



Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE N° 17, 2012

©REVISTA DA ESMESE
ISSN 1679-785X

Conselho Editorial e Científico

Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Desembargador Netônio Bezerra Machado
Juiz João Hora Neto
Desembargador Cezário Siqueira Neto
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Revisão: Ronaldson Sousa e Mateus Correia
Editoração Eletrônica: Mateus Correia
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Nossa Gráfica Editora.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
[http: www.esmese.com.br](http://www.esmese.com.br)
e-mail: esmese@tjse.jus.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, nº 17, 2012.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretor

Desembargador Cezário Siqueira Neto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico

Desembargadora Geni Silveira Schuster

Subdiretora de Administração

Ana Patrícia Souza

Subdiretores de Curso

Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Renata Mascarenhas Freitas de Aragão

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
DOCTRINA	13
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEÍCULO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA: A BUSCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA José Marcelo Barreto Pimenta.....	15
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA, OS CONCURSOS PÚBLICOS E A (IN) DESEJADA FORMAÇÃO DE NÍVEL SUPERIOR DE CANDIDATOS AOS CARGOS DE NÍVEIS FUNDAMENTAL E MÉDIO Geilton Costa da Silva.....	51
O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM CONFRONTO COM A SÚMULA 231 DO STJ Edson Ulisses de Melo.....	65
SUSTENTABILIDADE COMO PARADIGMA DO DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE José Anselmo de Oliveira.....	93
A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA Patrícia Cunha Barreto de Carvalho & Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar.....	101
ADAPTABILIDADE NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Arnaldo de A. Machado Júnior & Dheborá Mendonça de Cerqueira.....	111
QUANTITATIVO DE VEREADORES FIXADOS PELAS CÂMARAS MUNICIPAIS À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 58 Marcos Vinícius Linhares Constantino da Silva.....	139
INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO Helino Silva de Oliveira.....	153
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA NOVA PERSPECTIVA DO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO Ricardo Diego Nunes Pereira.....	171

O ESTATUTO DOS SERVIDORES DE ARACAJU E A
INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO

Filipe Cortes de Menezes.....195

AÇÃO RESCISÓRIA – UMA ANÁLISE TÉCNICO-PROCESSUAL ACERCA
DAS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE, SUAS PECULIARIDADES E
APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB O
PRISMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDÊNCIAL

Fagner Dantas Barros.....219

A INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL NO INSTITUTO DAS
CONDIÇÕES DA AÇÃO

Fabiany Luna dos Santos Accioly.....245

SISTEMA PENAL E MÍDIA: BREVES LINHAS SOBRE UMA RELAÇÃO
CONFLITUOSA

Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara.....265

NULIDADE DA INCLUSÃO DO SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA NA
CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA COMO CO-RESPONSÁVEL

Cléverson Chevel dos S. Faro.....291

MEDIAÇÃO: APLICABILIDADE E EFETIVIDADE NA SOLUÇÃO DOS
CONFLITOS NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Sylvera Salles de Santana Aragão.....303

LEI DE BIOSSEGURANÇA - LEI Nº 11.105/2005

Elisa Bastos Frota.....335

A CONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DA SAÚDE

Jamisson Francisco Souza Fonseca.....349

ACIDENTE DO TRABALHO OU INFORTÚNIO E QUAL É O PAPEL DO
PODER JUDICIÁRIO E DA SOCIEDADE NA PREVENÇÃO NACIONAL
DA SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO?

Gianini Rocha Gois Prado.....373

BREVE ANÁLISE DA VISÃO SOCIOLÓGICA SOBRE A CIÊNCIA DO
DIREITO

Hudson Luiz França Mancilha.....385

APRESENTAÇÃO

Ao longo desses anos de atuação, a Escola Superior da Magistratura de Sergipe – ESMESE tem propiciado o enriquecimento da cultura jurídica e humanística em Sergipe.

Os magistrados sergipanos já tão reconhecidos em todo o território nacional pela sua eficiência na produtividade e efetividade no julgamento dos processos têm demonstrado serem também portadores do mais alto nível intelectual.

O aprimoramento constante dos magistrados, participando de cursos de pós-graduação, mestrado e doutorado, vem ao encontro das diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Como não poderia deixar de acontecer, a magistratura sergipana difunde todo esse preparo intelectual através deste veículo poderoso que é a *Revista Jurídica da Esmese*, aprovada pela comunidade jurídica do Estado de Sergipe e do restante do território nacional.

Além dos magistrados, a *Revista da Esmese* abre o seu espaço democrático a outros operadores jurídicos, fazendo com que o pensamento difundido pela publicação conte com opiniões sobre vários matizes.

Este número que apresentamos traz temas interessantíssimos e de importância para os operadores do Direito. São temas que vão da análise sobre Direitos Fundamentais à luz de princípios constitucionais; mediação, instrumento extremamente útil na agilização dos julgamentos; até o sistema penal brasileiro e sua relação com a mídia.

Esses artigos, escritos por profissionais do mais alto gabarito, ajudarão outros magistrados, advogados, promotores de justiça e estudantes, a refletirem e aprimorarem a sua atuação em prol da Sociedade tão ansiosa por encontrar soluções para os seus conflitos.

Não podemos encarar o conteúdo desta Revista apenas como mero deleite acadêmico. A teoria sem que possa ser posta em prática de nada adianta. É como um quadro raro de pintor famoso trancado a sete chaves no cofre do seu colecionador. Tem que ser exposto, para

que as pessoas absorvam a sua beleza e se sintam melhores em um mundo tão conturbado.

Assim são estes artigos. Quadros raros, que com esta publicação poderão ser vistos e absorvidos por tantos quantos apreciem a boa escrita jurídica.

Tenham uma boa leitura e um ótimo proveito desta obra.

Desembargador Cezário Siqueira Neto

Diretor da Esmese

DOCTRINA

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEÍCULO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA: A BUSCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

José Marcelo Barreto Pimenta*

RESUMO: A consolidação de um paradigma pós-positivista passou a formular novas propostas de compreensão do significado de um direito justo, buscando compatibilizar as exigências de validade e legitimidade da ordem jurídica, mediante o delineamento de variadas alternativas teóricas, com destaque, dentro do paradigma neoconstitucionalista, para a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, como alternativa de fundamentação e legitimação das opções hermenêuticas e decisórias. Dentro desse novo contexto hermenêutico surgido com a pós-modernidade, o princípio da proporcionalidade, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, apresenta-se, não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também como um verdadeiro referencial argumentativo em busca do fim maior que é uma vida digna. O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como proposta a harmonização da pluralidade dos direitos fundamentais que possibilitam uma vida digna, de molde a sintetizar as exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-modernidade. Neoconstitucionalismo. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tratar do princípio da proporcionalidade, que, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, deverá buscar sempre a efetivação máxima da dignidade da pessoa humana, como sói acontecer no panorama pós-moderno.

Para tanto, a fim de uma melhor compreensão do tema, será feita uma

*Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Sergipe. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador

breve explanação do jusnaturalismo até o pós-positivismo, quando, então, inaugurou-se uma nova hermenêutica, baseada, principalmente, em uma forte principiologia jurídica, exurgindo como vetor máximo o princípio da dignidade da pessoa humana. Dentro desse novo contexto, será feita uma análise do princípio da proporcionalidade, distinguindo-se as regras dos princípios, enfatizando-se a garantia dos direitos fundamentais e culminando com a nova hermenêutica desse princípio, alimentado intensamente pelo valor da dignidade humana.

2. DO JUSNATURALISMO AO POSITIVISMO JURÍDICO

2.1 JUSNATURALISMO

Conforme os ensinamentos de Ricardo Maurício Freire Soares, o jusnaturalismo se afigura como uma corrente jurisprudencial de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estoicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX. Ainda segundo ele, citando o magistério de Norberto Bobbio, podem ser vislumbradas duas teses básicas do movimento jusnaturalista. A primeira tese é a pressuposição de duas instâncias jurídicas: o direito positivo e o direito natural. A segunda tese do jusnaturalismo é a superioridade do direito natural em face do direito positivo¹.

Ao longo do tempo, a doutrina jusnaturalista se utilizou de diversos fundamentos para a compreensão de um direito justo, podendo agrupá-los da seguinte forma: 1) jusnaturalismo cosmológico; 2) jusnaturalismo teológico; 3) jusnaturalismo racionalista; 4) jusnaturalismo contemporâneo.

O jusnaturalismo cosmológico foi a doutrina do direito natural que caracterizou a antiguidade greco-latina. Funda-se na ideia de que os direitos naturais correspondiam à dinâmica do próprio universo, refletindo as leis eternas e imutáveis que regem o funcionamento do cosmos².

O jusnaturalismo teológico (Idade Média) sofreu a influência do cristianismo, que introduziu novas dimensões ao problema da justiça. Segundo o jusnaturalismo teológico, o fundamento dos direitos naturais seria a vontade de Deus: o direito positivo deveria estar em consonância com as exigências perenes e imutáveis da divindade.

O jusnaturalismo racionalista consolida-se no século XVIII, como o

advento da ilustração, despontando a razão humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social. Esse movimento jusnaturalista, de base antropocêntrica, utilizou a ideia de uma razão universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena de o direito positivo corporificar a injustiça. (...) Nessa época, os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade passam a ser difundidos e contrapostos ao poder absoluto da monarquia³.

No século XIX surgiram as ciências sociais como a Sociologia, a Antropologia e a Etimologia, que passaram a apontar a diversidade cultural das sociedades humanas. Diante disso, essas ciências sociais passariam a evidenciar que a concepção de justiça seria variável no tempo e no espaço, ao contrário do conceito eterno e perene da justiça difundido pelos jusnaturalistas. Nesse sentido, o jusnaturalismo contemporâneo incorpora as críticas feitas a ele próprio no século XIX, ao reconhecer a relatividade do conceito de justiça e sustentar que cada cultura valoriza a justiça de determinada forma. Sendo assim, repele-se a ideia de uma justiça perene e imutável, apresentando, em contrapartida, uma visão relativista quanto às possibilidades de configuração de um direito justo. Trata-se da constatação de que, em qualquer sociedade humana, haverá um forma de vivenciar o direito justo, porquanto a justiça se revela um anseio fundamental da espécie humana⁴.

2.2 POSITIVISMO JURÍDICO

Contraposta à expressão “direito natural”, própria do jusnaturalismo, é a expressão “direito positivo”, da qual deriva o termo positivismo jurídico. Sua concepção nasce quando o direito positivo passa a ser considerado direito no sentido próprio. Ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, havendo a exclusão do direito natural da categoria de juridicidade. Passa a ser um pleonasma o acréscimo do adjetivo “positivo”. O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.

A passagem do jusnaturalismo para o positivismo tem forte ligação com a dissolução da sociedade medieval e a formação do Estado moderno. O

Estado passa a monopolizar o processo de produção jurídica, rompendo com o pluralismo jurídico medieval. Passa a haver um monismo jurídico, onde o Estado prescreve o Direito, seja através da lei ou, indiretamente, através do reconhecimento e controle das normas consuetudinárias. O juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, titular de um dos poderes estatais, o Judiciário, subordinado ao Legislativo. O direito positivo (direito posto e aprovado pelo Estado) é, então, considerado o único e verdadeiro direito.

Costuma-se dividir o positivismo em três facções: 1) positivismo legalista; 2) positivismo lógico; 3) positivismo funcionalista.

O positivismo legalista apresenta o direito como um fato, e não como um valor. Deve-se estudar o direito da mesma forma que o cientista estuda a realidade natural, ou seja, abstendo-se de formular juízos de valor. O direito é só, e somente só, o que está prescrito na lei. O conceito de validade fica restrito unicamente à estrutura formal do direito, não se perquirindo acerca do seu conteúdo valorativo. Há um esvaziamento da discussão sobre a justiça, haja vista a formalização do atributo da validade normativa afastar o exame da legitimidade da ordem jurídica. Nesse sentido, pode-se dizer que as noções de validade e de justiça da lei são igualladas, sofrendo uma inversão em relação ao jusnaturalismo: enquanto esse deduz a validade de uma lei da sua justiça, aquele deduz a justiça de uma lei da sua validade.

No que pertine ao positivismo lógico, com o advento da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, o positivismo jurídico se converte numa variante de normativismo lógico, aprofundando o distanciamento da Ciência do Direito em face das dimensões fática e valorativa do fenômeno jurídico. Sendo assim, ao isolar o direito dos fatos sociais, Hans Kelsen rejeita o tratamento científico da efetividade da ordem jurídica. Por sua vez, ao apartar o direito da especulação axiológica sobre a justiça, expurga a compreensão da legitimidade da ordem jurídica do campo do conhecimento jurídico⁵.

Prefere-se privilegiar tão somente a validade da norma jurídica, verificada através do exame imputativo da compatibilidade vertical da norma jurídica com os parâmetros de fundamentação/derivação material e, sobretudo, formal que são estabelecidos pela normatividade jurídica superior. A norma inferior deve respeitar o critério da conformidade com a superior. Sendo assim, dentro da totalidade sistêmica hierarquizada e escalonada a que corresponde a pirâmide normativa, uma norma, para ser válida,

deve ser produzida de acordo com o conteúdo (o que deve ser prescrito), a competência (quem deve prescrever) e o procedimento (como deve ser prescrito) definidos pela norma jurídica superior. O sistema jurídico estaria, em última análise, fundamentado numa norma hipotética fundamental (*grundnorm*), como pressuposto lógico-transcendental do conhecimento jurídico, cuja função seria impor o cumprimento obrigatório do direito positivo, independentemente de sua eficácia e da sua legitimidade enquanto direito justo.

Por fim, comentando sobre o positivismo funcionalista, Ricardo Maurício Freire Soares assevera que, ao longo do século XX, a doutrina positivista sofre novos aperfeiçoamentos, em contato com as mais recentes contribuições das Ciências Sociais. O exemplo mais emblemático continua sendo o positivismo funcionalista, que encontra sua mais acabada expressão na teoria dos sistemas preconizada por Niklas Luhmann, para quem o direito se afigura como um sistema comunicativo de natureza autopoietica⁶. Para ele (Luhmann), a teoria de sistemas deve poder tudo explicar (universalidade), inclusive o próprio ato de teorizar (reflexividade), o que faz explicando tudo como sendo sistema (autorreferência) e o que não configura esse sistema – o ambiente. Por sua vez, o sistema autopoietico é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do meio circundante, mas por sua própria organização sistêmica.

2.3 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Surgido na transição da modernidade para a pós-modernidade, o pós-positivismo jurídico é o movimento jurisfilosófico que encerra a contraposição do jusnaturalismo e juspositivismo. Pode ser encarado como a síntese entre a tese (jusnaturalismo) e a antítese (positivismo jurídico).

O jusnaturalismo moderno aproximou a lei da razão, baseando-se na crença em princípios de justiça universalmente válidos. A filosofia do direito constatou os limites do jusnaturalismo, haja vista ter a fundamentação do direito justo no suposto direito natural ter se revelado frágil, não somente pela insegurança grada pelo caráter absoluto e pela abstração metafísica do conceito, como também pela excessiva valorização do atributo da legitimidade em face da validade da normatividade jurídica, necessária para mínima manutenção da ordem e segurança no convívio em sociedade.

Com as revoluções liberais e burguesas, nos séculos XVIII e XIX, as

constituições escritas e as codificações passaram a simbolizar o ocaso da doutrina do direito natural e a consequente hegemonia do positivismo jurídico. Em busca da objetividade científica, o juspositivismo identificou o direito à normatividade jurídica, afastando a Ciência Jurídica da discussão sobre a legitimidade e a justiça.

Segundo Chaim Perelman, será combinando diversas ideologias que a Revolução Francesa chegará a identificar o direito com o conjunto das leis, expressão da soberania nacional, sendo reduzido ao mínimo o papel dos juízes, em virtude do princípio da separação dos poderes. O poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador⁷.

Nesse sentido, a filosofia do direito ratificou os limites do positivismo jurídico do que seja o direito justo, em suas diversas feições legalista, lógica e funcionalista, em face da doutrina juspositivista se manter distante dos valores do direito (neutralidade axiológica), sacrificando a legitimidade do ordenamento jurídico em favor de uma validade estritamente normativa, como alternativa para a segurança jurídica. A busca da objetividade científica apartou o Direito da Moral e dos valores transcendentais, concebendo o fenômeno jurídico como emanção do Estado com caráter coativo e imperativo. A Ciência do Direito resumia-se a juízos de fato e não de valor, esvaziando o debate sobre legitimidade e justiça.

Por conta dessa problemática fundamentação do direito justo, o positivismo jurídico revelou-se limitado e insatisfatório, entrando em crise, abrindo-se espaço para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e interpretação do direito, reintroduzindo, na esteira da pós-modernidade, as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico. Buscou-se, então, conceber a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado, por muitos estudiosos, pós-positivismo jurídico⁸.

O pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo, opera reintrodução das noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico.

Nesse sentido, Chaim Perelman defende que as concepções do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidas após a última

guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador⁹.

O pós-positivismo jurídico tem reflexos em vários campos da Ciência do Direito, emergindo novas possibilidades de realização do direito justo, podendo ser identificados alguns contributos desse movimento, dentre eles o delineamento de uma nova hermenêutica jurídica e a valorização da principiologia jurídica.

A solução justa da lide deixa de ser, simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme a lei, isto é, legal. Pelo contrário, no pós-positivismo são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiarão o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito. Destarte, o pós-positivismo permite a superação do reducionismo do fenômeno jurídico a um sistema formal e fechado de regras legais, abrindo espaço para o tratamento axiológico do direito e a utilização efetiva dos princípios jurídicos como espécies normativas que corporificam valores e finalidades.

Baseando-se no uso dos princípios, o pós-positivismo passa a oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de harmonizar a legalidade com legitimidade e reafirmar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social.

O propósito principal do pós-positivismo foi o de inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Isso traduz-se numa releitura do positivismo clássico: ao invés de renascer o jusnaturalismo, trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. Na verdade, o direito natural positivou-se. Daí porque se diz que ele apresenta-se como uma síntese entre o jusnaturalismo (tese) e o juspositivismo (antítese).

O pós-positivismo, assim, caracteriza-se justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade.

2.3.1 A PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA: A VALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Sendo característica do pós-positivismo a abertura aos influxos dos fatos e valores da realidade, interessa frisar a emergência de um paradigma principiológico que confere aos princípios jurídicos uma condição fundamental na concretização do próprio Direito. Em outras palavras, sendo o pós-positivismo um movimento eminentemente axiológico, ligado a valores, é possível que o intérprete se utilize das mais variadas técnicas de interpretação e argumentação, despontando os princípios jurídicos como importante ferramenta nessa tarefa hermenêutica.

Nesse sentido, Chaim Perelman sustenta que, após a Segunda Guerra Mundial e o processo de Nuremberg, os tribunais passaram a recorrer com frequência cada vez maior e mais abertamente aos princípios gerais do direito, comuns a todos os povos civilizados¹⁰. O próprio fato destes princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo Poder Legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda a regra do Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos, todos, tirariam sua validade de uma norma pressuposta.

Segundo ele¹¹,

faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. O raciocínio judiciário, tal como é atualmente concebido, não permite estabelecer uma distinção tão nítida quanto no século XIX entre o direito natural e o direito

positivo. De fato, se o direito positivo é o direito tal como funciona efetivamente em dada sociedade, ele já não coincide com os textos promulgados, pois de um lado os princípios gerais e as regras do direito não escrito virão limitar ou estender o alcance das disposições legislativas e, do outro, certos textos legais, por um outro motivo, deixam de ser aplicados, ao menos em toda a sua generalidade e, embora formalmente válidos, veem sua eficácia diminuída de modo imprevisível.

Para a teoria da argumentação de Perelman, os princípios são considerados como *topoi*, aos quais o magistrado pode recorrer como pontos de partida para a fundamentação da decisão, vale dizer, lugares-comuns do Direito, que podem servir de premissas, compartilhadas pela comunidade jurídica, para o processo argumentativo de fundamentação das decisões judiciais. Sendo assim, a utilização dos princípios no processo de argumentação jurídica implica uma escolha valorativa por parte do hermenauta, que toma por base o potencial justificador de uma opção hermenêutica¹².

Para Ricardo Maurício F. Soares¹³, no tocante à operacionalização da interpretação principiológica diferentemente das regras – que possuem uma estrutura proposicional clássica (se *A*, então *B*), os princípios jurídicos não contêm elementos de previsão que possam funcionar como premissa maior de um silogismo subsuntivo. Logo, a sua aplicação exige um esforço axiológico para que sejam densificados e concretizados pelos operadores do Direito. Com efeito, *densificar* um princípio jurídico implica preencher e complementar o espaço normativo, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. A densificação de um princípio é uma tarefa complexa que se inicia com a leitura isolada da norma principiológica, passando por uma análise sistemática da ordem jurídica, para, a partir daí, delimitar o seu significado. Por sua vez, concretizar um princípio jurídico é traduzi-lo em decisão, passando de normas generalíssimas abstratas (dos textos normativos) a normas decisórias (contextos jurídicos-decisionais).

A valorização desses princípios jurídicos vem sendo acompanhada, ao mesmo tempo, pela crescente constitucionalização dos mesmos, promovendo, assim, a transição do modelo formal de Constituição, reduzida a mero catálogo de competências e procedimentos, para o paradigma material

de Carta Magna, que a eleva ao patamar de repositórios dos valores fundantes do Estado e do conjunto da sociedade civil.

