and judicial reintegratória: achieving the right to reintegration into employment after the employee's illegal dispossession

Abstract

The brazilian model of employment relation protection, in harmony with the principle of continuity, is formed by institutes that are destined to provide the continuation of the labor contract, to the point of stipulating as null the act of discharging when praticed against the instruments of restriction upon the employer's right to discharge an employee. If the respective norms are not followed, the employee will have to use the procedural model to materialize the right of reinstatement. Since this right consists in restituere in integrum, integral restitution to the state before the invalidated act, the judicial protection of reinstatement consists of a specific reparatory protection involving three acts that must be completed by the employer: pay a reparatory fee; promote the physical return of the employee; register the return in labor documents. In the light of the present procedural model, there are three procedural paths that capable to promote the materialization of the reinstatement protection: 1) effecting the incidental decision involving the anticipation of the judicial protection; 2) immediately effecting the mandatory sections of a reinstatement sentence; and, in exceptional cases, the execution of an executive title. In order to promote the insertion of the employee within a juridical reality in which his right to reinstatement shall not be limited to the abstract preview of the legislator, it will be essential to guarantee the integral effectiveness of the procedural model as an instrument of assurance of actual access to justice.

Key-words: Labor Reinstatement. Judicial Protection. Access to Justice.

Referência deste artigo

TEIXEIRA, Sergio Torres. Acesso à justiça e tutela jurisdicional reintegratória: concretização do direito à reintegração no emprego após o despojamento ilegal do empregado. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 499-526, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 7 abr. 2011. Aprovado em: 26 maio. 2011.*

La impronta del acervo jurisprudencial garantista del tribunal europeo de derechos humanos. El sistema de protección internacional de derechos

Dra. Sonia García Vázquez
Profesora de Derecho Político y Constitucional
Universidad de A Coruña

Resumen

La inmigración con el propósito de reagrupación familiar se ha convertido en el enfoque principal de las políticas migratorias en Europa, siendo, actualmente, el primer canal de entrada de flujos regulares de extranjeros. El respeto a la vida familiar debe ser analizado de forma individual, pero también, como límite a la posibilidad de expulsión de un extranjero del territorio de un Estado. La jurisprudencia sobre esta materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido oscilante y poco garantista en alguna de sus sentencias; sin embargo, la valoración global de su acervo jurisprudencial resulta altamente positiva, contribuyendo a ampliar considerablemente el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en Europa.

Palabras-clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la reagrupación familiar. Soberanía. Protección internacional de derechos.

1 El derecho a la reagrupación familiar y el concepto de familia

Si bien como consecuencia de las enormes diferencias sociales y culturales existentes entre los distintos Estados no resulta posible aportar una definición legal unívoca del concepto de familia, la creación

de una familia como derecho de todos los individuos no fue preterida en los acuerdos internacionales ratificados después de la Segunda Guerra Mundial, que han de informar, a través del artículo 10.2 CE, cláusula de simpatía con los derechos humanos en palabras del Prof. PETER HÄBERLE, la interpretación de las normas que tutelan los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, pone de manifiesto en su apartado 3 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte del Estado. De ello se deriva, a nuestros efectos, que los esposos han de estar autorizados, en principio, a vivir juntos en todos los países. Esta concepción de la familia como núcleo fundamental de la sociedad se recoge, igualmente, en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, donde se proclama el derecho al matrimonio y a la vida privada y familiar; en el artículo 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961; en el artículo 23.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, y en el 17 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 10 de diciembre de 1966. Por su parte, el Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 reconoce el derecho de todos los hijos menores a relacionarse con ambos padres, incluso cuando éstos no conviven juntos y residen en países diferentes (artículos 9 y 10).

Pese a todo, ninguno de estos instrumentos jurídicos internacionales nos aporta una definición concreta acerca de qué es la familia. En el contexto europeo, la familia-tipo es la nuclear monogámica, pero no existe un modelo único, sino múltiples formas que corresponden a una sociedad plural e impiden interpretar el concepto de un modo restrictivo. Cada día surgen problemas culturales e ideológicos que revelan la existencia de diferentes tradiciones, mentalidades y prioridades de normas sociales que, por su naturaleza, dificultan la fijación de objetivos de convergencia.

Respecto al ámbito jurídico interno, cabe decir que si bien el artículo 39 de la Constitución española se configura como el eje alrededor del cual gira el tratamiento constitucional de la familia, el texto constitucional no manifiesta expresamente, en ninguno de los preceptos de su articulado, qué debe entenderse por "familia". No obstante, es interesante destacar, en primera instancia, que la Constitución no ha identificado a la familia con la que tiene origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación diferenciada de ambas instituciones (artículos 32 y 39 CE), sino también porque el amparo que la Norma fundamental le otorga responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (artículos 1.1 y 9.2 CE) y a la atención que, por consiguiente, debe conferirse a la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. Concluiremos, por tanto, que junto a la familia de origen matrimonial, por relevante que ésta sea en nuestra cultura, existen otras fórmulas, como corresponde a una sociedad democrática, moderna y plural.