Ricardo Maurício F. Soares¹⁴ sustenta que, com a valorização da principiologia constitucional pelo neoconstitucionalismo (reflexo do pós-positivismo no direito constitucional), torna-se a Carta Constitucional uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, adquirindo inegável tessitura axiológica e teleológica. A principiologia de cada Lei Fundamental se converte, assim, no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo.

2.3.2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A ideia de que os princípios desempenhavam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do direito reinou durante muito tempo na teoria jurídica tradicional. Serviriam eles apenas como meio de integração da ordem jurídica na hipótese de eventual lacuna, haja vista não serem vistos como normas jurídicas, e sim como ferramentas úteis para sua integração e aplicação. Prova disso pode ser vista através do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICCC, Decreto-Lei nº 4.657/42), cuja redação é a seguinte: Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Conforme Dirley da Cunha Júnior¹⁵,

deve-se ao pós-positivismo¹⁶, como marco filosófico do novo Direito Constitucional do pós-guerra, a superação da distinção entre normas e princípios. Muitos foram os autores que proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas e metodológicas consistentes e irrefutáveis, destacando-se, entre eles, Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Crisafulli, Canotilho, Jorge Miranda e Norberto Bobbio.

No Brasil, todos os constitucionalistas já compartilham da normatividade dos princípios.

Ainda segundo o mencionado autor¹⁷, distinguir entre normas-regras e normas-princípios não é uma missão simples, sendo encontrados na doutrina diversos critérios distintivos, quais sejam: a) o grau de abstração e generalidade; b) o grau de indeterminação; c) o caráter de fundamentalidade dos princípios perante o sistema jurídico; d) a proximidade da ideia de Direito, e; e) a função normogenética e sistêmica dos princípios.

Consoante Humberto Ávila,

Essa evolução doutrinária, além de indicar que há distinções fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy) entre princípios e regras, demonstra que os critérios usualmente empregados para a distinção são os seguintes: Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. (...) Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. Em terceiro lugar, o critério de relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em quarto lugar, há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada¹⁸.

O mesmo Humberto Ávila¹⁹ nos traz os seguintes conceitos distintivos: As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige

a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos; os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Vale mencionar que ele acrescenta ainda o conceito de postulados, que seriam metanormas. Segundo ele, os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidas ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas²⁰. Tal autor considera a proporcionalidade como postulado específico, ao lado da igualdade e da razoabilidade. Sem embargo da classificação desse autor, neste trabalho adotaremos a ideia de que a proporcionalidade constitui-se em princípio.

Robert Alexy²¹ assevera que

o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua classificação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é

determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

O mesmo autor aduz que as diferenças entre as duas categorias de normas ficam mais nítidas nos casos de colisões de princípios e conflitos de regras.

No caso de conflito entre regras, o mesmo só poderia ser solucionado ou com a inserção de uma cláusula de exceção ou, caso não fosse possível, com a invalidação de uma das normas, extirpando-a do mundo jurídico.

Já no caso de colisão entre princípios, um deles terá que ceder naquele caso concreto, permanecendo, entretanto, com sua validade preservada no mundo jurídico. Em outras palavras, não se introduz nenhuma cláusula de exceção e nem tampouco se declara a invalidade de algum dos princípios. O que ocorre é que, dentro daquelas circunstâncias do caso concreto, um dos princípios terá precedência em relação ao outro. É a chamada relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto. É isso que se quer dizer quando se fala em pesos dos princípios. Portanto, a colisão entre princípios resolve-se através do sopesamento, que definirá qual dos princípios, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.

Não obstante as divergências existentes na doutrina, comungamos do entendimento de que os princípios jurídicos, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas dotadas de normatividade, que, por via de consequência, obrigam e vinculam, distinguindo-se das regras na medida em que eles são normas providas de intensa carga axiológica (referem-se diretamente a valores), enquanto as regras jurídicas são normas descritivas de situações fáticas hipotéticas, dispostas a concretizar os valores normatizados pelos princípios²². Acrescentamos que, enquanto as regras são aplicadas segundo um juízo de exclusão uma das outras, os princípios devem ser sopesados para que a opção por uma não retire absolutamente a aplicação do outro, devendo se empreender esforços no sentido de conservar o núcleo essencial de todos os princípios envolvidos no caso concreto.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 CONCEITO E DELIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Discutiu-se muito em doutrina sobre de onde deveria ser “retirado” o princípio da proporcionalidade, haja vista não ser ele uma norma explícita no ordenamento jurídico nacional. Depois de algumas discussões doutrinárias, tendo, inclusive, se chegado a sustentar que tal princípio era extraído do devido processo legal, acabou-se, por fim, estabelecendo-se de maneira majoritária que o princípio da proporcionalidade advinha da opção política pelo Estado Democrático de Direito, porquanto o mencionado princípio era uma das formas de garantir a preservação dos direitos fundamentais, um dos escopos principais dessa forma de Estado adotada pela nossa Constituição Federal de 1988.

Paulo Bonavides, citando o publicista francês Xavier Philippe, assevera que há princípios mais fáceis de compreender do que definir, sendo o da proporcionalidade um desses²³.

Consoante Ricardo Maurício Freire Soares, a ideia de proporcionalidade se afigura, além de um importante princípio jurídico fundamental, como um referencial argumentativo valoroso, já que exprime um raciocínio aceito como justo e razoável de modo geral, de utilidade comprovada no equacionamento de questões práticas tanto no direito como em outras disciplinas, sempre que se trate da descoberta do meio mais adequado para atingir determinada finalidade²⁴.

Manoel Jorge e Silva Neto o conceitua como o princípio de interpretação constitucional que impõe soluções legislativa e judicial menos restritivas possíveis a direitos fundamentais, além de condicionar edição de leis a serem suportadas proporcionalmente pela coletividade²⁵.

Para Juarez Freitas “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos”²⁶.

No escólio de Suzana de Vidal Toledo Barros,

a expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas.

Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional²⁷.

Cumpra salientar que muitos autores não fazem distinção entre proporcionalidade e razoabilidade (Luis Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes) enquanto outros preferem a distinção (Humberto Ávila, Helenilson Cunha Pontes, Wilson Antônio Steinmetz, George Marmelstein). Sem embargo das opiniões em contrário, adotamos neste trabalho, por questões pragmáticas, a identidade dos princípios mencionados, por ser esta a orientação do STF²⁸. Confira-se, a respeito, o julgamento da ADIn 1.063/DF, rel. Min. Celso de Mello²⁹.

Na esteira do magistério de Dirley da Cunha Júnior, tal princípio cuida de um princípio constitucional implícito que exige a verificação do ato do poder público (leis, atos administrativos ou decisões judiciais) quanto aos seguintes aspectos: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. Ainda segundo o mencionado autor,

tal princípio impõe que as entidades órgãos e agentes públicos, no desempenho de suas atividades, adotem meios que, para a realização de seus fins, revelem-se adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas³⁰.

O princípio da proporcionalidade trata de uma relação de meio e fim, isto é, visa confrontar o fim e a justificativa de uma intervenção com os efeitos desta. Se não houver uma relação de meio e fim não se pode realizar o exame da proporcionalidade, ante a falta dos elementos estruturantes. Sempre que houver uma medida concreta que se destine a implementar uma finalidade

deve se analisar as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (adequação), de a medida ser a que menos restringe os direitos envolvidos em relação às que podiam ser utilizadas para tal finalidade (necessidade) e de a finalidade buscada justificar a restrição (proporcionalidade em sentido estrito).

A doutrina costuma apontar três dimensões desse princípio, quais sejam, a adequação, a necessidade ou vedação de excesso, e a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido é o escólio de Eduardo Appio, para quem “os requisitos para aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina - secundada pela jurisprudência do Supremo Tribunal -, são os seguintes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”³¹.

Tais dimensões (também chamadas de subprincípios) correspondem às seguintes perguntas que devem ser feitas mentalmente frente à medida limitadora de direito fundamental: a) para a adequação: o meio promove o fim? Ou ainda: o meio escolhido é adequado e pertinente para atingir o resultado buscado?; b) para a necessidade: dentre aqueles meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental violado? Ou então: o meio escolhido é o mais suave ou menos oneroso entre as opções existentes e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger o direito fundamental em jogo?; c) para a proporcionalidade em sentido estrito: as vantagens decorrentes da promoção do fim superam as desvantagens provocadas pela adoção do meio? Ou ainda: o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou?

O subprincípio da adequação proíbe meios intervenientes em direitos fundamentais que não fomentem as metas por si perseguidas, enquanto que o da necessidade exige que, dentre dois meios igualmente realizadores de um direito à proteção, seja escolhido aquele que menos intensivamente intervenha no direito de defesa. O mesmo vale se ambos os meios fomentarem, igualmente, qualquer outra meta³².

Já o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição

causada:²³³

É no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito que as maiores dificuldades se apresentam. Com efeito, demonstrar que o ato questionado não tem as condições exigidas para atingir os fins almejados pelo legislador ou que este poderia ter se utilizado de um meio menos agressivo não é difícil. “Todavia, em relação à proporcionalidade em sentido estrito (aplicado pelo STF como razoabilidade), a demonstração de que um determinado valor deve se sobrepor à atividade regulatória esconde um vasto e poderoso arsenal ideológico que muitas vezes não está explicitado na decisão judicial”³⁴.

George Marmelstein, explicando tais subprincípios, nos traz uma interessante analogia com a atividade de um médico:

A primeira coisa que um médico pensa ao receitar uma medicação ou ao propor uma intervenção cirúrgica é saber se o tratamento será adequado para alcançar a cura do paciente (adequação). Nenhum médico seria louco de tratar uma gripe com remédio para dor de cabeça, pois a medida seria totalmente ineficaz.

Uma vez descoberto o tratamento adequado, o médico analisará qual será a medida certa para alcançar o resultado pretendido. A dose do medicamento não pode ser muito excessiva, pois poderá fazer o paciente sofrer desnecessariamente. Mas também não pode ser insuficiente para atingir a cura. Tem que ser na medida certa, nem mais nem menos do que o necessário (necessidade). Além disso, dentro da mesma lógica, o médico tenta encontrar, entre todos os tratamentos adequados, aqueles que são menos onerosos, pois se houver mais de uma opção possível, deve-se escolher a mais barata.

Por fim, o médico ponderará se os efeitos colaterais que o tratamento terá compensam o resultado final, que é a cura da doença (proporcionalidade em sentido estrito). Às vezes, o tratamento é adequado e necessário para curar o paciente, mas causará danos colaterais ainda piores do que aqueles que a doença provoca. Há que ser feito um sopesamento para saber se é melhor prosseguir com o tratamento doloroso ou conviver com a doença não tão grave³⁵.

Tal analogia demonstra de forma bem didática os subprincípios (ou submáximas, como prefere Robert Alexy) do princípio da proporcionalidade.

3.3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Podemos identificar duas distintas funções do princípio da proporcionalidade, ambas servindo de garantia protetora dos direitos fundamentais.

Na primeira função, o princípio da proporcionalidade representa um instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa do Estado contra tais direitos. Abrange os atos do Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, a finalidade do princípio da proporcionalidade seria verificar se uma decisão administrativa, legislativa ou judicial, que afeta, restringe ou limita um direito fundamental, é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Sua aplicação tem por fim, assim, no escólio de Germana de Oliveira Moraes³⁶, “ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade não-vinculada do Estado, isto é, sobre os atos administrativos que envolvam júízos discricionários ou valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados, possibilitando a contenção da abusividade das prerrogativas públicas”.

Nesse ponto, o princípio da proporcionalidade surge como uma verdadeira arma de proteção do indivíduo contra as investidas do Poder Público, sobretudo o legiferante. Como assevera Paulo Bonavides, citando Grabitz, a principal função do princípio da proporcionalidade é exercitada na esfera dos direitos fundamentais, servindo ele, antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais³⁷. Parafrazeando Humberto Ávila³⁸, cumpre ao Poder Judiciário “avaliar a avaliação” feita pelo Poder Legislativo e pelo Executivo.

Os atos judiciais também se sujeitam a este controle pelo princípio da proporcionalidade. George Marmelstein, ao tratar dessa matéria, nos traz o seguinte:

Como se pode perceber, o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do

Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O Juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito³⁹.

Qualquer limitação a direitos fundamentais deve, a princípio, ser considerada suspeita, devendo, por conta disso, passar por um exame de constitucionalidade mais rigoroso, cumprindo ao Poder Judiciário exigir a demonstração de que tal limitação se justifica frente a um interesse mais importante. É aí que o princípio da proporcionalidade toma posição garantista de grande relevo, pois, a restrição ao direito só será legítima caso o mencionado princípio seja atendido.

“O princípio da proporcionalidade é, portanto, o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de ‘limite dos limites’”⁴⁰.

No que toca à segunda função, este princípio se apresenta como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. A colisão de direitos fundamentais decorre da própria natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são, quase sempre, enunciados através de princípios.

Princípios, no escólio de Robert Alexy, são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados e cuja satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas, entendidas estas últimas como sendo as hipóteses de conflitos com outros princípios e regras colidentes. Destarte, como a satisfação de tais mandamentos de otimização não depende de si só, ao contrário, depende das possibilidades fáticas e jurídicas, diz-se que os princípios não são absolutos, e sim relativos, podendo colidir entre si.

Nesse ponto, cumpre observar que, contrariando a posição majoritária da doutrina, Norberto Bobbio entende ser possível direitos fundamentais absolutos. Para ele, a maioria dos direitos do homem não são absolutos e nem constituem uma categoria homogênea, o que implica dizer, a *contrario sensu*, que ele admite direitos fundamentais absolutos, ainda que em minoria. Segundo Bobbio,

Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo desses direitos. [...] Por um lado, o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro, a expressão genérica e única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea.

Entendo por “valor absoluto” o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. [...] O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção e universalmente condenada. [...] Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. [...] Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente⁴¹.

Entretanto, preferimos ficar com o entendimento de Robert Alexy, haja vista ser a relatividade dos princípios decorrência natural da própria natureza de princípios das normas de direitos fundamentais. Ora, como os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, dependendo sua satisfação de possibilidades fáticas e jurídicas (conflitos com outros princípios e regras), se eles fossem absolutos (tivessem valores absolutos) não poderiam ser alvo

de ponderação/sopesamento em um caso concreto de colisão. Tal ideia acha-se umbilicalmente ligada à de hierarquia axiológica dos princípios, como veremos adiante.

O próprio STF já decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto,

mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição⁴².

São comuns os conflitos ou tensões entre direitos fundamentais quando da aplicação ou utilização pelos particulares de cada um desses direitos, levando quase sempre a questão para o Poder Judiciário, que fica diante de um quadro a exigir uma pronta intervenção para solucionar o problema e, ao mesmo tempo, assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. É aí que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para auxiliar o intérprete na difícil tarefa de aferir, no caso concreto, qual direito deverá prevalecer. Para tanto, a pedra de toque que o operador do direito fará uso é o sopesamento.

Seguindo os ensinamentos de Robert Alexy⁴³, “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico, afirmando, ainda, que para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão”. E prossegue o autor alemão:

Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isto significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos

fundamentais⁴⁴. “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”⁴⁵.

O sopesamento/ponderação é uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deverá prevalecer naquele caso em concreto. Aqui vale frisar que cada sopesamento, por envolver valores próprios de cada caso concreto, só vale para aquele caso, isto é, só vale para aquelas circunstâncias. É uma relação de precedência de valores condicionada às circunstâncias do caso concreto, o que implica dizer que, sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Ademais, reconhecer que o sopesamento é necessário passa pela aceitação da ideia de hierarquia axiológica entre os valores constitucionais. George Marmelstein sustenta que

de fato, apesar de não existir, do ponto de vista estritamente normativo, hierarquia entre os direitos fundamentais, já que todos estão no mesmo plano jurídico constitucional (princípio da unidade da Constituição), parece inquestionável, sob o aspecto ético/valorativo, a existência de diferentes níveis de importância dos direitos previstos constitucionalmente. Certamente, alguns direitos “valem” mais do que outros, sobretudo diante de conflitos que podem surgir em casos concretos, podendo, nesse aspecto, falar-se em hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, incluindo-se aí, obviamente, os direitos fundamentais. [...] Em alguns casos, a própria Constituição estabelece de forma nítida qual o direito que merece projeção. Por exemplo, ao proibir a prisão civil por dívida, o constituinte deixou claro que o direito de liberdade seria mais importante do que o direito de propriedade nessa situação particular, sendo, portanto, inadmissível determinar a prisão de um sujeito que não pague uma dívida de natureza civil,

exceto naquelas situações ressalvadas pelo texto constitucional. Em muitas hipóteses, contudo, o sopesamento será uma atividade extremamente complexa, envolvendo critérios pouco objetivos de decisão, a depender bastante do perfil ideológico do sujeito que irá realizar a ponderação⁴⁶.

Fincadas tais premissas sobre a funcionalidade do princípio da proporcionalidade, calha trazer a lume uma decisão que é apontada como das primeiras em que foi aplicado o princípio da proporcionalidade no Brasil (como exemplo da primeira função). Trata-se do Recurso Extraordinário n. 18.331⁴⁷, em que era recorrente a empresa “Marques e Viegas” e recorrido “a Prefeitura Municipal de Santos” (no acórdão constava prefeitura, e não Município), onde a primeira contestava um aumento da segunda sobre o “imposto de licença sobre cabine de banho”. Nele, pode-se colher o seguinte trecho:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade.

Já sobre a égide da atual Constituição, podemos citar outra decisão (também dizendo respeito à primeira função) em que o Supremo Tribunal Federal empregou a expressão princípio da proporcionalidade: foi quando, em sede de controle da constitucionalidade (ADI), em 1993, ele deferiu medida cautelar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense nº. 10.248 de 14.01.93, que previa ser obrigatória a pesagem de botijões de gás na vista do consumidor, consoante se vê:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, §2º, e 238, **além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos:** plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a

suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se inconstitucionalidade: liminar deferida⁴⁸ (grifo nosso).

Vale ressaltar que a mencionada ADIn foi, por maioria, julgada procedente em 06.03.2008 (com publicação no DJ em 27.03.2009), tendo sua ementa novamente feito referência ao princípio da proporcionalidade:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). **4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos.** 5. Ação julgada procedente (grifo nosso).

Outrossim, mais recentemente, ao decidir novamente pela impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, o STF fez uso de tal princípio no sentido da segunda função acima mencionada, asseverando que a prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, haja vista a previsão pelo ordenamento jurídico de outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴⁹.

Outra oportunidade de grande relevância em que tal princípio também foi utilizado ocorreu no julgamento da ADPF nº 130, que questionava a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), a qual foi julgada procedente no sentido de se declarar como não recepcionada pela CF/88 todo o conjunto de

dispositivos da mencionada lei.

Destarte, o STF, como órgão guardião da Constituição, e, por conseguinte, dos direitos fundamentais, tem feito bastante uso do princípio da proporcionalidade na defesa destes últimos, demonstrando, assim, seu caráter de garantia dos mesmos.

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEÍCULO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA: A BUSCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentro desse novo contexto hermenêutico surgido com a pós-modernidade, o princípio da proporcionalidade, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, apresenta-se, não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também como um verdadeiro referencial argumentativo em busca do fim maior que é uma vida digna.

Como o pós-positivismo prega um direito axiológico, aberto aos valores da sociedade, e arraigado de normas principiológicas, que, como visto, não raro entram em rota de colisão, o princípio de proporcionalidade surge como o viés protetivo dos cidadãos e de seus direitos fundamentais.

Com efeito, quando ocorre uma colisão de princípios, não se afasta nenhum deles, como no caso de conflito entre regras. Na colisão de princípios a solução será dada pelo sopesamento, isto é, pela atribuição de pesos aos princípios envolvidos, chegando ao final, após uma intensa argumentação jurídica, a um resultado que estabelecerá qual o princípio com maior peso naquele caso concreto. Aquele princípio que tiver o maior peso deverá prevalecer naquela situação determinada. Para se chegar a essa conclusão, o intérprete necessitará do princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Nessa tarefa do sopesamento, com vistas a se extrair o princípio prevalecente no caso concreto, estabelecer-se-á relações de precedências condicionadas, consistentes na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, a questão pode ser resolvida de forma contrária.

A questão decisiva é, segundo Robert Alexy⁵⁰, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

Nesse sentido, ele obtempera que, se o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso – que decorre desse enunciado –, o sopesamento, de fato, não representaria um procedimento racional. O estabelecimento da preferência condicionada poderia ocorrer de forma intuitiva. Aquele que sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Não seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados⁵¹.

E prossegue afirmando que, no entanto, a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo *fundamentado*. Em ambos os modelos, o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes⁵².

Fica claro, portanto, que a solução da colisão principiológica deverá, obrigatoriamente, levar em conta uma correta fundamentação, associando a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica. Nesse ponto, e à luz da nova hermenêutica pós-moderna, a dignidade da pessoa humana deverá ser o vetor principal do intérprete, que buscará sempre a sua efetivação em grau máximo.

Observe-se que não se está aqui defendendo o grau absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, como já visto, não existem princípios absolutos. É da própria natureza principiológica que exsurge a relatividade dos mesmos, que são satisfeitos de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, entendidas estas últimas como as situações de conflito com regras e colisões com outros princípios. O que se está aqui a defender é a busca incessante da realização da dignidade humana, que servirá de argumento maior para o intérprete dentro da sua argumentação jurídica.