La protección de la familia, reconocida en el artículo 39 CE, integrado en el Capítulo referente a los "principios rectores de la política social y económica", determina que esta finalidad tuitiva informe la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, la vinculación del derecho a la reagrupación familiar con el artículo 39 CE sólo permitirá su alegación ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, y, por tanto, su vulneración no podrá conducir a un recurso de amparo. En otras palabras, la adopción por un poder público de cualquier medida prevista en la Ley que tenga incidencia en el desarrollo de la vida familiar, en un supuesto donde el artículo 39 CE no pueda ser relacionado con alguno de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, bien la intimidad (art. 18 CE), la igualdad (art. 14 CE) o la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), carece, a los efectos de la jurisdicción de amparo, de dimensión constitucional, salvo en lo que se refiera al control de la motivación de la resolución judicial desde el prisma del art. 24.1 CE.

La reforma del régimen de reagrupación familiar constituyó una de las novedades más relevantes, por su trascendencia práctica, de la legislación de extranjería española. Una manifestación patente de ello sería su reconocimiento como un verdadero derecho, dejando obsoleta la concepción de que se trataba simplemente de una habilitación destinada a la tramitación de la solicitud de un tipo especial de visado.

Según la dicción literal del artículo 16.1 de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, que reforma la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista por la Ley y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España. Si la perplejidad que genera la confusa y desafortunada redacción de este precepto es fruto de una confusión conceptual o de una incorrección técnica del legislador, no resulta de nuestro interés en este momento. Sin embargo, la conclusión que se extrae de la lectura de este artículo genera un equívoco inadmisible, como consecuencia de esa aparente identificación entre el derecho a la intimidad familiar y el derecho a la vida familiar que, obviamente, son dos realidades jurídicas con fundamentos diferentes.

La inmigración con el propósito de reagrupación familiar se ha convertido en el enfoque principal de las políticas migratorias, siendo, actualmente, el primer canal de entrada de flujos regulares de extranjeros en toda Europa. El concepto de reagrupación familiar, entendida como facultad del extranjero residente para solicitar la entrada de sus familiares en territorio Schengen, abarca tanto el supuesto en el que se intenta traer a los miembros de una familia que estaba constituida con anterioridad, como el caso de que el reagrupante, después de su entrada en un Estado miembro, decida fundar una familia con un nacional de un tercer país que no vive en ese Estado.

La actual regulación legal confiere el derecho a la reagrupación familiar, solamente, al extranjero residente, es decir, al que posea una autorización de residencia, y no a los familiares susceptibles de ser

reagrupados. La exigencia de una autorización de residencia temporal o permanente ha venido excluyendo del derecho a la reagrupación familiar a los trabajadores de temporada o fronterizos y a los que obtengan una oferta de empleo por tiempo limitado, medida que ha afectado especialmente a los nacionales de países terceros firmantes de acuerdos migratorios con España.

El requerimiento de que se trate de un extranjero residente se recogía, también, en la propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea de 2 de Mayo de 2002 y, finalmente, en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, aplicable en aquellos supuestos en los que el reagrupante sea nacional de un país tercero, resida legalmente en un Estado miembro, y sea titular de una autorización o permiso de residencia expedido por dicho Estado, por un período de validez superior o igual a un año.

Llegados a este punto, es necesario recordar que los familiares de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados que forman parte del Pacto con el Espacio Económico Europeo no son objeto del ámbito de aplicación de la legislación española de extranjería. Por el contrario, los nacionales de terceros Estados que tengan vínculos familiares con españoles o ciudadanos comunitarios, serán reagrupados en España conforme a la normativa marcada por el Real Decreto 240/2007, considerándose los obstáculos a la reagrupación familiar como una restricción al ejercicio del derecho.

2 El convenio europeo de derechos humanos como sistema de protección internacional de derechos. El relevante papel del tribunal de estrasburgo como órgano de interpretación del convenio.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos se alza como el sistema de protección internacional de derechos que mejor ha funcionado, adquiriendo singular importancia por lo que representa y por gozar de un órgano dedicado, únicamente, a su interpretación, que no es otro que el Tribunal de Estrasburgo. Desde su primera sentencia: el Caso *Lawless* contra Irlanda, de 1 de julio de 1961, el cuerpo jurisprudencial que ha ido elaborando ha sido utilizado por nuestro Alto Tribunal para interpretar derechos constitucionales. El carácter privilegiado de este Tribunal europeo se ha acrecentado con la entrada en vigor del Protocolo nº 11 que eliminó el filtro previo de la Comisión, reforzando su posición entre los órganos de garantías.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que funciona como órgano judicial y aplicativo del Convenio y como órgano interpretador del mismo, puede conocer de demandas presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por cualquiera de los Estados parte. La demanda debe plantearse subsidiariamente después de haber agotado las vías de los recursos ordinarios y extraordinarios; es decir, en nuestro ordenamiento jurídico interno, si fuese el caso, después de interponer el pertinente recurso de amparo.

El Convenio no ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas de los diferentes Estados firmantes, ni tampoco impone a los mismos unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio. En otras palabras, la aceptación genérica de la jurisdicción del TEDH no supone que las

sentencias tengan eficacia ejecutiva; sino que sólo tendrán carácter declarativo y, por sí mismas, no anularán ni modificarán los actos o sentencias declarados contrarios al Convenio. No obstante, el TEDH será competente para resolver los casos que se le planteen y al hilo de éstos realizar la interpretación y aplicación del Convenio con carácter general. En otras palabras, tiene más importancia como órgano de interpretación que como verdadero órgano judicial aplicativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Llegados a este punto, es necesario tener en consideración la impronta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como marco configurador del derecho a la vida familiar en nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de que resulta innegable que la jurisprudencia ha ampliado enormemente el contenido del derecho a la vida familiar, ésta no ha deducido de las disposiciones del Convenio un derecho ilimitado a entrar y residir en el territorio de un Estado parte del cual no se ostente la nacionalidad, así como tampoco una protección absoluta de los miembros de la familia en supuestos de expulsión.

Por el contrario, el Tribunal de Estrasburgo considera que es prerrogativa de los Estados controlar la entrada, permanencia, residencia y salida de los extranjeros en su territorio, así como expulsar a aquellos que no reúnan las condiciones que exige la ley o a aquellos otros que hayan cometido delitos; pero la práctica administrativa sancionadora debe respetar siempre unos límites mínimos que se derivan de los Tratados internacionales para evitar que se vulneren derechos fundamentales.

Debemos, en cualquier caso, afirmar que el impacto de la jurisprudencia de Estrasburgo en los órdenes internos ha sido patente y, por ello, creemos que el balance, en relación a la materia que nos ocupa, es susceptible de calificarse como positivo; puesto que se ha creado un verdadero derecho autónomo a la reagrupación familiar, partiendo

del derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; sin duda el mecanismo legal que actúa con mayor intensidad a favor de la protección de la vida en familia de los extranjeros en Europa.

3 La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos respecto de la protección de la vida familiar de los extranjeros en europa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentándose en las exigencias del artículo 8.1 del Convenio Europeo, ha desarrollado una línea jurisprudencial que impone a los Estados el respeto real y efectivo a la vida familiar. Sus sentencias radican, principalmente, en el análisis de las relaciones conyugales o paterno-filiales y otros muchos aspectos que han de ser evaluados, desplegando una eficacia preventiva y correctiva nada despreciable, y contribuyendo, al tiempo, a ampliar notablemente el contenido de este derecho.

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos manifiesta que todos tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, su casa y su correspondencia, no debiendo existir interferencias por parte de la autoridad pública, excepto que estas medidas sean acordes con la ley, proporcionadas a la causa que las originó y a la finalidad legítima con ellas pretendida, y necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden económico del Estado.

En aplicación del criterio de territorialidad que impone el artículo 1 del Convenio Europeo, los extranjeros que se hallen en cualquier Estado firmante del mismo, gozan también de la titularidad del derecho al que se refiere el artículo 8, protegiéndolos contra arbitrariedades

e injerencias ilegítimas de los poderes públicos en su vida familiar. Sin embargo, su ejercicio puede estar condicionado por las políticas migratorias definidas por los Estados siempre que estas limitaciones estén previstas por la ley, estén justificadas razonablemente para cumplir finalidades legítimas y sean proporcionadas a las circunstancias que originaron su adopción.

Nos situamos ante un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados que otorgan un amplio margen de libertad a los Estados; pero, sin embargo, estos deberán atender a las pautas de interpretación que marca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vendría a jugar aquí, nuevamente, un trascendental papel. Claro resulta, en este contexto, que las cláusulas de restricción al ejercicio de un derecho han de ser interpretadas de manera estricta, si bien una reglamentación autorizada por el propio Convenio no sería considerada como injerencia ilícita en la vida familiar.

El respeto a la vida familiar debe ser analizado, también, como límite a la posibilidad de expulsión de un extranjero del territorio de un Estado concreto. El papel del Tribunal Europeo, en estos supuestos, se ha centrado en ver si se respeta, o no, el principio de proporcionalidad. Por consiguiente, la primera labor que afronta, en un caso de este tipo, es la de comprobar si el demandante tiene vida familiar en el Estado que pretende su expulsión.

Por su parte, el recurrente debe demostrar la existencia y efectividad de su vida familiar, esto es, que tiene una familia, y que la relación con su familia es "real y cercana". Si lo consigue, el TEDH admitirá que el derecho a la vida familiar o privada del solicitante se ha visto afectado por la medida estatal, pero no concluirá directamente la existencia de una violación del artículo 8, sino que se preguntará si tal injerencia estatal puede satisfacer las condiciones establecidas en el párrafo 2 de este precepto, es decir, si la intromisión estatal se produce "de acuerdo

con la ley", si persigue alguno de los fines legítimos enumerados en ese artículo, y si es "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar los citados fines.

Del párrafo transcrito, se deducen las tres condiciones para considerar justificada una violación del derecho a la vida privada o familiar, reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo. Estas condiciones serían que la medida sea acorde con la ley; que persiga alguna de las causas enumeradas como legítimas, y que "sea necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tales fines"; es decir, que exista una acuciante necesidad social en el contexto de una sociedad democrática, plural y tolerante. En otras palabras, los Estados deben efectuar un balance entre la vida privada y familiar del extranjero, por un lado, y los intereses del Estado y de la comunidad, por otro, de manera tal que las autoridades nacionales actúen siempre de forma razonable, proporcionada y motivada.