O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como proposta a

harmonização da pluralidade dos direitos fundamentais que possibilitam uma vida digna, de molde a sintetizar as exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

Bastante elucidativo é o ensinamento de Ricardo Maurício F. Soares, para quem, como se deduz, o princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para orientar a atividade de sopesamento de valores do intérprete do Direito, iluminando a ponderação de princípios jurídicos e, pois, de dimensões da dignidade humana eventualmente conflitantes. Descortina-se, portanto, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos, vetores que norteiam uma vida digna, modulando a interpretação e a posterior tomada de uma decisão, perante casos difíceis. Nos chamados *hard cases*, muito frequentes na prática processual, a subsunção se afigura insuficiente, especialmente quando a situação concreta rende ensejo para a aplicação de normas principiológicas, que sinalizam soluções axiológicas e teleológicas muitas vezes diferenciadas⁵³.

Ao vislumbrar-se a ordem jurídica brasileira, não faltaram exemplos de aplicabilidade do raciocínio ponderativo na harmonização das dimensões da dignidade da pessoa humana: a) o debate acerca da relativização da coisa julgada onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e o princípio da realização da justiça; b) a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde se contrapõem princípios como a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana; c) o debate sobre os princípios da liberdade de expressão *versus* proteção aos valores éticos e sociais da pessoa ou da família; d) a polêmica concernente aos princípios da liberdade de expressão e informação *versus* políticas públicas de proteção da saúde; e) o conflito entre os princípios da liberdade religiosa e proteção da vida, em situações que envolvam a transfusão de sangue para as testemunhas de Jeová, além de outras hipóteses ilustrativas⁵⁴.

Finaliza Ricardo Maurício F. Soares⁵⁵, escrevendo que, deste modo, o princípio da proporcionalidade, como *standard* juridicamente vinculante, informando a ideia de justiça ínsita a todo ordenamento, atua por meio de um mandado de otimização, no sentido de que os imperativos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos no âmbito da realização de uma vida digna.

Destarte, sustentamos que, apesar de serem princípios distintos, o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana são indissociáveis, haja vista ser este último o principal vetor argumentativo

de aplicação daquele. Em outras palavras, ao se aplicar o juízo de proporcionalidade, através de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o intérprete deverá orientar-se de forma a atingir, de forma máxima, a dignidade da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

O jusnaturalismo se afigura como uma corrente jurisfilosófica de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estoicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX. Ele pressupunha a superioridade do direito natural em face do direito positivo, isto é, a sobreposição da legitimidade sobre a legalidade.

O juspositivismo, ao contrário do jusnaturalismo, sobrepunha a validade normativa em relação à legitimidade, esvaziando, destarte a discussão sobre a justiça do direito. Contraposta à expressão “direito natural”, própria do jusnaturalismo, é a expressão “direito positivo”, da qual deriva o termo positivismo jurídico. Sua concepção nasce quando o direito positivo passa a ser considerado direito no sentido próprio. Ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, havendo a exclusão do direito natural da categoria de juridicidade. Passa a ser um pleonasma o acréscimo do adjetivo “positivo”. Não existiria outro direito senão o positivo.

O pós-positivismo jurídico foi uma síntese entre o jusnaturalismo (tese) e o juspositivismo (antítese). Surgido na transição da modernidade para a pós-modernidade, o pós-positivismo jurídico é o movimento jurisfilosófico que encerra a contraposição do jusnaturalismo e juspositivismo. O pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo, opera reintrodução das noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico. O propósito principal do pós-positivismo foi o de inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Isso traduz-se numa releitura do positivismo clássico: ao invés de renascer o jusnaturalismo, trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais.

Temos como reflexo do pós-positivismo uma nova maneira de se interpretar o Direito, que deixa de ser neutro e passa a ser axiológico, isto é, surge novamente a discussão do direito justo e equitativo. Essa nova hermenêutica é caracterizada por uma crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; pela defesa da positivação constitucional dos valores éticos; pela crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que contraditórios, e; pelo compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana, que passa a ser o principal vetor hermenêutico.

Sendo característica do pós-positivismo a abertura aos influxos dos fatos e valores da realidade, interessa frisar a emergência de um paradigma principiológico que confere aos princípios jurídicos uma condição fundamental na concretização do próprio Direito. Em outras palavras, sendo o pós-positivismo um movimento eminentemente axiológico, ligado a valores, é possível que o intérprete se utilize das mais variadas técnicas de interpretação e argumentação, despontando os princípios jurídicos como importante ferramenta nessa tarefa hermenêutica.

Quando se pensa em discorrer sobre um princípio, é mister também que se distinga entre princípios e regras. Nesse sentido, a distinção não é missão simples, havendo muitos critérios doutrinários que tratam desse assunto. Dentre eles, podemos citar alguns mais utilizados, como, por exemplo, o do caráter hipotético-condicional, modo final de aplicação, relacionamento normativo e fundamento axiológico. Também são importantíssimos os critérios distintivos trazidos por Humberto Ávila e Robert Alexy. Para este último, “princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua classificação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”.

A consolidação de um paradigma pós-positivista passou a formular novas propostas de compreensão do significado de um direito justo, buscando compatibilizar as exigências de validade e legitimidade da ordem jurídica,

mediante o delineamento de variadas alternativas teóricas, com destaque, dentro do paradigma neoconstitucionalista, para a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, como alternativa de fundamentação e legitimação das opções hermenêuticas e decisórias. A dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento e tutela de um espaço de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas pelo simples fato de existirem no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo.

O princípio da proporcionalidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à evolução dos direitos e garantias individuais, verificadas a partir das revoluções burguesas da Europa. No que toca às funções do mencionado princípio, são elas: proteção contra a atividade limitativa do Estado, e instrumento de solução de conflitos entre direitos fundamentais. A primeira função abrange atos do Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, a finalidade do princípio é verificar se uma (decisão administrativa, legislativa ou judicial) restritiva ou limitativa de um direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Na função de solucionar conflitos entre direitos fundamentais a ponderação/sopesamento é conceito chave. Há conflito entre direitos fundamentais/princípios, pois eles são relativos. A relatividade decorre da própria natureza principiológica das normas que encerram direitos fundamentais. O conceito de Robert Alexy sobre princípios já traz a previsão de “possibilidades jurídicas” a influenciar na aplicação dos mesmos, isto é, o conflito com regras e outros princípios antagônicos. Da relatividade decorre a hierarquia axiológica entre os princípios. Para resolver os conflitos utiliza-se a ponderação/sopesamento. Como o sopesamento é uma atividade intelectual que engloba as circunstâncias do caso concreto, só vale para ele.

O princípio da proporcionalidade, seja protegendo os cidadãos contra as investidas do Estado ou solucionando conflitos entre direitos fundamentais, atua como garantia protetiva destes últimos.

Dentro desse novo contexto hermenêutico surgido com a pós-modernidade, o princípio da proporcionalidade, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, apresenta-se, não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também como um verdadeiro referencial argumentativo em busca do fim maior que é uma vida digna. O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como proposta a harmonização da

pluralidade dos direitos fundamentais que possibilitam uma vida digna, de molde a sintetizar as exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

Apesar de serem princípios distintos, o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana são indissociáveis, haja vista ser este último o principal vetor argumentativo de aplicação daquele. Em outras palavras, ao se aplicar o juízo de proporcionalidade, através de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o intérprete deverá orientar-se de forma a atingir, de forma máxima, a dignidade da pessoa humana.

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AS A VEHICLE FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE LEGAL POSTMODERNITY: THE QUEST FOR HUMAN DIGNITY

ABSTRACT: The consolidation of a post-positivist paradigm began to formulate new proposals for understanding the meaning of a just right, trying to reconcile the requirements of validity and legitimacy of law through the design of various theoretical alternatives, especially, within the paradigm neoconstitucionalista, to enhancing the principle of human dignity, as an alternative rationale and legitimacy of hermeneutical options and decision making. Within this new context hermeneutics emerged with post-modernity, the principle of proportionality, as guarantor of fundamental rights, it presents not only important as a fundamental legal principle, but also as a true benchmark of argument in search of greater goal a decent life. The principle of proportionality, therefore, proposes the harmonization of the plurality of fundamental rights that enable a dignified life in order to synthesize the requirements of legality and legitimacy of the legal system.

KEYWORDS: Postmodernity. Neoconstitutionalism. Human dignity. Proportionality.

Notas

¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.27.

² Ibid, p.28.

³ Ibid, p.37.

⁴ Ibid, p.39.

⁵ Ibid, p.45.

⁶ Ibid, p.47.

⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.23.

⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Op., cit., p.74.

⁹ Op., Cit., p.91.

¹⁰ Op., Cit., p.102.

¹¹ Op., Cit., p.185-186.

¹² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

¹³ Ibid, p.68.

¹⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.127.

¹⁵ *Curso de direito constitucional*, 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2010, p.150-151.

¹⁶ A crise da modernidade jurídica oportuniza o surgimento de um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, abrindo margem para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e interpretação do direito, que costuma ser definido como pós-positivismo jurídico. O pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo, reintroduz as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.208).

¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p.152.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.39.

¹⁹ Ibid., p.78-79.

²⁰ Ibid., p.124.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p.156-157.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008., p.392.

²⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p.133.

²⁶ FREITAS, Juares. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.56.

²⁷ Op. cit., p.73.

²⁸ Conforme exposto por Dirley da Cunha Júnior em nota de rodapé nº 86, p. 226, de sua obra aqui já citada.

²⁹ O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao princípio da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui

atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.

³⁰ Op. cit., p.228.

³¹ APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.176.

³² ALEXY, Robert. *Da estrutura dos direitos fundamentais a proteção*. In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, vol. 18. Salvador: 2009.1, p.469.

³³ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p.175.

³⁴ APPIO, Eduardo. Op. cit., p.183.

³⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.377.

³⁶ Controle jurisdicional da administração pública, 1. edição, Dialética, 1999, p.75-83.

³⁷ MEDEIROS, Fábio Andrade. *O princípio da proporcionalidade e a aplicação da multa do art. 461, do CPC*. Disponível em <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3627>. Acesso em 14.05.2010.

³⁸ Op. cit., p.176.

³⁹ Op. cit., p.387.

⁴⁰ Ibid, p.374.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 6ª reimpressão, p.40-41.

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Publicação no DJ: 12 mai. 2000. Disponível em<www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2010.

⁴³ Op. cit., p.117.

⁴⁴ Ibid, p.117.

⁴⁵ Ibid, p.118.

⁴⁶ Op. cit., p.397.

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº. 18.331, Rel. Min. Oroszimbo Nonato, Julgamento 21 set. 1951. Publicação no DJ: 08 nov. 1951. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2010.

⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/PR, Rel. Min. Octávio Gallotti, Requerente: Confederação Nacional do Comércio, Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Julgamento em 01 jul. 1993. Publicação no DJ: 03 ago. 1993. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2010.

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, Recorrente: Banco Itaú S/A, recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Julgamento 03 dez. 2008. Publicação no DJ em: 05 jun. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2010.

⁵⁰ Op., Cit., p.97.

⁵¹ Ibid, p.164.

⁵² Ibid, p.164-165.

⁵³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.150.

⁵⁴ Ibid, p.151

⁵⁵ Ibid, p.151.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção*. In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, vol. 18. Salvador: 2009.1.

- APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. 2. ed. ver. e ampl. Ilhéus: Editus, 2008.
- _____. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Temas atuais de direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980.
- BARROS, Suzana de Vidal Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Nova edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 6ª reimpressão.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2010.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. 22. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- _____. *Interpretação e superinterpretação*. Tradução MF. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: fundamentos de hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume I: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2002.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MEDEIROS, Fábio Andrade. *O princípio da proporcionalidade e a aplicação da multa do art. 461, do CPC*. Disponível em <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3627>. Acesso em 14.05.2010.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 1. edição, Dialética, 1999.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- RICOEUR, Paul. *O justo I: a justiça como regra moral e como instituição*. trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos*

direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA, OS CONCURSOS PÚBLICOS E A (IN) DESEJADA FORMAÇÃO DE NÍVEL SUPERIOR DE CANDIDATOS AOS CARGOS DE NÍVEIS FUNDAMENTAL E MÉDIO

Geilton Costa da Silva*

RESUMO: O presente artigo aborda a obrigatoriedade da observância pela Administração Pública do Princípio Constitucional da Eficiência, a participação e aprovação de candidatos em concursos públicos com nível de formação cultural superior às exigidas para diversos cargos de níveis fundamental e médio e a necessidade de inclusão de cláusulas de vedação de acesso nos respectivos editais como observância plena aos Princípios Constitucionais da Administração Pública Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Princípio da Eficiência. Concursos Públicos. Cargos Públicos. Níveis Fundamental e Médio. Participação e Aprovação de Candidatos com nível superior ao exigido para os cargos. Editais. Inclusão de cláusulas de vedação. Necessidade. Observância dos Princípios da Administração Pública Brasileira.

1. INTRODUÇÃO

Em artigo jurídico publicado no ano de 2004¹ constatávamos já naquele momento que

“A atuação da Administração Pública brasileira após o advento da Constituição da República de 1988 modificou-se substancialmente e para melhor. O antigo modelo de Estado burocrático adotado nas décadas de 60 e 70 teve o início de seu declínio nos anos oitenta, materializado pela criação, ainda no Governo Figueiredo, do Ministério da Desburocratização. Com o novo Diploma Básico, a Carta de 1988, ficou claro

*Juiz de Direito e Juiz Eleitoral no Estado de Sergipe. Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná - PUC/PR. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Tiradentes – UNIT/Sergipe. Bacharel em Administração de Empresas (UFRN/Natal) e Bacharel em Direito (UnP/Natal). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte/UFRN. E-mail: geilton.costa@tjse.jus.br

que estava o Estado brasileiro abandonando a aplicação desvirtuada da clássica Teoria da Burocracia, surgida mundialmente na década de 50 no âmbito da Ciência da Administração, pela Teoria Sistêmica, concebida conforme Guberman (2002), a partir dos estudos do teórico Bertalanffy, um modelo que enfatiza mais o capital humano e a constante reavaliação de processos com vistas ao atingimento dos objetivos traçados.

Com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, foi elevado a status constitucional o princípio da eficiência, que representou durante muito tempo mera indicação legal positivada no Decreto Lei nº 200/67. A partir deste momento, identificamos que estava definido o modelo de Estado Gerencial atualmente adotado pelo Brasil.

Ocorre que para o gerenciamento de organizações, sejam elas públicas ou privadas, impõe-se para a consecução da missão (das organizações) uma adequada distribuição de tarefas, inteligentemente confiadas aos diversos níveis hierárquicos da estrutura, de modo a otimizar o fluxo contínuo de informações e as consequências do iter, do espaço temporal existente entre as tomadas de decisões, a operacionalização dos comandos gerenciais e a almejada aparição dos resultados”.

Nessa ordem de ideias e tendo sob farol orientador, indicador mesmo do caminho a percorrer - o Princípio Vetor da Eficiência - trazemos no presente artigo reflexões acerca do modelo atualmente adotado por toda a Administração Pública brasileira para a contratação de pessoal – o concurso público – e alguns problemas decorrentes desse modelo e prejudiciais à eficiência, entre eles o elevado “turn over” ou rotatividade de funcionários públicos em alguns cargos, violação de deveres funcionais entre outros, decorrentes a mais das vezes da indesejada contratação de aprovados no certame público com competências pessoais ou habilidades superiores às exigidas para o cargo.

Como contraponto a esta indesejada situação, visivelmente distanciada do Princípio da Eficiência e que vem representando altos custos de oportunidade e também financeiros para o Erário, com claro distanciamento da supremacia do interesse público trazemos ao fim uma contribuição para a

questão, propondo uma nova leitura para o concurso público, ao nosso sentir em maior conformidade com a atual força normativa de nossa Constituição.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

A administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em seu livro de Direito Administrativo² citando o sempre festejado Hely Lopes assim discorre:

“Hely Lopes Meirelles (2003:102) fala na eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo apenas resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. Acrescenta ele que: “esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao ‘dever de boa administração’ da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100)”.

Nesse aspecto, concordamos plenamente com o pensamento do célebre administrativista. No exercício da função administrativa não deve o agente em momento algum afastar-se da legalidade, como também não pode de igual forma distanciar-se da eficiência.

Algo às vezes incompreensível para alguns, que ordinariamente se mantêm passivos às situações e modelos tradicionalmente postos, sem observar a evolução natural das demandas pelos serviços públicos, que

impõem novos modelos, novas técnicas e novos métodos em prol da supremacia do interesse público.

É dizer: É preciso que o Administrador busque em cada situação concreta a melhor combinação entre a legalidade e a eficiência, para que não ocorram prejuízos ao interesse público. Ao encontrar a melhor combinação ou harmonização desses princípios, estará o agente atuando sobretudo com legitimidade.

Assim, a baliza ou o paradigma da legalidade não deve jamais ser encarado como óbice ao exercício da eficiência. Esta é perfeitamente possível de ser atingida e até em melhor ou maior grau do que o das organizações privadas.

Basta contudo ao agente, o exercício mais diligente da função planejamento e da função controle na Administração. Se antecipando aos problemas e antevendo resultados, sempre sob o prisma da legalidade.

Ora, se as organizações privadas também se submetem à legalidade, enquanto inseridas em um ordenamento jurídico, com normas reguladoras e limitadoras de suas respectivas atividades e necessariamente também precisam ser eficientes para o atingimento dos interesses privados de seus acionistas, administradores, fornecedores e clientes, com a organização pública não pode ser diferente.

A mesma diferença existente entre uma organização privada que atua na área de mineração, de outra que atua nos serviços de transportes e de uma terceira que atua na produção de produtos esportivos sob o aspecto das normas legais de regência do sistema em que estão respectivamente inseridas, existe em relação a uma organização pública.

Se aquelas necessitam encontrar sempre a máxima eficiência em seu atuar e sempre e também respeitando a legalidade, com a organização pública não pode ser diferente.

Ao nosso sentir a única diferença entre as duas organizações – pública e privada – é que para a segunda, se ineficiente, a lógica do mercado econômico: o desaparecimento, a falência. Para a primeira, os prejuízos com os altos custos para a sociedade.

Apenas isso.

Di Pietro, em seu livro em comentário³, traz interessante observação ao qual pelos motivos já expostos em parte não concordamos:

“No livro Parcerias na administração pública (1999:241), já tivemos oportunidade de realçar a acentuada oposição entre o princípio da eficiência,

pregado pela ciência da Administração, e o princípio da legalidade, imposto pela Constituição como inerente ao Estado de Direito. Lembramos, então, o ensinamento de Jesus Leguina Villa (1995:637) a respeito dessa oposição entre os dois princípios quanto o autor afirma: “Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de eficiência’ Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”

Pois bem.

Em virtude da própria força normativa da Constituição, todos os princípios da Administração devem sempre ser observados e ponderados adequadamente no atuar administrativo.

E esse comando da Constituição não deve ser jamais encarado como justificativa ou óbice para a eficiência, trazendo o conformismo e o mero contentamento com uma eficiência mitigada ou reduzida, por necessidade ou respeito à legalidade.

Tal assertiva não encontra justificativas, quando observamos que entre Entes diversos ou órgãos diversos de um mesmo Ente, sem prejuízo algum

à legalidade se verifica maior eficiência e melhores resultados, até mesmo do que em organizações privadas.

Um exemplo disso está no *Programa Nacional de Boas Práticas no Poder Judiciário Brasileiro*, onde se veem diversas soluções criativas, respeitosas a todos os Princípios da Administração Pública e visivelmente mais eficientes do que outros órgãos do mesmo setor.

O fato é que não existe oposição ou conflito entre legalidade e eficiência. Estes Princípios não são vetores tendentes a se distanciar naturalmente. Pelo contrário, são polos que se atraem.

3. A CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E O PROCESSO DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO DO CAPITAL HUMANO

A Ciência da Administração em sua área de especialização Gestão de Pessoas, desenvolveu uma série de modelos gerenciais a serem aplicados e utilizados para o suprimento das necessidades de emprego de mão-de-obra nas organizações.

A partir da descrição minudente da vaga (cargo) que necessita ser ocupada, se estabelecem as bases para a seleção de pessoas destinadas a ocupá-la.

“A seleção de pessoal é um sistema de comparação e de escolha (tomada de decisão). Para tanto, ela deve necessariamente apoiar-se em algum padrão ou critério de referência para alcançar uma certa validade na comparação. O padrão ou critério de comparação e de escolha deve ser extraído a partir de informações sobre o cargo a ser preenchido ou as competências desejadas (como variável independente), e sobre os candidatos que se apresentam (como variável dependente). Assim, o ponto de partida para o processamento da seleção de pessoal é a obtenção de informações significativas sobre o cargo a ser preenchido ou a definição das competências desejadas pela organização”⁴

Estabelecidas essas premissas e iniciado o procedimento de recrutamento (em síntese, publicidade sobre a oferta de vagas), passa-se ao processo de seleção propriamente dito.

No processo seletivo são utilizadas diversas técnicas como provas de conhecimentos ou de capacidades, testes psicológicos, testes físicos, técnicas de simulação no efetivo desempenho no cargo, entrevistas, testes de integridade e honestidade, entre outras.