Sólo cuando se reúnan todas y cada una de estas condiciones, podrá entenderse que la injerencia en la vida privada y familiar del extranjero está justificada. Consecuentemente, las tres circunstancias gozan en el ámbito del TEDH de la misma importancia. Sin embargo, como recuerda D. BOZA, el análisis que ha dedicado el Tribunal a las mismas no ha resultado de igual envergadura; puesto que mientras que las dos primeras, en la práctica totalidad de los casos, quedaban liquidadas con poco más de un párrafo, la verificación del tercer requisito ocupa más de la mitad de los argumentos jurídicos de cada sentencia.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido oscilante y muy poco garantista en alguna de sus sentencias; sin embargo, como ya hemos mencionado previamente, la valoración global de su acervo jurisprudencial sobre esta materia resulta altamente positiva. La primera ocasión en la que el Tribunal Europeo hubo de tomar una posición sobre la compatibilidad con el Convenio de una

decisión vinculada con la política migratoria de un Estado-parte, enfrentándose a un recurso sobre reagrupación familiar con base en el artículo 8, se produce en el Caso *Abdulaziz, Cabales* y *Balkandali* contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985. Este es el supuesto de tres mujeres residentes regulares en Reino Unido que se casan en su país de origen; negándoseles, posteriormente, a sus esposos la entrada en Reino Unido. Supuestamente, parece que existe, al menos una discriminación, porque la normativa de extranjería inglesa autorizaba la reagrupación familiar de las mujeres de los extranjeros. Sin embargo, el Tribunal Europeo desestima el recurso alegando que no existe vida familiar anterior al derecho de residencia, al mismo tiempo que destaca que no se presentan pruebas concluyentes que demuestren que no puede producirse la reagrupación familiar en los países de origen de sus maridos. El Tribunal señala que se trata de un campo en el que gozan de un amplio margen los Estados contratantes para determinar, en función de las necesidades y recursos de las comunidades y de los individuos, las medidas a tomar para garantizar su observancia.

Llegados a este punto, es necesario recordar, con carácter general, que la consideración de "cónyuges" que incluya sólo a los que lo son legalmente puede resultar contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su sentencia de 13 de junio de 1979, Caso *Marckx*, considera que la vida familiar comprende también la que se deriva de relaciones que resulten de una unión no matrimonial, y declara que el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no distingue entre "familia legítima e ilegítima". *A posteriori*, en una sentencia de 18 de diciembre de 1986, en el Caso *Johnston*, insiste en esta línea jurisprudencial destacando que dicho precepto protege, no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural.

En el Asunto *Gül* contra Suiza, de 19 de febrero de 1996, se enfrenta a la decisión de si un matrimonio con autorización de residencia, concedida por razones humanitarias como consecuencia de la necesidad

de recibir un tratamiento médico a raíz de un grave accidente, tiene derecho a que su hijo, que había residido siempre en Turquía y había crecido en el entorno cultural y lingüístico de este país, obtenga una autorización para ser reagrupado con sus padres en Suiza.

Desde la obtención de la autorización de residencia por razones humanitarias en Suiza en 1990, el demandante había solicitado a las autoridades helvéticas el reagrupamiento familiar de su hijo acudiendo a todas las instancias, con el propósito de intentar mejorar la situación en la que se encontraba, que implicaba la separación definitiva de la familia; puesto que debido a la carencia de recursos económicos suficientes para viajar, a su invalidez y a la grave enfermedad de su esposa, el reagrupamiento familiar en Turquía se convertía en ilusorio.

A pesar de las razones aducidas anteriormente, el Tribunal Europeo consideró, por siete votos contra dos, en una resolución manifiestamente injusta, que a pesar de la difícil situación en la que se encontraba la familia *Gül*, desde el punto de vista humano, no podía considerarse que Suiza hubiese vulnerado las obligaciones derivadas del párrafo 1º del artículo 8, y que, por tanto, no se había producido injerencia alguna en la vida familiar del demandante en el sentido del Convenio, alegando que los esposos no disponían de un "derecho de residencia permanente" en el país de acogida. De este modo, quedaba patente que los Estados tienen derecho, sin perjuicio de los compromisos derivados de los Tratados internacionales, de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio, y que el artículo 8 no puede interpretarse en el sentido de que comporte una obligación para los Estados de respetar la elección del lugar de residencia de las parejas casadas.

No obstante los desafortunados precedentes, de lo que se trata, en cualquier caso, es de ser conscientes de la enorme incidencia que la labor del Tribunal Europeo ha desplegado a favor de la protección de los derechos de los extranjeros. La casuística es muy abundante y variada

en cuanto a las posibles injerencias alegadas respecto a la vida privada y familiar de los demandantes. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, el carácter asistemático de las decisiones judiciales no ayuda a esbozar, al menos en una primera etapa, unas líneas generales dotadas de cierta coherencia que nos protejan frente a las ambigüedades y soluciones aporéticas.

En España, mientras los familiares no obtengan una autorización de residencia independiente, su autorización de residencia se extingue con la del reagrupante. Esto implica que, en el supuesto de que el reagrupante cometa una infracción de las sancionadas con expulsión, si éste es expulsado, los familiares deberán salir obligatoriamente del territorio, a no ser que obtengan una nueva autorización de residencia avalada por sus propios medios económicos.

Por lo que respecta a la vida familiar de un extranjero que se encuentre en situación administrativa irregular en un Estado parte del Convenio, la jurisprudencia de Estrasburgo expresa, en un primer momento, una tendencia inequívocamente restrictiva de derechos, al tiempo que favorecedora de las facultades soberanas de los Estados para expulsar a los extranjeros allende de sus fronteras. El cambio se produce a finales de la década de los ochenta y en la década de los noventa, cuando una clara tendencia progresista comienza a regar la mayor parte de sus resoluciones.

El Tribunal ha considerado que antes de que las autoridades de un Estado parte procedan a expulsar a un extranjero del país, deben tenerse en consideración, además de su situación administrativa, una serie de datos para que la expulsión del extranjero no se considere una intrusión desproporcionada con los fines legítimos perseguidos.

Pues bien, en un paisaje que no aboga por la prioridad de los derechos de los extranjeros, en el que absolutamente todo parece

dejarse arrastrar por la vorágine de un sistema económico encerrado en sí mismo, el Tribunal de Estrasburgo, aún sumergido en un diluvio de dudas, elaboró una línea jurisprudencial sobre las condiciones en las que el artículo 8 del Convenio puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de causas legales de expulsión de un extranjero, desmarcándose, definitivamente, de su tendencia clásica y comenzando a reconocer la responsabilidad de los Estados en aquellos supuestos de expulsión donde se haya producido una inobservancia de las disposiciones del Convenio Europeo.

Bajo un aura de despertante ánimo, irrumpe en escena una sentencia pionera que marca el comienzo de una nueva línea jurisprudencial: el Caso *Berrehab* contra los Países Bajos de 21 de junio de 1988. En este supuesto, se había denegado la prórroga de la autorización de residencia en los Países Bajos a un extranjero divorciado, lo que le impedía visitar, regular y frecuentemente a su hija de corta edad, fruto de su matrimonio con una holandesa. A juicio del Tribunal Europeo, imposibilitar a este ciudadano extranjero la relación con su hija supondría una injerencia inadmisible en su derecho a la vida privada y familiar, no permitida por el artículo 8.2 del Convenio, porque al expulsar al requirente se romperían los estrechos lazos que se habían creado entre el padre y su hija. Para el TEDH es decisivo el hecho de que no se trata de la solicitud de una primera autorización de residencia, sino de una prórroga a favor de una persona que ya había residido legalmente en los Países Bajos y que había tenido un hijo de su matrimonio con una nacional.

Sin ese primer impulso no se comprenderían decisiones que desenmascaran el espíritu aperturista del momento. Un ejemplo paradigmático lo constituye el Caso *Nasri* contra Francia, de 13 de julio de 1995, donde se manifiesta, sin ambages, que la expulsión de una persona aquejada de una enfermedad que precise tratamiento (disminuido psíquico y físico) en un entorno familiar propicio en el que pueda encontrar equilibrio psicológico y social es contraria

al Convenio aunque, en este caso concreto, el protagonista sea un extranjero condenado penalmente por haber cometido robos con violencia y otros delitos de mayor gravedad.

Sin necesidad de abdicar de su planteamiento apriorísticamente garantista, el Tribunal Europeo ha mostrado su rectitud en supuestos que creaban serias dudas en relación con el difícil equilibrio entre la vida familiar y el orden público, como consecuencia de los graves delitos cometidos por los recurrentes. Muestra de ello serían las sentencias *El Boujaidi* contra Francia, de 26 de septiembre de 1997 y *Boulifa* contra Francia, de 2 de octubre de 1997.

Las circunstancias que pondera y valora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para resolver un supuesto concreto vinculado al derecho a la vida familiar de un extranjero en un Estado firmante del Convenio Europeo pueden sistematizarse y, de algún modo, aparecen explicitadas en el Caso *Bolutif* contra Suiza de 2 de agosto de 2001:

a) la naturaleza y gravedad de la infracción cometida;

b) la duración de su estancia en el país del que vaya a ser expulsado;

c) el período que ha transcurrido desde que se cometió la infracción;

d) la conducta del interesado en ese tiempo;

e) nacionalidad;

f) situación familiar concreta (padres, matrimonio, hijos) o arraigo;

g) país de origen del esposo o de la esposa;

h) otros aspectos que puedan resultar de interés para la resolución del caso concreto.

En suma, la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo ha sido algo caótica, con pocos principios generales, respondiendo a las cuestiones del caso concreto, y fijando su atención en detalles que dentro del conjunto del caso pueden parecer irrelevantes.

No obstante, es necesario reconocer que el Tribunal Europeo ha ampliado el ámbito de aplicación de este derecho frente a varios expedientes sancionadores de expulsión. Ejemplo de ello serían el Caso *Jakupovic* y el Caso *Radovanovic*, en el que los dos recurrentes habían llegado a Austria, el primero proveniente de Bosnia, y el segundo de Serbia y Montenegro, después de haber cursado la escuela elemental en sus Estados de origen.

En definitiva, ambos tenían fuertes vínculos en los Estados de procedencia y habían vivido más tiempo en estos países que en Austria cuando se adoptó la orden de expulsión contra ellos. Pese a que no se trataba de dos situaciones parangonables a las de los llamados "inmigrantes de segunda generación", el Tribunal Europeo consideró que la expulsión y prohibición de residencia por diez años para Jakupovic, y la expulsión indefinida para Radovanovic vulneraba su derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las más célebres sentencias del año 2006 sobre vulneración del respeto a la vida privada y familiar han sido las siguientes: el Caso *Evans* contra Reino Unido; *Segerstedt-Wiberg* contra Suecia; *Bianchi* contra Suiza (rapto de un menor por parte de la madre); *Jäggi* contra Suiza (derecho a conocer paternidad biológica a través de una prueba de ADN); y finalmente, y la que más importa a estos efectos, el celebérrimo Caso *Mubillanzila Mayeka* y *Kaniki Mitunga* contra Bélgica, conocida popularmente, como "Caso *Tabitha*".