Importante observar, que na utilização das métricas para a seleção, objetivando se aferir o sucesso no processo seletivo, dentre outros fatores de avaliação gerencial deste estão a “*Adequação do candidato ao cargo: quanto mais eficaz o processo seletivo tanto melhor a aderência e adequação do candidato ao cargo*” e também “*Maior permanência na empresa: O processo seletivo favorece a permanência na empresa por adequar o candidato à cultura organizacional*”⁵

É cediço portanto, que o objetivo maior das organizações é a seleção do melhor candidato para o cargo específico em disponibilidade, assim como a sua maior aderência ou permanência na empresa, evitando-se males como a rotatividade ou *turn over* (com a saída prematura do empregado da organização), assim como inapetência para o exercício do cargo e de suas tarefas, que geram prejuízos financeiros com desperdício em treinamento, desenvolvimento e outros processos da gestão de pessoas.

“As organizações somente começam a funcionar quando as pessoas que devem cumprir certos papéis específicos ou atividades solicitadas ocupam as suas posições correspondentes. Um dos problemas básicos de toda organização consiste em recrutar, selecionar e formar seus participantes em função das posições de trabalho, de tal forma que cumpram seu papel com a máxima eficácia. Daí a necessidade de ocupar as diversas posições de trabalho de uma organização através do emprego de um conjunto de pessoas que devem possuir as qualificações requeridas. Em geral, as avaliações de desempenho localizam e diagnosticam desvios, e as correções são efetuadas. Mas a lógica aparente dos processos de agregar pessoas é clara: a organização possui postos de trabalho que devem ser ocupados e exigem qualificações necessárias que deverão ser especificadas detalhadamente, a fim de buscar aqueles indivíduos que possuam tais características. Essa lógica deriva dos processos de aplicar pessoas: para que as pessoas possam ocupar cargos e posições na organização, elas precisam ter as condições e as características suficientes e adequadas para tanto”⁶ (grifos nossos)

Fizemos questão de ressaltar o vocábulo “suficientes” na citação colacionada, para evidenciar que para a Ciência da Administração o candidato adequado ao cargo deve apenas e tão somente ter habilidades ou competências SUFICIENTES para a sua função.

Nem mais, nem menos.

Essa reflexão se torna importante, para que observemos que se o processo seletivo for inadequado ou ineficiente, selecionando para o cargo um candidato com habilidades insuficientes, os custos finais do processo serão elevados com maior alocação de recursos para treinamento, demora na adaptação e adequação do novo empregado ao trabalho e às vezes até o desligamento voluntário ou demissão.

Igualmente, é o que nos interessa para este artigo, se o candidato selecionado tiver habilidades além das suficientes ou em outras palavras tiver habilidades superiores às exigidas para o cargo, existirão decerto problemas de hierarquia (insubordinação aos superiores), desmotivação e baixa aderência ao emprego, descontentamento com os níveis salariais, entre outros fatores, gerando alta rotatividade e graves prejuízos a eficiência da organização.

Estas questões aplicam-se igualmente a todo e qualquer tipo de organização, seja ela governamental ou não.

Passemos à análise específica da questão no ambiente organização da Administração Pública.

4. A OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO PARA A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO DESTE PROCEDIMENTO COM OS PRIMADOS TÉCNICOS DA GESTÃO DE PESSOAS

Conforme o disposto no artigo 37, II da Constituição da República, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 19,

“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Comando constitucional consentâneo com os princípios também

constitucionais da igualdade e da moralidade públicas.

Nada obstante isso, as técnicas de seleção de pessoal previstas na Ciência da Administração, todas elas, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo são plenamente utilizáveis.

Contudo, e infelizmente, em clara violação ao Princípio da Eficiência é o que não se tem visto nas diversas esferas da Administração em nosso país.

Muitos dos certames públicos se resumem em sua grande maioria ao mero processo seletivo de verificação através de provas de conhecimentos ou de capacidades. Nada mais.

Alguns, que em virtude das atribuições exigidas para o cargo incluem testes físicos e/ou testes psicológicos são constantemente objeto de questionamentos perante o Poder Judiciário, elevando os custos de oportunidade para a Administração, em decorrência dos percalços e demoras na conclusão do processo seletivo desde o recrutamento até o efetivo exercício do candidato aprovado no cargo.

Algo que poderia ser perfeitamente evitado com a permanência desses critérios de seleção, desde que previstas em Edital por exemplo, a realização de 2 (dois) psicotestes e/ou 2 (dois) testes físicos sequenciais em razoável espaço de tempo (45) quarenta e cinco dias, dando-se por selecionado na referida fase o candidato que lograsse êxito em pelo menos 1 (um) dos testes.

Os custos desses procedimentos seriam menores, se comparados com os altos custos da demora na contratação, cargos vagos, disputas judiciais, indenizações, entre outros aspectos decorrentes da ausência de planejamento e em consequência eficiência na realização do processo seletivo.

Um outro aspecto, é a ingerência completa da Administração Pública, sobre a indesejada seleção de candidatos com habilidades ou competências muito superiores às exigidas para o cargo.

Não é incomum vermos a imprensa divulgando elevado número de candidatos com formação de nível superior e até níveis de pós-graduação para a disputa de cargos na Administração Pública em seus diversos níveis para gari, vigilante, motorista, merendeira, auxiliar administrativo, agente de segurança entre outros, descritos como de níveis fundamental e médio.

Típica distorção no processo seletivo, que malferir a eficiência administrativa e cuja solução para tal, não feriria ou afrontaria a legalidade.

Como já relatado, seja qual for a organização, a contratação de um profissional com habilidades muito superiores às exigidas para o cargo é o prenúncio do fracasso do próprio processo seletivo.

Absenteísmo (faltas reiteradas ao trabalho), baixa permanência de tempo no cargo, baixa motivação, distúrbios psicológicos, insatisfação salarial, greves, baixa produtividade e altos custos para o Erário são seguramente os sintomas da falha na eficiência por falta de planejamento do processo seletivo.

Clara violação ao Princípio da Eficiência Administrativa.

À indagação sobre qual a solução legal e eficiente para tal distúrbio, propomos a resposta nas linhas seguintes.

5. A PREVISÃO EM EDITAL DE VEDAÇÃO DE ACESSO AO CARGO PÚBLICO POR CANDIDATOS COM COMPETÊNCIAS SUPERIORES ÀS EXIGIDAS

Não vemos qualquer violação aos Princípios da Legalidade e da Igualdade de acessos a cargos públicos, a vedação nos Editais de concursos públicos que candidato com formação superior à exigida para o cargo em disputa possa participar do certame.

Conforme lição escorreita de Celso Antônio Bandeira de Mello, o regime jurídico administrativo é alicerçado na supremacia do interesse público sobre o interesse privado e na indisponibilidade do interesse público.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro doutrina no sentido de que o regime jurídico administrativo está calcado em prerrogativas e sujeições.

Pois bem.

Por força da Eficiência Administrativa, o interesse público maior no provimento de um cargo público é no sentido de que o agente selecionado, pessoa natural, exerça a sua atividade com a maior eficiência e diligência possível, evitando-se o absenteísmo (faltas ao trabalho), com plena motivação e envolvimento com os elevados interesses da Administração e com o exercício criativo e consciente durante a jornada de trabalho, do seu dever enquanto funcionário público do dever de sempre bem atuar.

Não é coerente portanto, a Administração Pública contratar por exemplo para o cargo de garí, um engenheiro civil ou um Bacharel em Direito, que visivelmente busca no cargo apenas a momentânea estabilidade no cargo e estabilidade financeira dos salários sempre pagos com regularidade e os direitos sociais garantidos pela Constituição, sem maior comprometimento e até mesmo qualquer adequação pessoal para o cargo.

E são diversos os exemplos que podemos trazer, conhecidos de todo cidadão brasileiro na realidade hodierna.

Assim, para os diversos *discrimines* já existentes por exemplo em relação à idade, sexo, condições físicas entre outros para o exercício de determinados cargos e comumente aceitos em nosso sistema, não vemos óbice legal de que, ao invés da qualificação mínima exigida para o cargo, a Administração Pública passe a exigir em determinadas situações o impedimento de qualificações superiores às exigidas para o cargo.

Supremacia do Interesse Público sobre o particular e aplicação do Princípio da Eficiência.

Nesse pervagar, torna-se lógico que o Vetor para essas situações será sempre o Princípio da Razoabilidade.

Em interessante passagem sobre os critérios de admissão para cargos públicos, Di Pietro assim leciona:

“Embora o objetivo do constituinte seja o de proibir o limite de idade e outros tipos de discriminação, a proibição não pode ser interpretada de modo absoluto; primeiro, porque o artigo 37, I, deixa para a lei ordinária a fixação dos requisitos de acesso aos cargos, empregos e funções; segundo, porque, para determinados tipos de cargo, seria inconcebível a inexistência de uma limitação, quer em relação a sexo, quer em relação a idade. Não se poderia conceber que, para o cargo de guarda de presídio masculino, fossem admitidas candidatas do sexo feminino, ou que para certos cargos policiais fossem aceitas pessoa de idade mais avançada. Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (1978:24), “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”. E acrescenta que, “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”. (grifos do original)

Assim, no exercício do dever-poder discricionário deve o administrador público, em observância ao Princípio da Eficiência fazer constar nos Editais de realização de concursos públicos para provimentos de cargos de

níveis fundamental e médio, fazer constar cláusula impeditiva de acesso a candidatos com formação de nível superior às exigidas, ainda que a lei de previsão do referido cargo seja omissa.

Isso porque, é possível o exercício do dever-poder discricionário “quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico”⁸.

6. CONCLUSÃO

Concluindo, temos que para a fiel observância do Princípio da Eficiência na Administração Pública quando da realização de processos seletivos para seus diversos cargos públicos de níveis fundamental e médio, é necessária, proporcional e adequada a inclusão nos Editais de chamada para os concursos públicos, de cláusulas impeditivas a que candidatos com nível de formação intelectual superior à exigida tenham acesso ao concurso ou caso aprovados no certame, ao cargo público.

PRINCIPE CONSTITUTIONNELL DE L'EFFICACITÉ, LES MARCHÉS PUBLICS, LE NIVEAU UNIVERSITAIRE DES CANDIDATS ET LE NIVEAU DÉSIRÉE DE LA FORMATION DES CANDIDATS POUR LES POSTES DE NIVEAU PRIMAIRE ET LYCÉE.

RÉSUMÉ: Cet article répond à l'exigence de conformité avec l'administration publique du principe constitutionnel de l'efficience, la participation et l'approbation des candidats en public avec un niveau d'éducation culturelle que celles requises pour divers postes de niveaux primaire et secondaire et de la nécessité d'inclure des clauses l'empêchement de l'accès dans les avis respectifs que la défense des principes constitutionnels de l'administration publique brésilienne.

MOTS-CLÉS: Constitutionnelle. Principe de l'efficience. Soumission. La fonction publique. Niveaux primaire et intermédiaire. Participation et l'approbation des candidats avec niveau plus élevé que requis pour les postes. Avis. L'inclusion de dispositions pour l'empêchement. Nécessité. Sur les principes de l'administration publique brésilienne.

Notas

¹ SILVA, Geilton Costa. Considerações acerca da função do ordenador de despesas nos órgãos do Poder Judiciário. BDA – *Boletim de Direito administrativo*, Editora NDJ, São Paulo, 2004, Nov. 2011, pág. 1244.

² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Atlas, São Paulo, 21. Edição, 2008, pág. 79.

³ Op. cit. Pág. 79

⁴ CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de pessoas*. Elsevier, Rio de Janeiro, 3. edição, 2010, pág. 139.

⁵ Op. Cit. Pág. 162.

⁶ Op. Cit. Pág. 168

⁷ Op. Cit. Pág. 500

⁸ Di Pietro, Op. Cit. Pág. 202

REFERÊNCIAS

CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de pessoas*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. edição, São Paulo, Atlas, 2008.

SILVA, Geilton Costa da. Artigo. Considerações acerca da função do ordenador de despesas nos órgãos do Poder Judiciário. *Boletim de Direito Administrativo*. BDA, São Paulo, 2004, Novembro.

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM CONFRONTO COM A SÚMULA 231 DO STJ

Edson Ulisses de Melo*

RESUMO: O presente artigo versa sobre a Individualização da Pena e a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal, a partir do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, levando em consideração os Princípios da Isonomia, da Proporcionalidade e da Legalidade, insculpidos todos na Constituição Federal do Brasil de 1988. Para a fundamentação do tema serão levados em conta documentos legais como a Carta Magna Pátria, a legislação infraconstitucional, a jurisprudência dos tribunais ordinários e extraordinários, bem como o pensamento doutrinário atual de alguns juristas nacionais e transnacionais. Será abordada a Dosimetria, como instrumento utilizado na *práxis* penal para a Individualização da Pena, tendo como suporte o Sistema Trifásico, cuja autoria se atribui ao jurista Nelson Hungria e é adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. O tema é controverso. A Súmula 231 do STJ lança entendimento contrário, assentado e dominante, fato este que não impede que os tribunais ordinários decidam de modo divergente, pois o tema não constitui matéria de Súmula Vinculante. No momento, o tema proposto foi avocado pelo STF, diante de sua importância para o sistema jurídico penal brasileiro, sendo inclusive qualificado como de repercussão geral. O trabalho ora apresentado tem como escopo discutir a equivocada fundamentação constitucional-filosófica da Súmula 231 do STJ face o contido no art. 5º, XLVI e na Legislação Penal Infraconstitucional, recepcionada pela Constituição de 1988. A Individualização da Pena está

* Desembargador, Membro Integrante da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe. Ouvidor Geral do Tribunal de Justiça de Sergipe. Conselheiro da Escola Superior de Magistratura. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Sócio-fundador do IBDFAN-SE. Ex-Procurador Geral do Estado de Sergipe. Ex-Presidente da OAB-SE. Ex-Conselheiro do Conselho Federal da OAB. Ex-Presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da OAB. Ex-Presidente da Comissão Nacional de Combate à Violência. Pós-graduado em Processo Civil e em Direito Público pela Universidade Integrada Tiradentes. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Ex-Professor da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes. Ex-Advogado, militante nas áreas de Direito Público e Privado. Participou da Jornada de Estudos da Associação dos Magistrados Brasileiros em Ottawa-CA, na Faculté des Sciences Sociales - Université d'Ottawa. Participou do Curso de Formação El Control de Constitucionalidad de las Leyes, em Cádiz-ES. Palestrante em diversas conferências nacionais da OAB. Autor de diversos artigos jurídicos, notadamente na área de Direitos Humanos.

diretamente vinculada à Dignidade da Pessoa Humana e tem por objetivo maior, neste caso, a ressocialização do apenado.

PALAVRAS-CHAVE: Pena. Individualização. Sistema Trifásico. Princípios constitucionais. Constituição Federal do Brasil. Direito Penal. Mínimo legal. Ressocialização. Apenado.

A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre impressão mais forte do que o vago temor de terrível suplício em torno do qual se oferece a esperança da impunidade. (BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: José Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª edição. Cit. pg. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.)

I. INTRODUÇÃO

A Individualização da Pena é matéria controversa, complexa e de relevante importância no ordenamento jurídico, tanto é que está assegurada como princípio constitucional, representando, assim, um direito e uma garantia fundamental.

Nas palavras de Nucci, “individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer, particularizar o que era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.”¹

A Individualização da Pena tem início, como princípio, na Constituição Federal e na Lei, e se exaure com a sentença penal condenatória. Esse caminho é regido por princípios que, atrelados ao da Individualização da Pena, vinculam o legislador, os juízes da ação, bem como os juízes da execução penal.²

Trata-se do direito que todo acusado tem de obter, em caso de condenação, uma pena justa e livre de qualquer padronização, decorrência natural da condição individualizada de cada ser humano, que possui personalidade e vida ímpares. É uma garantia contra o arbítrio do Estado-juiz no momento da aplicação da pena.

Entre os penalistas há menção de duas finalidades principais da Individualização da Pena. A retributiva, que consiste em combater o mal com

o mal e prega que o infrator deve expiar suas faltas através de um sofrimento equivalente àquele que causou a terceiro. A finalidade preventiva, por sua vez, pode ser subdividida em duas outras mais específicas. A primeira, de prevenção especial, tem o condão de fazer com que o agente não volte a cometer outros delitos (corrige o corrigível, intimida o intimidável e neutraliza o incorrigível ou o inintimidável). A segunda, de prevenção geral, inibe a coletividade de futuras práticas delituosas. Para atender a estas duas finalidades é essencial, portanto, que a pena varie de acordo com o dolo, a culpa, culpabilidade e condições pessoais do agente.

Juridicamente, o princípio da Individualização da Pena “expressa a superação do direito medieval pelo direito penal moderno, em que o modelo de penas fixas cedeu espaço ao modelo de penas com margens penais mínimas e máximas.”³

Desta forma, o presente artigo tem por objetivo tecer algumas considerações acerca dos princípios que estão descritos de forma explícita no texto constitucional. O primeiro é o da Individualização da Pena, disposto em seu artigo 5.º, XLVI. Por ser tão importante, esse princípio foi inserido pelo legislador constitucional, desde a Constituição de 1967, entre as Garantias e Direitos Fundamentais do Cidadão, o qual prevê que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as de privação de liberdade, de perda de bens, de multa, de prestação social alternativa e suspensão e interdição de direitos.”⁴

Pensar nos aspectos que envolvem uma condenação é de essencial importância, diante da atual estrutura carcerária no Brasil. Superlotação nos presídios, desrespeito ao espaço mínimo, alimentação inadequada, “tranca” como uma prática para supostamente acalmar ou repreender o condenado, além de outras violações que acabam se constituindo verdadeiros tratamentos desumanos, degradantes e cruéis são uma realidade do Sistema Prisional Brasileiro.

Aqueles que defendem que a pena não pode ser fixadas abaixo do mínimo legal, equivocadamente acreditam que a Carta Política é respeitada no que se refere ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, II). Este princípio simboliza todo o pensamento democrático que erigiu a nossa Carta Política e elevou o homem à razão de ser de todo o Sistema Jurídico Pátrio – o homem como “medida de todas as coisas”⁵.

O Princípio da Individualização da Pena é, portanto, “corolário da personalidade”⁶. Vicente Greco Filho, ao tratar do assunto, destaca que o valor da pessoa humana é anterior ao próprio direito positivo, ao afirmar que:

Esse valor supremo é o valor da pessoa humana, em função do qual todo o direito gravita e que constitui sua própria razão de ser. Mesmo os chamados direitos sociais existem para a proteção do homem como indivíduo, e, ainda que aparentemente, em dado momento histórico, se abduquem de prerrogativas individuais imediatas, o direito somente será justo se nessa abducação se encontrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo.⁷

Para tanto, pretende-se fazer uma abordagem do Princípio da Individualização da Pena e do seu respectivo comando a partir das diversas constituições adotadas pelo Brasil, na tentativa de compreender a evolução ao longo das Cartas políticas e de seus mecanismos de efetivação dos Direitos Humanos na seara criminal.

II. UMA GARIMPAGEM HISTÓRICA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

É inegável que o tema demande uma observação acurada no campo do Direito Constitucional, uma vez que o tema aqui proposto versa sobre um dos princípios basilares dos Direitos e Garantias Fundamentais: o da Individualização da Pena, que decorre do Princípio Dignidade da Pessoa Humana.

Todos os ramos da Ciência Jurídica, certamente, têm um entrelaçamento com o Direito Constitucional, mas no caso do Direito Penal, essa relação é ainda mais estreita, pois trata das liberdades individuais e coletivas. Portanto, torna-se necessária uma análise das constituições brasileiras quanto ao comando que abrigou a Individualização da Pena a cada nova Carta Constitucional.

Ao traçarmos um roteiro histórico pelos textos constitucionais que o Brasil já adotou em seu ordenamento jurídico, verifica-se que em apenas algumas dessas cartas a matéria foi contemplada. Houve textos que fizeram referência de modo meramente enunciativo, enquanto outros abordaram o assunto de forma mais completa e incisiva. As Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não contemplavam o Princípio da Individualização da Pena.

Por exemplo, a Constituição do Império, de 1824, em seu art.179, inciso

XXI, previa de forma rudimentar que “As Cadêas serão seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes”⁸, mostrando que o intuito do legislador era oportunizar, pelo menos em tese, que o condenado tivesse respeitada a sua dignidade para o cumprimento de sua pena. Observa-se aqui a fase gestacionária do Princípio da individualização da Pena.

Um maior destaque, todavia, a respeito deste tema, deu-se realmente a partir da Constituição 1946. Em seu art.141, §29º constava o seguinte comando: “A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”⁹. Essa Constituição, que é apontada pelos constitucionalistas como uma das mais democráticas até então conhecidas, teve uma visão humanista, uma preocupação com a Dignidade da Pessoa Humana e se estendeu um pouco mais, na direção atual Constituição de 1988, quando no mesmo parágrafo disse não só que a pena seria individualizada, mas também que só retroagiria quando beneficiasse o réu. É claro que esse aspecto da irretroatividade da lei também existe na nossa Constituição atual.

Já na Constituição de 1967, gerada no ventre do Golpe Militar de 64, o comando se encontrava no art.150, §13º, que dizia “(...) A lei regulará a individualização da pena”¹⁰. É certo que não passou de um mero enunciado. Como essa Constituição foi concebida durante a Ditadura Militar e não sob a égide de um Estado Democrático de Direito, mesmo se encontrando no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, não permitia uma aplicação plena e democrática dos Direitos da Pessoa Humana.