En esta Sentencia de 12 de octubre de 2006, el Tribunal Europeo de Estrasburgo analiza, con particular minuciosidad la vulneración

del artículo 3 y del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Los antecedentes del caso que dan lugar a la queja ante el Tribunal son extraordinariamente graves, teniendo en consideración que la protagonista del mismo es una niña de apenas cinco años de edad.

Las autoridades belgas detienen en un aeropuerto a una menor de cinco años que proviene del Congo, y que viaja acompañada de su tío, con el propósito de unirse a su madre que ha obtenido el estatuto de refugiada en Canadá, pero sin los documentos de viaje necesarios. La menor fue detenida y trasladada a un centro de internamiento para adultos. Después de permanecer internada en dicho centro durante dos meses, se determina para ella una sanción de expulsión del país. Un juez que examina el caso, pone de manifiesto que la detención de la menor es ilegal y ordena su liberación inmediata amparándose en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Sin embargo, al día siguiente la decisión de expulsión es ejecutada y *Tabitha* es enviada a la República Democrática del Congo, confiando su seguridad en el viaje al personal de cabina y sin que ninguna persona de la familia le espere en el lugar de destino para hacerse cargo de ella.

Comencemos este escueto análisis por el artículo 3 del CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos degradantes e inhumanos. Para que pueda deducirse que ha habido un maltrato, éste debe revestir un mínimo de gravedad, bien en su ejecución, en su duración, y dependiendo de la edad y estado de salud de la víctima. Un menor es siempre especialmente vulnerable; sin embargo, este dato obvio no se tuvo en consideración y las condiciones de detención de *Tabitha* fueron las mismas que para cualquier adulto. De este modo, la pequeña estuvo más de dos meses separada de sus padres, sin ningún tutor asignado que estuviese a su cuidado, en un país desconocido, y siendo tratada como cualquier extranjero irregular.

A todo lo anterior, se suma el hecho de que las autoridades belgas se limitaron a dar un número de teléfono a la madre de la menor sin

En suma, la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo ha sido algo caótica, con pocos principios generales, respondiendo a las cuestiones del caso concreto, y fijando su atención en detalles que dentro del conjunto del caso pueden parecer irrelevantes.

No obstante, es necesario reconocer que el Tribunal Europeo ha ampliado el ámbito de aplicación de este derecho frente a varios expedientes sancionadores de expulsión. Ejemplo de ello serían el Caso *Jakupovic* y el Caso *Radovanovic*, en el que los dos recurrentes habían llegado a Austria, el primero proveniente de Bosnia, y el segundo de Serbia y Montenegro, después de haber cursado la escuela elemental en sus Estados de origen.

En definitiva, ambos tenían fuertes vínculos en los Estados de procedencia y habían vivido más tiempo en estos países que en Austria cuando se adoptó la orden de expulsión contra ellos. Pese a que no se trataba de dos situaciones parangonables a las de los llamados "inmigrantes de segunda generación", el Tribunal Europeo consideró que la expulsión y prohibición de residencia por diez años para Jakupovic, y la expulsión indefinida para Radovanovic vulneraba su derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las más célebres sentencias del año 2006 sobre vulneración del respeto a la vida privada y familiar han sido las siguientes: el Caso *Evans* contra Reino Unido; *Segerstedt-Wiberg* contra Suecia; *Bianchi* contra Suiza (rapto de un menor por parte de la madre); *Jäggi* contra Suiza (derecho a conocer paternidad biológica a través de una prueba de ADN); y finalmente, y la que más importa a estos efectos, el celebérrimo Caso *Mubillanzila Mayeka* y *Kaniki Mitunga* contra Bélgica, conocida popularmente, como "Caso *Tabitha*".

En esta Sentencia de 12 de octubre de 2006, el Tribunal Europeo de Estrasburgo analiza, con particular minuciosidad la vulneración

del artículo 3 y del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Los antecedentes del caso que dan lugar a la queja ante el Tribunal son extraordinariamente graves, teniendo en consideración que la protagonista del mismo es una niña de apenas cinco años de edad.

Las autoridades belgas detienen en un aeropuerto a una menor de cinco años que proviene del Congo, y que viaja acompañada de su tío, con el propósito de unirse a su madre que ha obtenido el estatuto de refugiada en Canadá, pero sin los documentos de viaje necesarios. La menor fue detenida y trasladada a un centro de internamiento para adultos. Después de permanecer internada en dicho centro durante dos meses, se determina para ella una sanción de expulsión del país. Un juez que examina el caso, pone de manifiesto que la detención de la menor es ilegal y ordena su liberación inmediata amparándose en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Sin embargo, al día siguiente la decisión de expulsión es ejecutada y *Tabitha* es enviada a la República Democrática del Congo, confiando su seguridad en el viaje al personal de cabina y sin que ninguna persona de la familia le espere en el lugar de destino para hacerse cargo de ella.