A Constituição de 1969, por sua vez, foi uma emenda à Constituição de 1967. Manteve a mesma configuração da anterior em seu art. 153, §13º. Diferentemente da Carta Magna atual, essas constituições tratavam dos Direitos e Garantias Individuais, topograficamente, do meio para o fim do corpo de seu texto. Fazendo uma análise de onde se encontrava disposta a matéria, percebe-se a desimportância com que era tratada a matéria e, conseqüentemente, os Direitos Humanos e os Direitos e Garantias Individuais.

Somente com a Constituição de 1988, assim como já se revelava a Constituição de 1946, a matéria passou a ser tratada com a prioridade compatível com o Estado Democrático de Direito. Os Direitos e Garantias Individuais começaram, finalmente, a ter primazia. Tanto é assim que passaram a figurar no início do texto constitucional, logo depois dos princípios fundantes da Constituição.

Em seu art.5º, XLVI há um comando que está vazado nos seguintes termos: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...)”¹¹. A partir daí, passa então a enumerar um elenco de penas, que são as vigorantes atualmente e que impõem ao operador do Direito a sua aplicação de acordo com a legislação infraconstitucional. É necessário que se olhe para o início da Constituição e se observe que no art. 1º, III da referida Carta Política, há de forma contundente e bastante sólida, a firme indicação de que a Dignidade Humana é um dos Princípios Fundamentais da Constituição desse país e que é impossível se ter um Estado Democrático se não houver respeito por esse princípio basilar.

O comando referente à Individualização da Pena, a partir da Constituição de 1988, passou de mero enunciado para se constituir um instrumento revelador da efetividade dos Direitos Humanos, em sintonia com o art.1º, III da mesma Carta e com os Princípios da Proporcionalidade, da Isonomia e da Legalidade. No entanto, percebe-se que esses princípios não tiveram ressonância alguma no espírito da Súmula 231 do STJ, alvo deste trabalho.

Realizada a análise histórica das constituições, torna-se necessário compreender a inteligência desses princípios na legislação infraconstitucional, que tem por objetivo a efetividade das disposições constitucionais.

III. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NAS CODIFICAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS AO LONGO DO TEMPO

No Código Criminal do Império, datado de 1830, a dosimetria penal autorizava uma valoração em três graus, conforme seu art.63 rezava. Era o chamado Sistema de Margens Penais, que atribuía uma classificação de máximo, médio e mínimo.

No Código Penal da República, de 1890, foram incluídos os graus submédio e submáximo. Percebe-se, dessa forma, a tendência de prosseguir na tentativa de positivar a fixação da medida da pena, iniciada no Império.

A Consolidação das leis penais de Vicente Piragibe, de 1932, nenhuma novidade trouxe ao assunto, sendo logo substituído pelo Código Penal de 1940, com o seguinte texto:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e

consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Assim, resta claro que essa configuração se aproxima muito do Código Penal vigente em nosso país, com nova redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984. Com a reforma, permitiu-se alguma flexibilidade ao juiz na fixação da pena, surgindo, a partir daí, o conflito de ideias entre dois grandes penalistas: Roberto Lyra e Nelson Hungria. O primeiro defendendo o Sistema Bifásico e o segundo, o Sistema Trifásico.

Roberto Lyra defendia o Sistema Bifásico como sendo o melhor para a determinação da pena. Na primeira fase fixava-se a pena-base, com observância das circunstâncias judiciais agravantes e atenuantes, concomitantemente. Na segunda fase, seriam apreciadas as causas de aumento e diminuição de pena.

Nelson Hungria, por outro lado, sustentava um método de fixação da pena em três etapas, ou seja, o Sistema Trifásico. A primeira fase consistia em fixar a pena-base a partir das circunstâncias judiciais. Na segunda fase, seriam consideradas as circunstâncias legais, ou seja, as circunstâncias atenuantes e agravantes. Na terceira e última fase, seriam levadas em conta as causas de diminuição ou aumento da pena. Finalmente, com a Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, prevaleceu o Sistema Trifásico para fixação da pena.

IV. O PROCESSO DOSIMÉTRICO À LUZ DO SISTEMA TRIFÁSICO

A Teoria de Nelson Hungria foi adotada na sua integralidade pelo Código Penal de 1940 após a reforma de 1984 e se encontra claramente descrita no art.68, como se vê abaixo:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Inobstante existam os critérios regrados em lei e uma discricionariedade para a dosimetria, apontando os limites mínimo e máximo para a pena, o Princípio da Isonomia não permite uma standardização das penas, ainda que tipificados no mesmo dispositivo legal. Vejamos os parâmetros legais estabelecidos para o cálculo da pena.

Convém notar que o pensamento de Aristóteles, consagrado por Rui Barbosa em sua obra *Oração aos Moços*, já se vislumbrava o verdadeiro sentido da Isonomia, que não consiste em uma igualdade meramente formal, mas sim uma igualdade material, ou seja, “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam”¹².

1. Circunstâncias Judiciais

Segundo o Código Penal Vigente, a fixação da pena-base se dá conforme o que preceitua o art.59, que determina que a pena deve ser a necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime. *In verbis*:

Art. 59 – Estabelecimento da pena base. Elementos a serem considerados:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A partir dos oito elementos descritos no dispositivo penal, acima transcrito, conhecidos como circunstâncias judiciais, é possível se determinar o quantitativo da pena entre o mínimo e o máximo, previsto legalmente.

Segundo Ricardo Augusto Schmitt, o critério ideal para fixação da pena-base é o seguinte:

O critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores repousa em uma situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo (máximo-mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada a sua oitava parte (1/8), ou seja, dividir o resultado obtido por 8 (oito), em virtude de ser este o número de circunstâncias judiciais previstas no art.59, do Código Penal.¹³

Tomando por parâmetro a previsão em abstrato da pena e após o cálculo acima elaborado, temos prontas as condições para a definição da pena na segunda fase da Dosimetria.

2. Circunstâncias Legais

Neste segundo momento, a partir da pena prevista abstratamente, avança-se para a identificação das circunstâncias legais, que são as atenuantes (art.65 e 66) e as agravantes (art.61 e 62). A partir da constatação nos autos da presença ou ausência das referidas circunstâncias judiciais é que se chegará à dosagem da pena na segunda fase dosimétrica.

A segunda fase de cálculo da pena não tem um parâmetro quantitativo definido até o presente. No entanto, o consenso quanto ao patamar ideal a ser adotado, predominantemente no pensamento dos Tribunais Superiores, é o coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância legal, quer seja atenuante quer agravante.

Para fins de maior entendimento, transcreve-se a seguir o dispositivo que contempla as circunstâncias legais chamadas agravantes:

Art. 61. Circunstâncias que SEMPRE agravam a pena:

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação,

ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Quanto às circunstâncias legais chamadas atenuantes, segue abaixo, *in verbis*:

Art. 65 – Circunstâncias que SEMPRE atenuam a pena:

São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Como se observa, inexistente previsão legal de qualquer *quantum* específico a ser utilizado nesta segunda fase dosimétrica, tanto para aumento quanto para diminuição da pena. Ao Magistrado compete utilizar-se do seu livre-arbítrio e discricionariedade, de acordo com os elementos constantes dos autos, bem como do seu bom senso. Quanto aos quantitativos, existe no STJ e STF o consenso acerca de um quantitativo imaginário a ser adotado, qual seja, o de 1/6 (um sexto) por cada circunstância legal, tanto para aumento como para redução da pena.

Temendo provavelmente que haja excessos na fixação da pena condenatória, foi editada a Súmula 231 pelo STJ, que impede a fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase de dosimetria. Em que pese o espírito impeditivo da súmula editada, existe na lei infraconstitucional (art.65 acima transcrito) um comando autorizador da redução da pena abaixo do mínimo legal, quando no caso concreto forem constatados elementos que reduzam a pena. Tal comando está expresso no *caput* do artigo referenciado ao determinar que “São circunstâncias que sempre atenuam a pena”. Da análise dessa expressão resulta a inapelável conclusão de que o termo “sempre” não admite interpretação diferente do seu significado linguístico.

3. Causas de diminuição e aumento de pena

O último momento dosimétrico faz uso das causas de aumento e de diminuição da pena, legalmente tarifadas, e que esta aplicação é pacífica na doutrina bem como no Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de permitir a aplicação dos quantitativos abaixo do mínimo legal, conforme se constata no julgado abaixo transcrito:

I - Habeas corpus: conhecimento. 1. Não impede a impetração do habeas corpus a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão

impugnada, nem a efetiva interposição deles. 2. Não se sujeita o recurso ordinário de habeas corpus nem a petição substitutiva dele ao requisito do questionamento na decisão impugnada: para o conhecimento deste, basta que a coação seja imputável ao órgão de gradação jurisdicional inferior, o que tanto ocorre quando esse haja examinado e repellido a ilegalidade aventada, quanto se se omite de decidir sobre a alegação do impetrante ou sobre matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, se devesse pronunciar de ofício. II. Individualização da pena: causa especial de aumento ou diminuição. Ao contrário das atenuantes ou agravantes genéricas, que diminuem ou elevam a pena-base, nos limites da escala penal editalícia - as causas especiais de diminuição podem reduzi-la aquém do mínimo, assim como as causas especiais de aumento podem alçá-la acima do máximo cominado ao crime. III. Liberdade provisória: não é de ser deferida ao acusado que respondeu ao processo sob prisão preventiva - e não há elementos para aferir de sua ilegalidade. (85673 PA, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 30/05/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 24-06-2005 PP-00045 EMENT VOL-02197-1 PP-00200 RTJ VOL-00195-01 PP-00274, undefined)

V. A VISÃO DA DOCTRINA

Como bem ensina Cezar Roberto Bitencourt:

“(...) Nesta segunda operação devem-se analisar somente as circunstâncias legais genéricas, enfatizando-se as *preponderantes*, quando concorrerem agravantes e atenuantes. Nenhuma circunstância atenuante pode deixar de ser valorada, ainda que não seja invocada expressamente pela defesa, bastando que se encontre provada nos autos.(...)”¹⁴

O pensamento de Paulo Queiroz no *Boletim IBCCRIM* nº112 - março/2002 é o de que:

“(…) o fundamental é fixar, sempre, uma pena justa para o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas variáveis que o envolve (art. 59) ainda que para tanto, tenha o juiz de fixá-la aquém do mínimo legal. É legítima, pois, a aplicação de pena abaixo do mínimo legal. Entender o contrário é adotar uma postura anti-garantista”.

Visão de Marcel de Castro Britto, em *As Atenuantes e Agravantes e a possibilidade de transposição*, no cálculo da pena, dos limites punitivos do tipo, *Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*, n.13, 1993/1994, Doutrina, 23/27:

“(…)

III – OS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E DA RESERVA LEGAL, E A OBRIGAÇÃO QUE TE O JUIZ DE FUNDAMENTAR SUAS DECISÕES

Não procede, absolutamente, o argumento de que o extravasamento dos limites punitivos do tipo encerra um considerável perigo ao direito de liberdade do cidadão, com grave ofensa ao princípio da legalidade da pena. Muito ao contrário! Assim dispõe o art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Política de 88: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Houve reprodução literal do art. 1º do Código Penal, que encerra os princípios da anterioridade e da reserva legal. Muito bem! Não se está a questionar o primeiro dos princípios, o da anterioridade, de vez que o fato típico permanece sem alteração. No que se refere à legalidade, é de se observar que as circunstâncias genéricas em lume são igualmente, *ex lege*. É dizer: de antemão, *ante factum*, todos já conhecem as agravantes e as atenuantes que serão consideradas no cálculo da pena, eis que elas estão arroladas pela Lei Penal, nos arts. 61, 62, 65 e 66, da mesma forma que são sabidas as causas de aumento e diminuição.

Também, é a própria Lei quem manda, impõe, determina, que elas sejam “sempre” levadas em conta (“caput” dos arts. 61 e 65). Logo, não se

pode desconsiderar tal ordem, pois é princípio de hermenêutica que a lei guarda a presunção de sabedoria, e esta é incompatível com a existência de expressões inúteis.

E nem se diga que as causas de elevação ou redução tem um peso jurídico maior que as circunstâncias sob exame, por possuírem limites punitivos definidos. Ora, se “peso” diferente houver, isto dependerá de cada caso em concreto. Assim, exemplificando, um estupro praticado contra uma criança com dois anos de idade (agravante do art. 61, II, h), provoca, em face da citada circunstância legal, uma comoção social e um clamor público astronomicamente maiores do que o mesmo estupro tendo por vítima uma pessoa maior de idade, sendo o agente casado (causa de aumento do art. 226, III), apesar de profanar o mesmo bem jurídico (a liberdade sexual). Logo, aqueles que falam em “peso jurídico” são obrigados a admitir, nesta situação enfocada, que a agravante possui uma “carga” evidentemente maior do que a causa de aumento, o que deixa o juiz autorizado a elevar a pena-base já imposta ao réu em um *quantum* até maior que o previsto no apontado art. 226, mesmo que ultrapasse o limite máximo cominado para o tipo, tal qual pode ocorrer com a apontada causa de aumento.

Outrossim, não se alegre que o juiz, por não estar preso a nenhuma baliza quantitativa, deixaria a liberdade do cidadão despida de qualquer segurança, ao sabor dos seus humores. Absolutamente! Está o magistrado completamente sujeito ao inafastável dever de fundamentar suas decisões, “*sob pena de nulidade*”, conforme o mandamento constitucional do art. 93, IX. De mais a mais, o exame de cada circunstância e a determinação do respectivo *quantum* de pena a crescer ou reduzir são submetidos a julgamento, com a devida e necessária motivação. Caso o juiz se desvie da reta estrada da prudência, da temperança e do dever de fundamentar as decisões, existe sempre o patrulhamento constante, seja do réu, por meio do seu advogado; da vítima, quando

participa do delito através do instituto da assistência ou mesmo no exercício de ação penal privada; seja, ainda, por conduto do sempre atuante e cada vez mais prestigiado órgão do Ministério Público.

IV – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ademais, estão igualmente preservados os demais princípios da Lei Repressiva e da Constituição, com o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a presunção da inocência etc., resultando sobremaneira realizado o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI da Lei Cidadã). Ora, individualizar significa individual, especializar; particularizar. Trata-se de uma operação complexa, compreendendo os elementos essenciais e as circunstâncias do delito, bem como a vida global do sujeito ativo e da vítima, de sorte que a pena aplicada seja, a um só tempo, justa, necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Consoante já decidiu o TACRIM-SP, em JUTACRIM 55/392, “A pena não é castigo e nem retribuição; é o crime vale, não como entidade abstrata, mas como sintoma da personalidade do agente. A finalidade direta da defesa social é a readaptação; e daí impor-se a individualização da reprimenda, considerando-se o conteúdo do ilícito e a personalidade de seu autor”. Por conseguinte, como já foi exemplificado, se dois sujeitos praticam igual crime, sendo semelhantes às circunstâncias judiciais da personalidade, culpabilidade, motivos, personalidade etc., determinando a imposição da pena-base no mínimo ou no máximo abstratamente cominada para o delito, mas sendo diferentes as circunstâncias legais genéricas, existindo agravantes ou atenuantes apenas em relação a um deles, caso não haja uma transgressão dos limites punitivos, o princípio da individualização resultará nitidamente maculado, em uma crassa inconstitucionalidade, já que ambos receberão igual castigo, quando um deles faria jus a uma reprimenda

mais rigorosa ou mais branda.

Afinal, o preceito do inciso XLVI do art. 5º da Constituição, como, de resto, todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, tem aplicação imediata, como explicita o parágrafo primeiro do mesmo art. 5º, sendo uma “*norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata*”, no dizer de José Afonso da Silva.

V- CONCLUSÃO

Com profundo respeito pelos que pensam em sentido contrário, concludo, em vista do exposto, que é possível a transgressão dos limites punitivos do tipo, quando da consideração sentencial das circunstâncias atenuantes e agravantes.”

VI. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

A posição do Superior Tribunal de Justiça

Em 1999 foi editada a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor é:

“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, com base na qual “perde sentido o exame de atenuantes não aplicadas na sentença, quando a pena já está no mínimo legal” (STJ, HC 10.993/RJ, Rel. Félix Fischer, j. 11-4-2000) .

A posição do STJ, portanto, está espelhada no enunciado acima. Essa súmula, com todas as vênias que merece o Superior Tribunal de Justiça tem por base um arcabouço valorativo ideologicamente comprometido com estruturas jurídicas do passado. Em sua obra *El Enemigo en el Derecho Penal*, Eugenio Raúl Zaffaroni descreve essa visão retrógrada, que já não é mais a proposta vigorante, quando diz:

Protágoras sostenía una teoría preventiva general

y especial de la pena, pero también postulaba un derecho penal diferencial, según el cual los incorregibles debían ser excluidos de la sociedad. No es necesario, pues, acudir a los siglos recientes para encontrar teorizado y legitimado lo que siempre hizo el ejercicio del poder punitivo. Esto podría ser prueba de que el enemigo es una construcción tendencialmente estructural del discurso legitimante del poder punitivo.¹⁵

O pensamento dos novos constitucionalistas volta-se para o compromisso com a Dignidade da Pessoa Humana. Os ventos democráticos já não mais permitem a sobrevivência da Súmula 231 do STJ, que está divorciada da cultura jurídica em voga nos tribunais de países com políticas criminais compatíveis com o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Então, a razão de se encontrar nos tribunais ordinários certa instabilidade quanto à individualização da pena se deve ao precedente estabelecido na súmula mencionada.

A posição dos Tribunais Ordinários

Nos tribunais de justiça estaduais há divergência acerca desta matéria. Existem tribunais com pensamento favorável à tese da redução da pena abaixo do mínimo legal na 2ª fase da dosimetria, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que é uma Corte preocupada com as conquistas do Homem nos textos constitucionais modernos, bem com textos supraleais, a exemplo da Carta das Nações Unidas (1945), da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica (1969).

Vejamos algumas ementas que revelam esta divergência:

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

DIREITO PENAL. ROUBO. CONDENAÇÃO. PROVA CONSISTENTE. DOSIMETRIA DA PENA: **PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE.** 1. O RECONHECIMENTO DO RÉU PELA VÍTIMA, A CONFISSÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL E A PALAVRA

FIRME DAS TESTEMUNHAS CONFORTAM A CONDENAÇÃO. UNÂNIME.2. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: “O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, QUE VEM SERVINDO DE ESTEIO PARA A SÚMULA Nº 231 DO STJ, DEVE SER INTERPRETADO SOMENTE COMO GARANTIA INDIVIDUAL E NÃO COMO GARANTIA DA SOCIEDADE” (DESEMBARGADOR SMANIOTTO). MAIORIA.3. **RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO, PARA REDUZIR A PENA IMPOSTA.** (20020410072166 DF, Relator: WALDIR LEÔNICIO C. LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 18/06/2003, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 04/02/2004 Pág. : 51, undefined)

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

EMENTA: FURTO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA LEGAL. PENA AQUEM DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. E POSSÍVEL CONVIVER A PRIVILEGIADORA DO ART-155 PAR-2, CP, COM A MODALIDADE QUALIFICADA DO FURTO, DE VEZ QUE NAO CONCORRE QUALQUER ÓBICE LEGAL. **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ABRIGA A POSSIBILIDADE DE, ESTANDO A PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, ROMPER COM ESTE LIMITE SE PRESENTE ATENUANTE, MORMENTE SE ELA FOR A QUE SE REFERE À MENORIDADE DO AGENTE. PROVIMENTO PARCIAL.** (Apelação Crime Nº 297036279, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 17/12/1997)

Tribunal de Justiça do Ceará

Relator: Des. FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE

Orgão Julgador : 1ª CÂMARA CRIMINAL
APELANTE : RAQUEL TAVARES PEREIRA
APELADO : JUSTIÇA PÚBLICA ESTADO DO
CEARÁ PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. FRANCISCO HAROLDO
RODRIGUES DE ALBUQUERQUE
APELAÇÃO CRIME Nº: 2007.0032.2094-8/0, DE
FORTALEZA
APELANTE: RAQUEL TAVARES PEREIRA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: FRANCISCO HAROLDO
RODRIGUES DE ALBUQUERQUE
EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO
DE DROGAS. **DOSIMETRIA DA PENA.
PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.
FUNDAMENTAÇÃO COMPROVADA.
REDUÇÃO INDEVIDA. SÚMULA Nº 231 DO
STJ.**

I - A pena-base, fixada acima do mínimo legal, foi devidamente fundamentada pela Juíza a quo, ao esclarecer que assim o fez em virtude da quantidade elevada de droga transportada pela acusada e do maior malefício que causaria à sociedade.

II - Conforme o Enunciado da Súmula nº 231 do STJ, é inadmissível a redução da pena aquém do mínimo legal, em virtude da incidência de circunstância atenuante.

III - Apelo improvido.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

PENA. AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MULTA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. I - A respeito da fixação da pena aquém do mínimo, depois da análise das circunstâncias dos artigos 59, 61 e 65, do Código Penal, o Superior Tribunal Justiça sumulou a questão, declarando: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.'. (Súmula nº 231). Questão já pacificada

nesta Câmara. II - A imposição da pena de multa é decorrência de dispositivo legal penal e, portanto, obrigatória, quando o réu é condenado por crime, no qual há cominação relativa a ela. As questões de isenção ou redução do montante, ou outras possíveis, devem ser discutidas no juízo da execução penal. O mesmo com relação às custas processuais. DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70028603850, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 26/03/2009).