Comencemos este escueto análisis por el artículo 3 del CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos degradantes e inhumanos. Para que pueda deducirse que ha habido un maltrato, éste debe revestir un mínimo de gravedad, bien en su ejecución, en su duración, y dependiendo de la edad y estado de salud de la víctima. Un menor es siempre especialmente vulnerable; sin embargo, este dato obvio no se tuvo en consideración y las condiciones de detención de *Tabitha* fueron las mismas que para cualquier adulto. De este modo, la pequeña estuvo más de dos meses separada de sus padres, sin ningún tutor asignado que estuviese a su cuidado, en un país desconocido, y siendo tratada como cualquier extranjero irregular.

A todo lo anterior, se suma el hecho de que las autoridades belgas se limitaron a dar un número de teléfono a la madre de la menor sin

informarle de la detención ni (lo que, a nuestro juicio, es mucho más grave) de la expulsión del país. El Tribunal Europeo concluye que esa situación generó en la madre un "sufrimiento grave" y una "profunda angustia", circunstancia que viene a incrementar el nivel de gravedad requerido por el artículo 3 de la Convención Europea.

La expulsión del país y, por ende, del territorio Schengen tuvo lugar el 17 de octubre de 2002, sin considerar tres elementos trascendentales:

> La decisión de un juez ordenando su liberación inmediata.
>
> El hecho de que el Alto Comisionado de Naciones Unidas había informado formalmente a Bélgica de la condición de refugiada de la madre de *Tabitha*.
>
> La situación del Congo al regreso, que supondría vivir en condiciones muy difíciles y sin sus progenitores.

Por todo lo expuesto, el Tribunal entiende que existe una clara vulneración del artículo 3 de la Convención y que se ha incurrido en un trato "degradante e inhumano"; pero, además, añade que la detención de la menor supone la violación agravada del artículo 8, puesto que la ruptura de su vida familiar no persigue un fin legítimo, no es necesaria en una sociedad democrática, y no resulta proporcionada al fin pretendido.

La detención se fundamentó en el artículo 74.5 de la Ley de 17 de diciembre de 1980, sobre extranjeros y control de entradas, y se desarrolló bajo la alegación de "razones de seguridad nacional", "orden público", y "lucha contra la criminalidad", retardando considerablemente la reagrupación familiar de madre e hija, y atentando a la integridad moral de la pequeña y al libre desarrollo de su personalidad, bien jurídico protegido por el artículo 8 del Convenio.

En definitiva, el sistema jurídico belga no garantizó el derecho a la libertad, a la reagrupación familiar ni al bienestar de la menor extranjera no acompañada; cuando debiese haberla tomado a su cargo mientras se arreglaban los trámites administrativos para reagruparla con su madre, después de haber corroborado que en Kinshasa nadie se haría cargo de ella.

International human rights protection: jurisprudence of the european court of human rights on the right to family reunion

Abstract

Immigration for the purpose of family reunification has become the main focus of migration policies in Europe and it is currently the first channel of regular inflows of foreigners. Respect for family life should be checked individually as a right, but also as a limit to the possibility of expulsion of foreigners from the territory of a State. The case law on this matter of the European Court of Human Rights has been oscillating in some of the statements, but their overall assessment is highly positive jurisprudential heritage, contributing to significantly expand the right to family reunification for foreigners in Europe.

Key-words: European Court of Human Rights; right to family reunification; sovereignty; international human rights protection.

Bibliografía

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, Revista digital de Derecho de extranjería, 2003.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

APAP, J. y SITAROPOULOS, N., "The right to family unity and reunification of third country migrants in host states: Aspects of international and European law", en P. De Bruycker (Dir.), Which immigration policy for the European Union?: assessment of the Maastricht treaty and prospects of the Amsterdam treaty, Bruylant, 2001.

BALAGUER CALLEJÓN, F., "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas", en M. Moya Escudero (Coord.), Comentario sistemático a la Ley de extranjería, Comares, Granada, 2001.

BOELES, P., "Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?", European Journal of Migration and Law 3, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001.

BOZA MARTÍNEZ, D., Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., Legislación sobre nacionalidad y extranjería, Colex, 2002.

CHOLEWINSKI, R., "Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right", European Journal of Migration and Law, 4, Kluwer Law International, The Netherlands.

CHUECA SANCHO, A., La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos, Ed. Egido, Zaragoza, 1998.

CONDE-PUMPIDO, C.; CÓRDOBA, D.; DE MATEO, F.; SANZ, J. D., Tratado práctico de los procesos de extranjería, Bosch, Barcelona, 2002.

FLAQUER, L., Family Policy and Welfare State in Southern Europe, Institut de Ciències Polítiques I Socials, Barcelona, 2000.

FREIXES, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C., "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Revista de Derecho Político, núm. 44, 1998.

GARCÍA MORILLO, J., "La protección de la familia", en J. de Esteban y López Guerrera, El régimen constitucional español; Ed. Labor, Madrid, 1980.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARRIDO GÓMEZ, M. I., La política social de la familia en la Unión Europea, Dykinson, Madrid, 2000.

GOIZUETA VÉRTIZ, J., El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Bibliografía

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la Directiva 2003/86 CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, Revista digital de Derecho de extranjería, 2003.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

APAP, J. y SITAROPOULOS, N., "The right to family unity and reunification of third country migrants in host states: Aspects of international and European law", en P. De Bruycker (Dir.), Which immigration policy for the European Union?: assessment of the Maastricht treaty and prospects of the Amsterdam treaty, Bruylant, 2001.

BALAGUER CALLEJÓN, F., "Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas", en M. Moya Escudero (Coord.), Comentario sistemático a la Ley de extranjería, Comares, Granada, 2001.

BOELES, P., "Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?", European Journal of Migration and Law 3, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001.

BOZA MARTÍNEZ, D., Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., Legislación sobre nacionalidad y extranjería, Colex, 2002.

CHOLEWINSKI, R., "Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right", European Journal of Migration and Law, 4, Kluwer Law International, The Netherlands.

CHUECA SANCHO, A., La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos, Ed. Egido, Zaragoza, 1998.

CONDE-PUMPIDO, C.; CÓRDOBA, D.; DE MATEO, F.; SANZ, J. D., Tratado práctico de los procesos de extranjería, Bosch, Barcelona, 2002.

FLAQUER, L., Family Policy and Welfare State in Southern Europe, Institut de Ciències Polítiques I Socials, Barcelona, 2000.

FREIXES, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C., "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Revista de Derecho Político, núm. 44, 1998.

GARCÍA MORILLO, J., "La protección de la familia", en J. de Esteban y López Guerrera, El régimen constitucional español; Ed. Labor, Madrid, 1980.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARRIDO GÓMEZ, M. I., La política social de la familia en la Unión Europea, Dykinson, Madrid, 2000.

GOIZUETA VÉRTIZ, J., El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

HANDOLL, J., The status of third country nationals residing on a long-term basis, First European Congress for Specialist Lawyers in the Area of Immigration and Asylum in Europe, Bruselas, 2000.

JIMÉNEZ-BLANCO, A., Comentarios a la Constitución española. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Areces, Madrid, 1993.

LAMBERT, H., "The European Court of Human Rights of Refugees and other persons in need protection to family reunion", International Journal of Refugee Law, Vol. 11, nº 3, Oxford University Press, 1999.

MARTÍNEZ CUEVAS, M. D., "La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 5, 2002.

QUESADA POLO, S., "La expulsión de extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el TEDH", Cuadernos en Cuadernos de Derecho Judicial, Perfiles de Derecho Constitucional a la vida privada y familiar, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

SANTOLAYA MACHETTI, P., El derecho a la vida familiar de los extranjeros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SHERLOCK, A., "Deportation of aliens and article 8 ECHR", 23 European Law Review, 1998.

SUDRE, F.; MARGUÉNAUD, J.; ANDRIANTSIMBAZOVINA, J.; GOUTTENOIRE, A.; LEVINET, M.; Les grans arrets de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Themis, Presses Universitaires de France, Paris, 2003.

WARREN, S. & BRANDEIS, L., El derecho a la intimidad, Civitas, Madrid, 1995.

ZIMMERMAN, S. L., Understanding Family Policy: Theoretical Approaches, Newsbury Park, Sage, 1988.

Referência deste artigo

Vázquez, Sonia García. La impronta del acervo jurisprudencial garantista del tribunal europeo de derechos humanos. El sistema de protección internacional de derechos. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 15, n. 32, p. 527-550, jul./dez. 2010.

** Artigo recebido em: 22 mar. 2011. Aprovado em: 31 abr. 2011.*

Índice de assuntos

subject index
índex

Índice de assuntos

subject index

A

B

C

D

E

F

I

J

L

M

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 obedeçam 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, espacejamento 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

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 obedeçam 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, espacejamento 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 (key-words), 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, titulo, 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 HOUVER), 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 HOUVER), prenome. Título do artigo. Título do periódico, local de publicação, numeração do ano e/ou volume, fascículo ou número, paginação inicial – paginação 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 250 g/m²
Impressa no parque gráfico da Esmape Gráfica e Editora
Junho 2012.

Cursos

Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas com opção de pós-graduação

Atendendo às exigências do mercado de trabalho, o Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas prepara bacharéis e acadêmicos do Curso de Direito que estão nos dois últimos períodos ou no último ano letivo, para o ingresso à magistratura, zelando pelo seu bom desempenho nos demais concursos públicos. O curso é valido como atividade jurídica pela Constituição Federal, Emenda nº 45/2004, c/c a Resolução nº 11, de 31/01/2006, do Conselho Nacional de Justiça.

Através do Programa de Pós-Graduação em Direito Público *lato sensu* da ESMAPE, o curso oferece ainda ao aluno, em caráter complementar e facultativo, a opção de obter o título de especialista em Direito Público, com habilitação para a docência superior.
Com uma carga horária de 810 horas-aula, dividida em três semestres, o curso é ministrado de segunda à sexta-feira das 19 às 22 horas.

Cursos de Pós-Graduação e Extensão

Capacitar profissionais para o exercício da atividade docente tem sido o principal objetivo dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* da Esmape, além de fomentar a pesquisa científica, a produção intelectual e contribuir para o aperfeiçoamento profissional.

Com carga horária de 360 horas-aula, distribuídas em 18 meses ininterruptos, as aulas são ministradas uma vez por semana, horário das 8 às 12 horas, nas especializações:

- Direito Penal e Processual Penal
- Direito Civil e Processual Civil
- Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário)
- Direito Privado (Civil e Empresarial)
- Direito de Família e Sucessões
- Licitações e Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal e,
  Cursos para Aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA
Fones: (81) 3224.0086 / 3224.1285 / 3224.0837
www.esmape.com.br