A posição do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

No Tribunal de Justiça de Sergipe tem havido dissensão acerca da matéria, com julgados em ambos os sentidos, datados de épocas distintas, em virtude das diferentes composições da Câmara Criminal. Vejamos:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL
- APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO (ART. 157, §2º, INCISO II, DO CP) - **ATAQUE À DOSIMETRIA PENAL - REPRIMENDA FIXADA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - APLICABILIDADE DO ARTIGO 65, INCISO III, ALÍNEA “D” DO CÓDIGO PENAL** - PREPONDERÂNCIA - PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (ART. 5º, INCISO XLVI DA CF/88)
- CONDENAÇÃO MANTIDA - APELO IMPROVIDO - POR MAIORIA. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0187/2009, 3ª VARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. EDSON ULISSES DE MELO, RELATOR, Julgado em 14/07/2009)

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE MUNICÃO - ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 E ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/2003 - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS

- COMPROVAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - REVISÃO DOS FUNDAMENTOS ATINENTES ÀS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - ATENUANTE DA CONFISSÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO - ARTIGO 65, INCISO III, D, DO CP - APLICAÇÃO - **POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA LEGALIDADE - REDUÇÃO DA PENA DA PRIMEIRA APELANTE - APELO PARCIALMENTE PROVIDO - POR MAIORIA.** (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1273/2010, 1ª Vara Criminal de Socorro, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. EDSON ULISSES DE MELO , RELATOR, Julgado em 03/05/2011)

A posição do Supremo Tribunal Federal

Julgados do Pleno do STF, no sentido de que o juiz fique adstrito ao mínimo da pena em abstrato, na segunda fase dosimétrica, revelam que seu entendimento é, lamentavelmente, conforme a Súmula 231 do STJ.

No entanto, diante da controvérsia constitucional acerca da matéria, em decorrência de decisões divergentes nos Tribunais Ordinários, o Egrégio Superior Tribunal Federal entendeu ser o tema de relevante importância para o universo jurídico brasileiro, elevando a questão à condição de matéria de repercussão geral, conforme julgado abaixo transcrito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. PENA-BASE. FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE EM FACE DE ATENUANTES GENÉRICAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 597.270-QO-RG, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso, reconheceu a repercussão geral do tema

alusivo à fixação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal. Na oportunidade, esta nossa Casa de Justiça reafirmou a sua jurisprudência no sentido da inadmissibilidade da tese quando presentes apenas atenuantes genéricas, e inexistentes causas especiais de diminuição de pena. RE 597.270-2. Agravo regimental desprovido. (643603 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 04/10/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 01-12-2011 PUBLIC 02-12-2011, undefined)

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Admitir a aplicação da circunstância agravante para elevar a pena acima do mínimo legal, sem permitir que as atenuantes reduzam a pena abaixo desse mínimo, é raciocinar com muita dureza, é ter um pensamento respaldado numa construção desumana, alicerçada em um pensamento contrário àquele no qual nossa atual Constituição direcionou os seus comandos (a Dignidade da Pessoa Humana).

A interpretação jurisprudencial não pode, nem deve, ser autoritária ao estabelecer regras de aplicação da pena *contra legem*, já que tanto a incriminação como a pena que cominada devem sempre guardar estreita relação com a defesa de interesses relevantes, segundo lição de Miguel Reale Jr.¹⁶ Tudo isso porque a atuação do intérprete está submissa aos Princípios Constitucionais, não podendo ofender esses relevantes interesses.

Thomas Bustamante¹⁷, em sua obra *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*, admite a superabilidade da norma, já que a pretensão de definitividade, para ele, nem sempre é possível. Se Bustamante entende neste sentido, o presente trabalho defende a total impossibilidade de interpretação *contra legem*. Isto quer significar que a Súmula 231 do STJ representa uma interpretação em desconformidade com os Princípios Constitucionais da Proporcionalidade, da Isonomia e da Legalidade e também está em dissonância com o disposto na norma infraconstitucional, que estabelece em seu art.65 do Código Penal Brasileiro, comando expresso que inadmite interpretação aberta, uma vez que traz em seu texto a expressão “São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena”.

É claramente inconstitucional e ilegal, portanto, admitir que um benefício outorgado ao réu pela Constituição e pela norma infraconstitucional seja desrespeitado por quem, por juramento, deveria aplicar a Lei e a Constituição, conforme preceitua a Lei de Orgânica da Magistratura Nacional:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

(...)

Conforme tratado neste trabalho, resta claro que a *mens legis* do Constituinte de 1988 é a ressocialização do condenado, o que fica evidenciado com a não adoção da pena de morte e da prisão perpétua, pois estas evidentemente negam a ressocialização. Ora, se a Constituição tem como princípio a ressocialização, como conceber apenas e tão somente a aplicação de circunstâncias legais que exacerbem a pena e nunca a reduzam? A lógica do sistema, estabelecida pelo art. 5º, XLVI da CF, nos leva a acreditar que a proposta é no sentido diametralmente oposto: aplicar a pena, nos termos da lei, com o objetivo de viabilizar a efetiva Individualização da Pena, visando a ressocialização do apenado, independente da formação ou carga ideológica do aplicador da lei.

Diante das razões expostas, percebe-se que ao confrontar a Súmula 231 do STJ com o Sistema Penal pós-Constituição de 1988, aquele pensamento jurisprudencial encontra-se dissociado da essência desta Carta, ainda atrelado ao espírito das constituições onde o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Individualização da Pena eram meros comandos enunciativos, quando o Cidadão não representava a razão de ser do Estado Democrático de Direito.

Na obra *Brasil Nunca Mais*, percebe-se claramente a ambiência desse período e qual era o tratamento dado aos encarcerados, de maneira que todo o procedimento era consubstanciado na legislação vigente à época do estado ditatorial. Vejamos:

Num completo desrespeito a todas as garantias individuais dos cidadãos, previstas na Constituição, que os generais alegavam respeitar, ocorreu uma prática sistemática de detenções na forma de

sequestro, sem qualquer mandado judicial, **nem observância de qualquer lei**.¹⁸

É nítido, a partir desta elucubração histórica, que não basta apenas a existência da norma, mas aplicá-la em sintonia com os Princípios Constitucionais. É porque isso que o entendimento sumulado precisa evoluir para uma interpretação conforme os instrumentos jurídicos vigentes. A aplicação da regra jurídica em desrespeito a princípios fundamentais leva, inevitavelmente, a resultados injustos e um sentimento de inconformismo.

O que se espera é que o resultado da aplicação das normas produza julgados moralmente desejáveis e que tenha por fim a realização da justiça. Por isso, acredito na urgente mudança de pensamento dos Tribunais Superiores, no sentido de adequar a sua interpretação no tocante à Individualização da Pena ao sistema jurídico vigente, conformando-a ao texto constitucional, tornando-a compatível com a Dignidade da Pessoa Humana, como já fazem alguns tribunais ordinários.

THE PRINCIPLE OF INDIVIDUALIZATION OF PENALTY IN CONFRONTATION WITH ITS 231 SUMMARY OF STJ

ABSTRACT: This article intends to analyze the Individualization of the Penalty and the possibility of settlement of penalty under the minimum determined by law, from a perspective of Constitutional Human Being Dignity Principle, through other principles such as Isonomy, Proportionality and Legality, all of them included in the 1988 Constitution of Brazil. The explanations are based on the legal Brazilian staff such as the 1998 Constitution of Brazil, other different laws, ordinary and extraordinary court's jurisprudence and also based on Brazilian jurists thoughts. It will be considered the instrument used to individualize the penalty, called The Three-phase System, created by Nelson Hungria and adopted in the Brazilian Criminal Practice. The subject is controversial because the STJ Precedent nº 231 announces a contrary and majority position. This Precedent does not hinder that the ordinary courts decide in a divergent way, therefore it is not a subject of binding abridgement. At the Supreme Court the issue is considered in a high level of importance, called "subject of general repercussion". The purpose of this article is discuss the equivocated

constitutional and philosophical arguments of the STJ Precedent nº 231, considering the 5th article, XLVI of the Brazilian Constitution and the Human Being Dignity, once the penalty aims to reintegrate the guilty to society.

KEYWORDS: Penalty. Individualization. Three-phase System. Constitutional principles. Brazilian Constitution. Penal law. Procedural penal law. Minimum determined by law. Guilty reintegration.

Notas

- ¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ² BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>
- ⁵ ABDERA, Protágoras de. *A verdade*.
- ⁶ DOTTI, Renné Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998.
- ⁷ VICENTE GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*, p.10.
- ⁸ CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLHE, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. Editora Atlas, p.601.
- ⁹ _____. *Todas as Constituições do Brasil*. Editora Atlas, p.207/209.
- ¹⁰ _____. *Todas as Constituições do Brasil*. Editora Atlas, p.127.
- ¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>
- ¹² BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- ¹³ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. Editora JusPodivm, 2009, p.117.
- ¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.638.
- ¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. 2006, p.111-112.
- ¹⁶ REALE JR, Miguel. *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*. Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, v.763, maio 199, p.415.
- ¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. Direito, Estado e sociedade, n. 37, p. 160.
- ¹⁸ ARNS, Dom Paulo Evaristo (org.) *Brasil nunca mais*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996, p. 77.

REFERÊNCIAS

ABDERA, Protágoras de. *A verdade*.
 ALENCAR, Martsung F.C.R.. *O sistema jurídico: normas, regras e princípios*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível na internet via <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>.

asp?id=8628. Arquivo capturado em 6 de maio de 2009.

ARNS, Dom Paulo Evaristo (org.) *Brasil nunca mais*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços* - edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª edição. Cit. pg. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. Direito, Estado e sociedade.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 1971.

DOTTI, Renné Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Normas, regras e princípios: conceitos e distinções*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível na internet via <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>. Arquivo capturado em 03 de maio de 2009.

GONTIJO, André Pires. *A concretização do princípio da individualização da pena: a interpretação evolutiva da lei de crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 980, 8 mar. 2006. Disponível na internet via <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8072>. Arquivo capturado em 29 de abril de 2009.

KROL, Heloísa da Silva. *Possibilidade de aplicação da pena a quem do mínimo na segunda fase da dosimetria da pena*. Disponível na internet via <http://www.paranaonline.com.br/canal/direito-e-justica/news/56611/>.

Arquivo capturado em 04 de maio de 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível na internet via <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>. Acesso em 05 de maio de 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEZADO, Paulo. *Crime hediondo e progressão de regime*. Disponível na internet via http://www.letraselivros.com.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=293. Arquivo capturado em 04 de maio de 2009.

REALE JR, Miguel. *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*. Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, v.763, maio 1999.

Schmitt, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. Editora JusPodivm, 2009.

TORRES, Letícia Assunção. *O princípio constitucional da individualização da pena*. Disponível na internet via <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=470> Arquivo capturado em 29 de abril de 2009.

VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe, Heringer Roxa da. *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. Disponível na internet via http://www.fagundes Cunha.org.br/amapar/revista/artigos/jorge_felipe_inconstitucionalidade.doc. Arquivo capturado em 05 de maio de 2009.

VICENTE GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. 2006.

SUSTENTABILIDADE COMO PARADIGMA DO DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

José Anselmo de Oliveira*

RESUMO: O presente artigo discute o novo paradigma da sustentabilidade como paradigma do direito na pós-modernidade. Analisa também o desenvolvimento sustentável como princípio fundamental inserto na Constituição Federal brasileira de 1988 e seus reflexos nos vários campos de abordagem constitucional, e a sua importância para a interpretação e aplicação do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento sustentável. Sustentabilidade. Paradigma. Pós-modernidade. Princípio constitucional. Meio ambiente.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é cuidar do novo paradigma das ciências e do direito: a sustentabilidade. Razão pela qual optamos inicialmente em tratar do conceito de sustentabilidade.

No capítulo 3, tratamos do paradigma do direito na modernidade para identificar os seus limites e suas razões.

No capítulo 4, a sustentabilidade foi analisada como o novo paradigma da pós-modernidade, e em seguida, verificamos a questão da sustentabilidade à luz da Constituição de 1988 para confirmar a opção dos constitucionalistas brasileiros por este novo paradigma, muito além da nossa prática política e jurídica.

A importância do tema se revela nos desafios que nos esperam para além do plano teórico a motivar uma mudança de atitude e a exigir uma nova forma de compreensão quando da interpretação das normas jurídicas.

*Juiz de Direito do TJSE, titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Professor da Pós-graduação da Faculdade de Sergipe - Estácio. Presidente do Conselho Editorial e Científico da *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Presidente do *Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE* (2010-2011). Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (2009-2011). Autor de livros e artigos jurídicos. Membro da Academia Sergipana de Letras, Cadeira 21. Conferencista e palestrante em eventos jurídicos nacionais e regionais.

2. CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE

O mundo desde que se passou a discutir as questões ambientais em fóruns mundiais passou a definir conceitualmente o que seria a sustentabilidade para atender a exigência da conciliação dos interesses econômicos com os despertados com os graves problemas causados por cataclismas climáticos.

Na expressão de Juares Freitas (2011), a noção de crescimento econômico como estabelecido tradicionalmente por economistas, juristas e políticos, vem sofrendo uma desconstituição por força de uma nova mentalidade intelectual que coloca o crescimento econômico atrelado à questão do equilíbrio e proteção ambiental¹.

A sustentabilidade é conceituada por FREITAS como

“... numa visão jurídico-constitucional é o princípio que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.”²

O conceito proposto por FREITAS passa inequivocamente por uma compreensão sobre a questão dos princípios constitucionais que, apesar de ultimamente ocupar boa parte dos livros e artigos jurídicos, na prática existe uma abissal distância em relação à teoria.

No conceito de princípios frente as normas, vale a lição de ALEXY(2008) quando afirma que normas e princípios tem força normativa, com a diferença que o princípio tem uma força maior, é superior à norma em seu grau de generalidade. Os princípios também do ponto de vista axiológico estão em um patamar superior as normas, devendo estas últimas serem compreendidas a partir dos valores dos princípios.

A presença dos princípios se torna acentuada quando inevitável se torna o conflito entre a norma e o princípio no caso concreto. Podemos afirmar que diante de uma colisão entre a norma ou regra perante um princípio,

este deve prevalecer.

O princípio é fundamento para a interpretação da norma ou regra com base em seu valor. Uma norma ou regra que trate a questão da discriminação em qualquer situação não pode prescindir sobremodo do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade.

A sustentabilidade está presente na Constituição de 1988 como princípio implícito desde o catálogo expresso dos direitos fundamentais até os princípios dos livros específicos como da ordem econômica, por exemplo.

Daí poder se afirmar que a sustentabilidade não é de ordem extrajurídica, ao contrário, está inserta na ordem jurídica constitucional em mais de um dispositivo e é fundamento das normas infraconstitucionais, a exemplo do Estatuto das Cidades e da Legislação Ambiental em vigor.

3. PARADIGMA DO DIREITO NA MODERNIDADE

A modernidade tem seu marco com a racionalidade que enfrenta as chamadas verdades teológicas. O reconhecimento de que a terra não é o centro do universo é a primeira quebra do paradigma até então vigente. A postura cartesiana onde o pensamento é o movel da evolução humana em descompasso com a submissão da vontade divina. O rompimento com o sentido teológico da explicação das coisas e dos fatos da vida.

O motor do mundo até então era o que se tinha construído a partir de uma visão racionalista que embora se fundasse no pensamento aristotélico era reforçado pela filosofia cartesiana e posteriormente kantiana.

Os bens da natureza pareciam até então como capazes de suportar todo um progresso advindo da técnica e do conhecimento da modernidade que passa a exigir mais energia, o que significava mais carvão, depois mais petróleo a partir da descoberta deste combustível, razão de guerras e conflitos entre as nações até hoje.

O paradigma do direito na modernidade está fundado no positivismo jurídico. Na certeza da norma posta como verdade absoluta a exigir dos seus aplicadores a literal expressão do dispositivo legal.

Uma visão que esqueceu da dinâmica da vida, do seu caminhar histórico, da evolução de costumes e culturas. Uma vista grossa ao fato de que o direito não é um fato natural, não é expressão da natureza, ao contrário é produto da cultura, do fazer humano, seus valores, suas crenças e seus objetivos mais imediatos, como já percebia Tobias Barreto no final dos anos oitocentos.

Ainda hoje, em pleno século XXI, o dilema continua em nome de uma pseudo segurança jurídica se aplica o direito de forma literal mesmo que se contrarie um princípio, seja ele de ordem constitucional e, portanto, princípio fundamental, ou mesmo princípio geral de direito.

O direito tem se comprometido de tal modo ao garantir modelos econômicos e ideológicos que além de produto cultural podemos afirmar que o mesmo se fundamenta em valores ideológicos e a partir daí em valores de uma ordem econômica que espelham os paradigmas das ideias políticas que representam.

O constitucionalismo contemporâneo implode este modelo construído na modernidade e passa a exigir uma interpretação que não podem mais se fundamentar no rol dos antigos valores positivistas, e mesmo neopositivistas.

O grande dilema é este. Nem os que formam os futuros operadores do direito e nem mesmo a grande maioria dos operadores atuais perceberam e alguns que perceberam mas não acreditam na possibilidade de um direito além do positivismo clássico e da sua expressão máxima que é a lei.

4. SUSTENTABILIDADE COMO PARADIGMA NA PÓS-MODERNIDADE

A pós-modernidade não é mais uma questão de mera postura ideológica, é exigida por uma nova racionalidade em que a preservação da espécie humana é a última razão. Não faria sentido para o direito e mesmo para qualquer ciência seus dogmas e fundamentos sem o elemento humano.

As ciências são produtos da cultura humana. Uma vez sucumbindo o ser humano na vida do universo, sua cultura morrerá também. Todo o avanço da física quântica ou sub-quântica, ou mesmo as mais recentes descobertas no plano da biologia, da química, de nada valeriam.

Em última análise: sem o ser humano não faz sentido qualquer ciência e seus fundamentos.

Ultrapassada a questão sobre a necessidade da presença humana sobre o planeta Terra, resta atentar para a superação das questões econômicas, filosóficas e políticas que interferem na produção do direito.

Qual a utilidade do direito? Qual a sua finalidade?

Esclareça-se que o direito não se limita as questões econômicas, filosóficas ou políticas, porém com elas, produtos da cultura da sociedade, nada mais natural que influenciem na construção do direito enquanto produto da cultura humana.

Toda e qualquer sociedade tem seu conjunto de regras que orientam o comportamento dos seus membros. Regras que passam pela legitimação via aceitabilidade dos membros da sociedade. Assim, o direito, enquanto conjunto de normas e regras que orientam a todos nós em nossa prática social, após o processo de legitimação. Nos Estados Democráticos pela via da elaboração legislativa através dos nossos representantes devidamente eleitos.

O direito, portanto, tem um papel utilitarista na medida em que se torna instrumento das escolhas daquela sociedade que adotara um conjunto de regras e normas. E a finalidade do direito é atender os valores expressos por determinada sociedade e que serão veiculados através das normas legais.

Decerto, esse é um recorte entre os sentidos das expressões “direito” e “normas” para melhor compreensão do tema abordado.

Portanto, diante de valores como a garantia da vida humana sobre o planeta Terra, a preservação do meio ambiente e dos biomas terrestres e marítimos como forma de garantir o desenvolvimento econômico sustentável, ou seja, que permita de maneira equilibrada e preservacionista possa explorar a natureza.

Na quadra atual, o sentido de preservação da própria espécie humana é uma questão do interesse da economia, diga-se de passagem, os maiores responsáveis pela exploração irresponsável hoje são os maiores interessados: os países mais desenvolvidos do ocidente.

Assim, os países, independentemente do seu estágio de desenvolvimento, não podem deixar de pensar sobre o tema meio ambiente pois correm o risco de não sobreviverem se os limites da exploração não forem observados. Aqui, entra o direito. Não apenas como ordenador e organizador do comportamento de todos nós, mas e principalmente como instrumento de garantia da nossa preservação.

A questão ambiental, como se vê, não é um problema do direito, antes passa a substituir um outro valor considerando então fundamental, o desenvolvimento em si na modernidade.

A sustentabilidade foi erigida por meio de um amplo e generalizado reconhecimento dela não apenas como fator de um novo desenvolvimento, mas como paradigma mesmo da pós-modernidade.

Todos os eventos atuais em qualquer dimensão das atividades humanas passam pela análise da sustentabilidade, o que antes era preocupação de áreas limitadas do conhecimento hoje se torna ignorante quem não conhece o novo paradigma.

Empreendedores, financistas, estadistas, profissionais da saúde e de tantos outros campos desde as ciências sociais até as ciências tecnológicas reconhecem que o paradigma da sustentabilidade é fundamental nas análises de projetos e pesquisas.

No direito, a sustentabilidade não pode ficar limitada a um conceito jurídico indeterminado. Deve, ao contrário, se tornar paradigma que se espalha por todos os ramos do direito, como se verifica na própria Constituição brasileira de 1988 quando encontramos a sustentabilidade como fundamento e objetivo do Estado brasileiro além de princípio a nortear o desenvolvimento econômico.

Para JUAREZ FREITAS (2011) a sustentabilidade tem natureza multidimensional e pode ser definida como material e imaterial, assim dado claramente a sua natureza também axiológica evita que o sentido material se limite ao paradigma da insaciabilidade patrimonialista e plutocrática³.

A sustentabilidade é pluridimensional não se limitando ao viés social, ambiental e econômico, a estas dimensões, sem uma rigorosa hierarquia, somam-se as dimensões ética e a jurídico-política.

5. SUSTENTABILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O direito brasileiro com a Constituição de 1988 ingressa na pós-modernidade jurídica ao enfrentar temas que até então não figuram como preocupações dos juristas e, em especial, dos constitucionalistas.

Um desses temas é sem dúvida a questão do desenvolvimento sustentável a partir do reconhecimento do direito fundamental a um meio ambiente saudável para as gerações atuais e futuras.

O art. 3º, inciso II e III, da CF, o desenvolvimento sustentável é erigido a objetivo fundamental do Estado brasileiro objetivando a redução das desigualdades sociais e regionais. Impossível cumprir o objetivo constitucional sem uma reconceituação de desenvolvimento e sustentabilidade.

O Estado brasileiro tem a obrigação de tratar o desenvolvimento de forma planejada por força do art. 174, § 1º, da CF, e integrada como se depreende dos demais dispositivos constitucionais, a exemplo dos arts. 192, que trata do sistema financeiro nacional; 205, que trata da educação visando o desenvolvimento pleno da pessoa humana. Os arts. 218 e 219, o primeiro ao cuidar do desenvolvimento tecnológico e científico, e o segundo,

focando na ideia de que o mercado interno tem que se preocupar com o desenvolvimento sustentável, na dimensão socioeconômica, e na perspectiva do valor expresso como objetivo da República brasileira.

Há um entrelaçamento dos dispositivos constitucionais cuja exegese nos leva a uma afirmação de que o desenvolvimento sustentável é um princípio constitucional que findado na ordem econômica e financeira no art. 170, VI, quando eleva a defesa do meio ambiente a fundamento das atividades econômicas e financeiras, somando-se ao disposto no art. 225, da CF, com o desdobramento em princípio, o meio ambiente e serve de instrumento para garantir às gerações futuras um meio ambiente equilibrado.

6. CONCLUSÃO

O Brasil desde o debate constituinte em 1987 teve como valor a ser considerado o meio ambiente, fruto de um discurso da pós-modernidade e que resultou numa opção que se manifesta concretamente como princípio fundante do Estado brasileiro.

O desenvolvimento sustentável é valor a ser perseguido por todos os povos, é um novo paradigma não somente para o direito mas para todos os campos do conhecimento.

O desafio é a implementação de uma nova ideia e conceito sobre o desenvolvimento que enfrenta o desafio de contrariar dogmas e conceitos especialmente capitalistas e consumistas.

Impossível conciliar o novo paradigma do desenvolvimento sustentável com o velho paradigma do desenvolvimento sem responsabilidades com o futuro das novas gerações. Com certeza haverá um impacto cultural severo, pois teremos que nos ajustar não somente na pífia noção de preservação que até em então vigorava para um modelo onde a precaução e a prevenção se tornem efetivas na defesa do meio ambiente de maneira homeostática, como diz FREITAS(2011)⁴.

O futuro é agora. O novo paradigma já está em vigor e se deve considerar sempre na análise e nas decisões judiciais. Os juízes e os tribunais podem fazer uma grande diferença ao reafirmar o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável dando concretude ao texto constitucional vigente.

SUSTAINABILITY AS PARADIGM OF THE RIGHT IN POST-MODERNITY

ABSTRACT: This article discusses the new paradigm of sustainability as a paradigm of law in post-modernity. It also looks at sustainable development as a fundamental principle insert in the Constitution of 1988 and its consequences in many areas of constitutional approach, and its importance for the interpretation and application of law.

KEYWORDS: Sustainable development. Sustainability. Paradigm. Postmodernity. The constitutional principle. Environment.

Notas

¹ In “Sustentabilidade Direito ao Futuro”, pag. 30. FREITAS, Juarez. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011.

² Idem. Ibidem. Pag. 51.

³ Idem ibidem pags. 53 e segs.

⁴ Idem ibidem pág. 32.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag em 2006. São Paulo: Malheiros editores, 2008.
- CUNHA, Maria Lourdes da. GOUVEIA, Lene Revoredo. Orgs. *A ética como fundamento dos projetos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 1. ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: SRS Editora, 2009.

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Patrícia Cunha Barreto de Carvalho*

Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar**

RESUMO: A adoção de uma estratégia punitivo-repressiva pela Lei Maria da Penha resultou na abolição de toda e qualquer forma de diálogo entre vítima e agressor, descartando sobremaneira a restauração dos laços familiares e sendo, inclusive, por muitas vezes, desproporcional à agressão inquinada. A busca de soluções consensuais, mediante o emprego de uma Justiça Restaurativa, a exemplo da Mediação, de forma complementar/preventiva e saneadora de situações menos gravosas, não abarcadas pelos tipos penais já existentes, poderiam conferir uma resposta mais adequada às questões de família, já que nestes conflitos se permeiam outros aspectos que não se restringem ao fato, sobretudo no que concerne ao plano emocional.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Violência Doméstica. Justiça Restaurativa. Mediação. Direito Penal como *ultima ratio*.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/2006, intitulada “Lei Maria da Penha”, tem por objetivo

* Magistrada em Sergipe. Bacharela em Direito graduada pela Universidade Federal de Sergipe (1998). Pós-graduada no Curso de Especialização *latu sensu* em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2007). Pós-graduada no Curso de Especialização em Ciências Penais – UNISUL/IPAN/LFG (2007/2008). Formada pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe – ESMESE - (VIII - 2008). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe – FASE (2009). Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*, editado pela EVOCATI, 2008. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP- ESMESE (2009/2012) Professora de Deontologia Jurídica, Ética e Código de Ética da Magistratura – ESMESE/MARCATO (2010/2012). Mestranda em Direito, com foco em estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade, pela Universidade Federal de Sergipe – UFS (2011/2012).

** Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Processo Civil pela *Jus Podvim*. Advogada. Professora universitária da Fase-Estácio, Fanese e Universidade Federal de Sergipe. Coordenadora da Escola Superior de Advocacia de Sergipe (ESA).

precípua a superação da desigualdade entre o homem e a mulher, visando à preservação de uma categoria de gênero, em que o ser mulher não se limita ao sexo biológico, mas se refere ao modo de ser, ao estilo e modo de condução de vida, a fim de desnaturalizar as construções socioculturais que engessam os papéis do feminino e do masculino nas diferenças biológicas.

A violência de gênero é praticada contra a mulher no âmbito do processo histórico de dominação masculina, o qual visa submetê-la às regras de uma cultura patriarcal.

A legislação em apreço se propôs a criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, buscando uma nova identidade do sujeito constitucional, almejando-se a igualdade material, fundamento que a legitima e traduz a sua constitucionalidade.

Contudo, com a sua edição, prevaleceu uma estratégia de cunho repressivo-penal como mecanismo de solução de tais conflitos, apesar da previsão de vários institutos e programas que, se fossem verdadeiramente implementados, na prática, poderiam conferir maior efetividade e adequação.

2. DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

É certo que o direito penal, tão-somente, ao abarcar uma política criminal punitivo-repressiva, não satisfaz às demandas da vítima no tocante à efetividade de seus direitos, sobretudo quando está dissociado de uma estratégia promocional, com a efetivação de políticas públicas e instrumentos correlatos, a exemplo de programas assistenciais e equipe multidisciplinar.

O direito, sobretudo o direito penal, o qual deve ser utilizado como *ultima ratio*, não pode prevenir e até mesmo remediar a violência doméstica de forma isolada e estanque. Além disso, devem ser oferecidas respostas diferenciadas, segundo a gravidade da violência perpetrada.

Deve se perquirir, portanto, acerca da resposta mais adequada a este tipo de violência, pois, se o sistema jurídico permanece indiferente perante as solicitações e necessidades da mulher e somente apresenta punição repressivo penal de seu cônjuge ou companheiro, a qual não implicará qualquer melhoria na convivência doméstica, haverá verdadeira decepção e falta de alcance dos verdadeiros objetivos das ações afirmativas.

De qualquer forma, a promulgação da Lei Maria da Penha representa um marco muito importante no combate à violência doméstica contra a mulher, já que este diploma legal buscou soluções concretas para o seu combate.

A tentativa consistiu em uma mudança de mentalidade cultural, a qual também poderia ser alcançada mediante uma política pública mais eficaz em relação à educação de gênero.

A lei resultou de um anseio social que não mais se conformava com o tratamento dado às questões da violência em tela nos Juizados Especiais Criminais, radicalizando e recrudescendo por completo o sistema punitivo correspondente.

Contudo, ignorou peculiaridades em relação à vítima e aos agressores, descartando a restauração dos laços familiares e utilizando tão-somente a pena como resposta.

O advento da lei em questão aboliu toda e qualquer forma de diálogo entre vítima e agressor, apesar de tal prática ser adotada em tempos de outrora nas delegacias da mulher, locais que, sem dúvida alguma, revelam-se inadequados para tal desiderato.

Além disso, vale ressaltar que a adoção pura e simples de uma política punitivo-repressiva não satisfaz de modo algum a restauração dos laços familiares, sendo por muitas vezes, inclusive, desproporcional à agressão inquinada.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, na ADI 4424, em 09/02/2012, que a ação penal prevista pelo artigo 16 da Lei 11.340/2006 deve prescindir de representação da vítima, revestindo-se de incondicionalidade.

Em idêntica linha de pensamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em 24 de março de 2011 declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/2006.

De acordo com o dispositivo em comento, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95 e, conseqüentemente, os seus institutos despenalizadores, tais como a suspensão condicional do processo.

Os julgados referidos visam garantir à mulher maior proteção em relação à igualdade consubstanciada na Constituição Federal.

Realmente, como outrora destacado, tais decisões estão em total consonância com o espírito de criação da lei, especialmente no tocante à mudança cultural de pensamento em relação ao gênero.

Entretanto, é notório que o caminho adotado desemboca sempre em uma política punitiva e repressiva penal, não sendo possibilitado qualquer outro tipo de solução fora desta esfera e ainda sem considerar o grau da violência perpetrada a fim de averiguar a proporcionalidade da resposta a ser conferida.

4. BREVE HISTÓRICO ACERCA DA MEDIAÇÃO

A etimologia da palavra mediação, do latim *mediatio onis* nos reporta ao seu atual sentido de intercessão, intervenção, interposição¹. A técnica da mediação nasceu no Oriente e sempre fez parte da cultura do povo judeu, dos chineses e japoneses. No mundo ocidental, ela surge na segunda metade do século XX, resultado de dois movimentos surgidos na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, que focavam a resolução extrajudicial de problemas familiares, tais como o “Parents for ever”, nos Estados Unidos, em torno de 1975 e a entidade “Family Mediators Association”, em 1988, na Inglaterra².

Mas foi a Harvard Law School a responsável por construir e difundir a fundamentação teórica da mediação como um método alternativo de resolução de conflitos, cuja premissa seria o acordo entre as partes, sem se ater aos aspectos tangenciais do conflito.

Hodiernamente, a mediação é largamente utilizada também na França, no Canadá, Austrália, Argentina, dentre outros países, sendo que na Argentina, a Lei n. 24.573/1995 inseriu a mediação com etapa obrigatória para ajuizamento de ações judiciais, o que rendeu muitas críticas por ter revelado uma finalidade não essencial da mediação: a redução na demanda judicial, pondo em xeque, inclusive, o acesso à Justiça naquele país.

No Brasil, o que mais se aproxima da mediação, como meio alternativo de resolução de conflitos, é a arbitragem, regulamentada pela Lei n° 9.307/96, a qual possui princípios e regras próprias por ser utilizada nos negócios jurídicos eminentemente econômicos e de abrangência internacional, por vezes, e no Código Civil, o contrato de mediação muito se assemelha ao objetivo do instituto, porém com nuances específicas daquele negócio jurídico.

A prática da mediação nas relações familiares, como um método alternativo de resolução do conflito, tem se revelado um poderoso e eficaz instrumento de pacificação de conflitos familiares por não focar na busca do acordo, o qual pode ou não ocorrer, mas sim no restabelecimento do

diálogo entre os conflitantes, estimulando-os a desenvolver a capacidade de resolução eficaz dos problemas, com o enfrentamento das causas para assim dissolver o conflito instalado.

Ressalte-se que tal alternativa somente seria aplicável em casos prematuros, quando identificadas certas situações de menor gravidade que apontem para o desenvolvimento da violência doméstica e familiar de forma progressiva.

A própria Lei n. 11.340/1996, ao anunciar que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, possibilitou que a mediação fosse utilizada nos casos de violência doméstica, no seu estágio primário, como forma de prevenção do agravamento da situação conflituosa e comprometedora da saúde e paz familiar.

Embora o consenso seja de não restringir a prática da mediação, há vozes no sentido de que o processo de mediação só seria aplicado nos casos de conflitos familiares sem violência doméstica, a impedir que as situações tratadas pela Lei Maria da Penha pudessem ser a técnica de mediação extrajudicial.

Eduardo José Cárdenas³ aponta que a mediação familiar pode ser utilizada com eficácia para resolver os problemas decorrentes da separação de um casal, relativos aos filhos e aos bens; para solucionar as dificuldades que surgem com a formação das famílias recompostas; para solver os conflitos nas relações entre pais e filhos, em geral problemas de convivência; e nos casos de violência entre o casal.

Reputa-se mais acertada a doutrina que amplia as hipóteses nas quais se possibilite a mediação, afinal se o mediador se deparar com um caso grave de violência nada impede que ele encaminhe para as autoridades competentes, encerrando assim a técnica naquela situação específica, algo que é muito diferente de impedir aprioristicamente a mediação em casos de violência doméstica, quando há casos em que essa conduta é interrompida após o restabelecimento do diálogo e do entendimento mútuo.

5. APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Verifica-se, em certa medida, a ocorrência de um retrocesso com o advento da legislação, já que foi abolida toda e qualquer forma de diálogo entre vítima e agressor.

Diante da resposta penal, quando necessária e definida como um instrumento de *ultima ratio*, realmente, não existe qualquer alternativa interpretativa em relação à adoção da ação pública incondicionada e também acerca da impossibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo, pois, neste nível, de sistema penal, não se admite qualquer possibilidade de negociação em detrimento do espírito da legislação, a qual visa preservar a igualdade material.

Contudo, vislumbra-se que a busca de soluções consensuais, mediante o emprego de uma Justiça Restaurativa, de forma complementar/preventiva e saneadora de situações menos gravosas, não abarcadas pelos tipos penais já existentes, poderiam conferir uma resposta mais adequada às questões de família, já que nestes conflitos se permeiam outros aspectos que não se restringem ao fato, sobretudo no que concerne ao plano emocional.

Tal alternativa poderia corresponder, de forma mais propícia, aos anseios da vítima, agressor e da família envolvida neste tipo de conflito, a fim de conferir maior efetividade e adequação.

A exemplo da mediação, baseada na análise conjunta de um operador do direito e de um psicanalista, sem prejuízo de outros profissionais qualificados como mediadores, seguindo um modelo conciliatório peculiar, munido de características imprescindíveis, tais como a neutralidade, confidencialidade e imparcialidade.

Diferentemente da conciliação, vítima e réu quando submetidos a este procedimento dialogam e procuram soluções que atendam aos seus interesses particulares, desprezando-se a primazia do Estado em relação à punição e apoderando a vítima, muitas vezes relegada quando da tomada de suas próprias decisões.

6. CONCLUSÃO

A mediação aplicada de forma prematura seria uma forma de não se adentrar na esfera penal, a qual seria utilizada tão-somente para os casos em que realmente não haja mais qualquer solução viável para a reestruturação familiar, cabendo-lhe a pena como única alternativa, em prol da preservação da igualdade material da mulher perante o sistema patriarcal.

O Estado, quando diante da seara penal, assume totalmente o *jus puniendi*, embora tal posição “centralizadora e verticalizante” seja também objeto de críticas.

Conforme enfatiza Zaffaroni:

“A atual configuração do sistema penal, por ser proveniente dos albores da revolução mercantil e da formação dos estados nacionais, provoca o desaparecimento dos velhos mecanismos de solução entre partes em confronto, produzindo-se a expropriação dos conflitos (dos direitos da vítima), assumindo o soberano o lugar de “única vítima” e convertendo todo o sistema penal em um exercício de poder verticalizante e centralizador”⁴.

Em suma, a mediação deve ser vista como um instrumento complementar ao direito penal, de forma preventiva, dependendo da análise do caso concreto, sendo este apenas utilizado como *ultima ratio*, para a resolução dos conflitos que envolvem a violência e a criminalidade de gênero na contemporaneidade, com esteio principalmente nos modelos de Justiça Restaurativa, a fim de conferir maior efetividade quando da resolução da violência doméstica e familiar contra a mulher, propiciando, sobremaneira a sua contenção.

MEDIATION AS A TOOL FOR RETENTION OF THE DOMESTIC VIOLENCE

ABSTRACT: The adoption of a strategy repressive-punitive for the Law Maria da Penha abolished all and it forms anyone of dialog between victim and aggressor, discarding exceedingly the restoration of the familiar knots and when times are, inclusive, for great, disproportionately to the inquinated aggression. The search of agreed solutions, by means of the job of a Justice Restaurativa, in the complementary / preventive form and saneadora of less annoying situations not comprised by the already existent penal types, they might check an answer more appropriate to the questions of family, since in these conflicts there are permeated other aspects that are not restricted to the fact, especially in what it concerns the emotional plan.

KEYWORDS: Law Maria da Penha. Law 11.340/2006. Domestic Violence. Justice Restaurativa. Mediation. Penal Right as it finalizes ratio.

Notas

¹ HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1262.

² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *Mediação familiar: princípio, meio e fim para a pacificação de conflitos*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Recife: UFPE, 2010.

³ CÁRDENAS, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*. Buenos Aires: Lumen, 1999, p. 11.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª edição, Rio de Janeiro, 2010, pág. 152.

BIBLIOGRAFIA

CÁRDENAS, Eduardo José. *La mediación en conflictos familiares*. Buenos Aires: Lumen, 1999.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *Mediação familiar: princípio, meio e fim para a pacificação de conflitos*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Recife: UFPE, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. edição, Rio de Janeiro, 2010.

SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato C. P. e Pinto, Renato S. G. (orgs.). *Justiça restaurativa* (Brasília. DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2005.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*/Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi... posso contar - Maria da Penha*. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.

IORELLI, José Osmir. *Psicologia jurídica - José Osmir Fiorelli, Rosana Cathya Ragazzoni Mangini*. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas das perspectivas dos direitos humanos*. Disponível em www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124

IZUMINO, Vânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*. 2. Ed. São Paulo: Anna Blume, 2004.

IZUMINO, Vânia Pasinato. *Delegacias de defesa da mulher e juizados*

especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça, disponível em: www.nevusp.org/downloads/down082.pdf

PINTO, Ronaldo Batista e CUNHA, Rogério Sanches. *Direito de família – A Lei Maria da Penha e a não-aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10238>.

BIANCHINI, Alice. MAZZUOLI, Valério. *Controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> - 09 de março de 2011.

ADAPTABILIDADE NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Arnaldo de A. Machado Júnior*

Dheborá Mendonça de Cerqueira**

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo a análise da adaptabilidade do procedimento às particularidades da causa, fenômeno abordado no anteprojeto e projetos do novo Código de Processo Civil brasileiro. Inicialmente, cuida-se de entender o processo em sua evolução histórica (fases metodológicas) para, em seguida, adentrar especificamente ao tema da adaptabilidade, tanto no Brasil, como em outros países. A busca pela celeridade processual em conjunto com a qualidade da prestação jurisdicional reclama a utilização de novos métodos no deslinde judicial das controvérsias. Dessa forma, a adaptabilidade se mostra como uma dentre as várias propostas que visam à efetivação dos fins pretendidos com a elaboração do novo código. Apenas pode ser aplicada, no entanto, quando necessária para aperfeiçoar a tutela do bem jurídico e efetivar as garantias processuais, objetivos consentâneos com a atual fase do neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.

PALAVRAS-CHAVE: Adaptabilidade. Procedimento. Novo Código de Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO

Enfrentar as razões da morosidade judicial – e combatê-la – foi o principal objetivo da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil que fora instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009, no final de setembro de 2009. Partiu-se da premissa de que justiça tardia é justiça denegada, de modo que se tentou formular um código que observasse a duração razoável

* Advogado, Especialista e Mestre em Direito Processual Civil, professor da graduação em Direito da UFS, Estácio Fase e Fanese.

** Acadêmica do 7º período do curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

do processo, habilitado dessa forma a prestar a tutela do bem jurídico em tempo adequado.

A comissão de notáveis, capitaneada pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, lançou mão de um estudo acurado do direito processual alienígena, com a finalidade de elaborar um código de processo simples e eficiente, célere e garantista, produtor de processos e procedimentos realmente justos, sob o ponto de vista constitucional.

Após inúmeras reuniões e diversas audiências públicas em todo o país, o anteprojeto do novo Código de Processo Civil foi concebido e entregue ao Presidente do Congresso Nacional, Senador José Sarney, no dia 08 de junho de 2010. O anteprojeto transformou-se no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, devidamente aprovado, após a inclusão de alguns substitutivos ao texto originário. Chegando à Câmara dos Deputados, transformou-se no Projeto de Lei nº 8.046/2010, pendente de diversas diligências e audiências públicas, já deferidas, sinalizando que o debate legislativo na aludida Casa em torno do novo Código de Processo Civil ainda levará algum tempo para ser concluído.

Como não podia ser diferente, a elaboração de um novo Código de Processo Civil desperta preocupação em todos os setores da sociedade, sobretudo entre os operadores do direito. Diuturnamente estudiosos do direito processual civil têm contribuído com a ciência processual, através da publicação de valorosos trabalhos científicos. Todavia, pela própria natureza e grandeza do direito processual civil, há pontos importantes pendentes de uma maior reflexão.

Seguindo essa linha de raciocínio, o presente artigo jurídico tem o objetivo de trazer à baila questões relevantes que envolvem a compreensão do direito processual civil contemporâneo, dando especial ênfase à possibilidade, segundo o anteprojeto do novo Código de Processo Civil e os projetos de lei correlatos, de o magistrado adaptar (adequar) o procedimento às particularidades da causa, desde que atendidas algumas condições previstas em lei.

2. LINHAS EVOLUTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL

Para uma melhor compreensão acerca do tema, e de suas nuances, torna-se necessário, inicialmente, transitar pelas linhas evolutivas do direito

processual, consistentes em diferentes formas de ver a jurisdição, a ação e o processo ao longo da história, componentes reconhecidos da trilogia estrutural do direito processual.¹

Tradicionalmente, quando se estuda as linhas evolutivas do direito processual, citam-se três etapas: a) imanentismo, sincretismo, praxismo ou procedimentalismo; b) científica, da autonomia ou processualismo; c) instrumentalidade. Atualmente há forte respaldo doutrinário em defesa de uma quarta fase ou linha, denominada neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.

A primeira linha, predominantemente denominada imanentismo, envolveu um momento em que sequer era devido falar em direito processual, já que não havia ciência processual. Existia, em verdade, uma confusão entre os planos material e processual. O processo, nesta fase, era secundário, adjetivo, consequencial, uma vez que o próprio direito material (principal, originário, substantivo), quando violado, trazia consigo a ação.²

A ação (direito material em movimento) era movida por uma sucessão de atos (procedimentos), concebidos como verdadeiros apêndices do direito material. Nesse toar, ao abordar sobre a teoria imanentista (civilista) da ação, destaca Neves³: “É evidente que na teoria imanentista não existe direito de ação sem existir direito material, até porque se trata do mesmo direito em diferentes estados (estático e em movimento)”. As formas eram inclusive estudadas pelos juristas que estudavam o direito civil. Não existiam processualistas, mas tão somente civilistas.

Não se tinha conhecimento da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica material, que de regra liga os sujeitos do processo. O processo, enquanto conjunto de formalidades para a atuação do *direito substantivo*, era um *direito adjetivo*. Contudo, contemporaneamente, consideram-se ultrapassadas essas denominações, por conta da precisão científica já alcançada pelo direito processual.⁴

Essa fase perdurou até o século XIX, quando os alemães passaram a especular especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, fazendo surgir a linha evolutiva científica.

A fase científica, influenciada sobremaneira pelo racionalismo característico do iluminismo, teve como divisor de águas a publicação em 1868 da obra *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, do alemão Oskar Von Bülow, que trouxe uma contribuição imensurável para o desenvolvimento da ciência processual. Por meio dela, o processo fora

apresentado de forma autônoma ao direito material, convertendo-se de apêndice do direito material em uma relação jurídica que obedeceria a pressupostos próprios de existência e validade, proporcionando, desse modo, o reconhecimento do processo como ciência autônoma (direito processual).

A título de contribuição, menciona-se passagem da aludida obra de Bülow⁵:

O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum.⁶

Essa fase foi responsável pelas grandes construções conceituais do direito processual, a exemplo dos estudos sobre a ação, jurisdição, processo, pressupostos processuais, coisa julgada etc., que alicerçam a teoria geral do processo ainda hoje. No cenário acadêmico não foi diferente, vez que, por meio de uma compreensão científica do direito processual, o seu estudo passou a ser fomentado por grandes processualistas também nas universidades de direito, o que só contribuiu para o aprimoramento da ciência processual ao longo do tempo. Diante disso os cursos de direito passaram a incluir em suas grades curriculares disciplinas de direito processual. Essa fase ancorou-se no positivismo jurídico, tecnicismo e codicismo, este muito bem representado pelo Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão), que entendia o ordenamento jurídico a partir de uma suposta completude do direito objetivo.⁷

Deixou-se de enxergar o processo como meio de satisfação exclusiva dos interesses das partes, para também compreendê-lo como veículo de pacificação social de conflitos. O resultado da relação jurídica processual passou a interessar também ao Estado. Não mais se confundia a natureza jurídica do direito material com a do direito processual, tendo em vista que

aquele é eminentemente privado, enquanto este, tutor de interesses estatais, passou a integrar o Direito Público.

O juiz aparece como vértice de uma relação jurídica processual angular (ou triangular), acima das partes. Isso porque o processo, enquanto ciência autônoma e vinculada ao direito público, desenvolve-se por meio de uma relação assimétrica entre indivíduo (jurisdicionado, partes) e Estado (Estado-juiz, magistrado).⁸

Compreende-se o processo sob a ótica da teoria dualista, segundo a qual o processo é um instrumento de realização do direito objetivo. O direito material ditaria regras abstratas, que se tornariam concretas por meio do processo, forte na subsunção (enquadramento do caso concreto à norma legal). O agir do magistrado não teria qualquer natureza criativa, mas apenas de realização do direito já previsto, positivado.⁹

O maior defensor da teoria dualista foi Chiovenda¹⁰, o qual destaca: “O processo civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”.

Creditava-se ao Estado-Juiz, enquanto veículo para que o processo realize o direito objetivo¹¹ no plano concreto, a possibilidade de solucionar todos os tipos de conflitos sociais. Compreendia-se que a legislação tinha aptidão para prever todas as hipóteses de contendas interpessoais. A título de exemplo, citam-se alguns brocardos jurídicos utilizados até hoje, que bem simbolizam esse momento pretérito da evolução do direito processual: *da mihi factum dato tibi ius* (dai-me os fatos, que te darei o direito); e *iura novit curia* (o juiz conhece o direito).

Esse período se caracterizou também pelo surgimento de processualistas de relevo, que muito contribuíram para a fixação dos alicerces da ciência processual, como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Tulio Liebman, na Itália; Oskar Von Bülow, Adolf Wach, Leo Rosenberg e James Goldschmidt, na Alemanha; Jaime Guasp, na Espanha; Alfredo Buzaid, Lopes da Costa e Moacyr Amaral Santos, no Brasil.

Acontece que, apesar dos altos níveis técnico-dogmáticos atingidos na fase científica, o conteúdo das decisões e a efetiva produção de justiça permaneciam falhos. O sistema processual necessitava aprimorar o seu papel deontológico, com o objetivo de construir uma lógica jurídico-processual apta a proporcionar resultados práticos desejados, justos. É então que surge, por volta de meados do século XX, a terceira fase metodológica do direito processual, denominada instrumentalidade.

Dedica-se agora o processualista a buscar meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional e torná-la mais segura e célere. A segurança, protagonizada pelo devido processo legal, alicerça-se no contraditório e na ampla defesa; enquanto a celeridade toma por base a eliminação dos formalismos inúteis que permeiam a ciência processual. Entende-se que o titular do direito material tem direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, de modo que a resposta jurisdicional possa se aproximar do que se compreende por justiça.¹²

A fase da instrumentalidade fora bem articulada em nosso ordenamento jurídico por Cândido Rangel Dinamarco, por meio de sua obra *Instrumentalidade do Processo*, que sublinha com maestria os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo. O processo passou a se importar, de maneira irrefutável, com o resultado alcançado pelo jurisdicionado. Essa fase foi responsável por uma releitura do direito processual, desta vez voltada para a realização do direito material, sendo inclusive fonte de inspiração das reformas processuais que se fizeram presentes nos últimos anos em nosso ordenamento jurídico, a exemplo da criação da Tutela Antecipada, do sincretismo processual entre as fases de conhecimento e execução etc.¹³

O processo como instrumento serve ao Estado com vistas a alcançar os seus escopos. Auxilia a pacificação social, com a justa decisão dos conflitos de interesses, e promove a educação para o reconhecimento e respeito aos direitos próprios e alheios (escopos sociais); preserva a liberdade e a autoridade do ordenamento jurídico (escopos políticos); e faz atuar a vontade concreta do direito material posto (escopo jurídico).

O processo deixa de ser indiferente ao direito material (visão introspectiva), e passa a se preocupar com o resultado da prestação jurisdicional, do ponto de vista do jurisdicionado, do detentor do direito material. As conquistas científicas são preservadas, ocorrendo apenas uma releitura de diversos institutos, a exemplo do formalismo processual¹⁴, de modo que o objetivo do processo não esteja nele mesmo, mas sim na realização do direito material no plano concreto.

O direito processual é concebido como um mecanismo a serviço da prestação jurisdicional efetiva. A tônica da atuação jurisdicional passa a ser “julgar bem e depressa”. Sobre o conteúdo da tutela jurisdicional, merece destaque passagem de Pérez¹⁵:

El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el

acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en um plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.

Todavía, ainda que defenda os escopos sociais, políticos e jurídicos, Cândido Dinamarco, ao que nos parece, não enxerga possível ao juiz, por intermédio do direito processual, consoante necessidades do caso concreto, complementar o direito objetivo,¹⁶ conforme:

(...) o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça. Não tem, contudo, salvo em situações teratológicas, o poder de alterar os desígnios positivados pelo Estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe pareçam desequilibradas (...).¹⁷

Sem sombra de dúvidas, o maior expoente dessa fase é o italiano Mauro Cappelletti¹⁸, destacando-se no Brasil os juristas José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco.

Já a fase metodológica atual, denominada neoprocessualismo, desenvolvida a partir do pós-Segunda Guerra, mantenedora das conquistas da instrumentalidade, é legatária de todas as mudanças proporcionadas pelo neoconstitucionalismo. No Brasil, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo surgiu com a Constituição Federal de 1988.

Essa linha evolutiva pauta-se em pontos relevantes do pensamento jurídico contemporâneo, quais sejam: força normativa da Constituição, teoria dos princípios (o princípio deixa de ser técnica de integração e passa a ser espécie de norma jurídica), transformação da hermenêutica jurídica (papel normativo e criativo da atividade jurisdicional - princípio da

proporcionalidade - métodos de concretização dos textos normativos, que passa a conviver com a subsunção - técnica legislativa das cláusulas gerais) e expansão e consagração dos direitos fundamentais (teoria geral dos direitos fundamentais - dignidade da pessoa humana).¹⁹

Como bem destaca Didier²⁰:

Examinadas isoladamente, essas características podem parecer não ser grande novidade: em países diversos, em momentos históricos diversos, uma ou outra aparecia no pensamento jurídico e na prática jurídica. Talvez o que marque este momento histórico seja a conjunção de todas elas, que vem inspirando doutrinadores em inúmeros países.

Não existe ainda uma conceituação precisa para o neoconstitucionalismo. Entretanto, infere-se que seu nascimento decorreu da necessidade de se exprimir algumas qualificações que não poderiam ser devidamente explicadas pelas conceituações vigentes até então. Nessa linha de raciocínio, enquanto o caráter ideológico do constitucionalismo clássico era apenas limitar o poder (divisão de poderes), o caráter ideológico do neoconstitucionalismo reside na concretização dos direitos fundamentais.²¹

Os postulados do neoconstitucionalismo foram também aplicados ao estudo do direito processual, de modo que hoje já não é novidade ouvirmos falar em direito fundamental de acesso à justiça, ao contraditório etc. Essa mudança é tão significativa que tem proporcionado uma releitura de vários princípios constitucionais do processo, a exemplo do devido processo legal, que dialoga com o denominado devido processo legal substantivo, e do contraditório, que por sua vez dialoga com o contraditório efetivo, responsável também, salvo melhor juízo, pelo surgimento de outro princípio: cooperação ou colaboração.

A construção de técnicas processuais destinadas a extrair a maior utilidade possível de cada processo, visando sempre a um resultado efetivo, adequado e célere (processo justo), tem sido a tônica do direito processual contemporâneo. Ao contrário do Estado liberal ou legalista, hoje o Estado Democrático Social de Direito exige uma postura proativa do Estado-juiz, o que passa por uma ampliação dos poderes do Poder Judiciário, legitimada na própria Constituição Federal, ou melhor, na concretização das normas constitucionais.²²

Atualmente a atuação jurisdicional desenvolvida pelo Poder Judiciário tem legitimação democrática, ancorada na própria Constituição Federal, que respalda sua atuação intervencionista, quando necessária à realização de direitos fundamentais. O processo judicial apresenta-se como um espaço público democrático, apto a garantir o protagonismo do povo no processo de construção das decisões de seu interesse.

Consoante Mitidiero²³:

Ao juiz não é dado conformar-se com eventuais soluções injustas ditadas pela legislação infraconstitucional, a pretexto de estar simplesmente a cumprir a lei, circunstância que diz respeito tanto ao direito material com ao direito processual.

Não é por outra razão que, no dia a dia forense, nos deparemos com situações concretas que exigem flexibilização de normas cogentes, outrora intocáveis, a exemplo das procedimentais. A utilização de cláusulas gerais, que permitem uma margem de discricionariedade ao magistrado, demonstra, de forma inequívoca, que o magistrado atualmente tem o poder-dever de transcender a subsunção.

Nesse contexto, compreende-se o ordenamento jurídico sob a ótica da teoria unitária, segundo a qual o direito objetivo não tem aptidão para disciplinar todos os conflitos de interesses. Nesses casos, cabe ao direito processual a complementação dos comandos legais (direito objetivo), por serem estes incompletos.²⁴

O maior expoente da teoria unitária foi Francesco Carnelutti²⁵, segundo o qual:

A palavra processo serve, pois, para indicar *um método para a formação ou para a aplicação do direito* que visa a garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa (...).

O neoprocessualismo exige também uma releitura dos brocardos jurídicos supracitados “*da mihi factum dado tibi ius*” e “*iura novit curia*”, vez que não se compreende mais o direito objetivo como autossuficiente, consoante o positivismo jurídico, mas como algo que carece de completude em alguns

casos. E essa completude é obtida por intermédio da sentença judicial, resultado da subsunção ou da concretização de normas-princípio no caso concreto.

Nessa argúcia, tem-se debatido até mesmo se o direito seria exclusivamente *scientia juris* ou *juris prudência*. Sobre esse ponto, merece destaque abordagem de Zagrebelsky²⁶:

Resulta aquí oportuna la contraposición, cuyo profundo significado originario ya no se percibe hoy, entre *scientia juris* y *juris prudentia*, la primera como racionalidade formal, la segunda como racionalidade material, es decir, orientada a los contenidos (...). Se ha dicho que *scientia y prudentia* expresan también una sucesión de grandes épocas del derecho. La ciencia sería la aportación del racionalismo que ha caracterizado al mundo moderno, mientras que la prudencia sería expresión de una racionalidad material orientada a valores (...).

A fase do neoprocessualismo, legatária dos estudos característicos da instrumentalidade, também impõe uma releitura do formalismo processual, destinado a prestigiar a justiça no plano concreto, levando-se em conta sobremaneira o devido processo legal (substantivo).

Merece registro ainda que, sob a liderança do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, desenvolveu-se a teoria do formalismo-valorativo, que muito se aproxima do neoprocessualismo, destacando uma maior preocupação com a ética e com a boa-fé no processo. Essa perspectiva alcança reflexões em torno da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos, da ordenação do procedimento e da organização do processo, tendo em mira atingir as suas finalidades principais (processo justo).

3. ADAPTABILIDADE NO DIREITO COMPARADO

A inovação trazida pelo projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, que possibilita ao magistrado a adaptação (ou adequação) do procedimento às peculiaridades do caso concreto, não é novidade no âmbito do direito alienígena. Muitos países europeus têm adotado a adaptabilidade

procedimental como meio de proporcionar o binômio segurança/celeridade na atividade jurisdicional.

A Inglaterra é um desses países. A adoção de um dos três ritos previstos em lei – *small claims track*, *fast track* ou *multi track* – ocorre com observância de alguns parâmetros legais (*Civil Procedure Rules*), tais como o valor da causa ou a sua complexidade. Dentre essas regras procedimentais, apresenta-se uma lista de poderes (*powers of management*), com base nos quais o magistrado emite ordem, com o objetivo de melhor gerir o processo e de permitir a justiça, a economia e a celeridade no âmbito do Judiciário, adequando a forma às particularidades da causa.

Na França, à semelhança do que ocorre na Inglaterra, adota-se o rito de acordo com a complexidade do caso e, segundo *Code de Procédure Civile* de 1975, são também três os ritos previstos – *circuit court*, *circuit moyen* ou *circuit long*. Após a reforma do CPC francês, em 2005, surge o *contrat de procédure* (art. 764)²⁷, por meio do qual as partes e o magistrado da instrução podem decidir sobre diversas questões procedimentais, estimulando a boa-fé das partes e a adaptabilidade do procedimento de acordo com as necessidades do litígio. Relaciona-se com a cooperação entre partes e juiz, princípio relevante para o direito processual francês.

Na Alemanha, permite-se ao Presidente da Corte a designação de uma audiência preliminar anterior à audiência principal, desde que provável o acordo entre as partes ou um procedimento escrito. Tal previsão encontra-se no § 272²⁸ da *Zivilprozessordnung*.

Essa sistemática também foi assegurada pelo *Codice di Procedura Civile*²⁹ da Itália. A partir da reforma realizada em 2009, o juiz deve, na fase instrutória, proceder da maneira que entender mais oportuna em termos de atos de instrução relevantes em relação ao objeto da demanda. No entanto, observa-se aqui a adaptabilidade apenas na fase de instrução e não em todo o processo, embora, ainda assim, se trate de importante medida qualificadora da prestação jurisdicional.

Apesar de o espaço reservado à adaptabilidade do procedimento na Inglaterra, França, Alemanha e Itália merecerem registro e análise, tendo em vista uma melhor compreensão dessa linha de raciocínio no direito comparado, não há como negar que o direito processual português está um passo à frente daqueles ordenamentos nesse particular.

Em Portugal, a adaptação do procedimento (princípio da adequação formal) é um dever do magistrado, nas hipóteses em que o procedimento

posto não se ajuste ao fim do processo no caso concreto, consoante o art. 265-A, do Código de Processo Civil português.³⁰ Ou seja, o magistrado terá o dever de ajustar o procedimento às necessidades da causa em situações em que tal providência seja imprescindível para os escopos do processo, de modo que, em regra, o procedimento previsto em lei deve ser o adotado pelo magistrado.

O legislador português, colimando aperfeiçoar o seu sistema processual, criou um regime especial mais simples e flexível (Decreto-lei nº 108/2006), que confia na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios na justiça. A título de contribuição para o presente estudo, cita-se trecho da exposição de motivos do referido Decreto-lei:

A natureza experimental da reformulação da tramitação processual civil que aqui se prevê permitirá testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processuais consagrados, antes de alargar o âmbito da sua aplicação. Este regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização. Mitiga-se o formalismo processual civil, dirigindo o juiz para uma visão crítica das regras.

De outro lado, o legislador português condicionou a adaptabilidade à oitiva das partes, prestigiando assim o princípio do contraditório e, por via de consequência, nesse caso, o princípio da cooperação ou colaboração.³¹⁺³² No sistema português o contraditório apresenta-se como um instrumento de contenção de abusos e arbítrios. Isto é, tem-se como *condition sine qua non* para a adaptabilidade do procedimento a prévia audiência das partes, demonstrando uma preocupação com o processo justo.

4. IDEOLOGIA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Compulsando-se a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, depreende-se que uma das grandes preocupações da época era

unificar o Código de Processo Civil, até então da competência legislativa dos Estados.³³⁺³⁴ Não se manifestava naquele momento, com o hodierno destaque, o problema da morosidade.

Todavia, perlustrando a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, infere-se que a preocupação com a morosidade havia norteado os seus idealizadores, que buscavam oferecer ao jurisdicionado um instrumento processual apto a produzir decisões céleres e justas. Sobre essa linha de entendimento, pautada no aperfeiçoamento do processo, cita-se trecho da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973: “As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça”.

Ora, a preocupação com a rapidez do desenvolvimento processual está diretamente relacionada com a qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que, a depender do atraso no andamento do processo, a justiça da decisão estará seriamente comprometida. Entretanto, o combate à morosidade não é uma tarefa fácil, já que não se pode, no trato das normas processuais, confundir aceleração e celeridade, esta sim mantenedora das garantias processuais.

Como bem esclarece Canotilho³⁵, a proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada deve ser compreendida da seguinte forma:

(...) ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* – a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça. Note-se que a exigência de um *processo sem dilações indevidas*, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente justiça acelerada. A aceleração da protecção jurídica que traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.

Não se pode ignorar o fato de a morosidade processual malferir em uma escala crescente direitos dos jurisdicionados. Vários fatores contribuem

para esse cenário, mas três se destacam: - litigiosidade desenfreada, pós-Constituição de 1988, por conta de uma maior compreensão popular acerca dos direitos, inclusive dos relacionados ao acesso à justiça; - existência de vários remédios recursais; - excesso de formalidades.

Dentre os fatores sobreditos, o excesso de formalidades é o de maior relevância para o presente estudo. O formalismo excessivo é uma herança do tecnicismo, característico do positivismo e racionalismo, legados do Iluminismo do século XVIII, que também nortearam a ideologia do Código de Processo Civil de 1973.

Sabe-se que o formalismo surgiu da perspectiva de que as normas procedimentais necessitavam ser rígidas, de maneira que protegessem os jurisdicionados de eventuais arbitrariedades, especialmente dos magistrados. Assim seria possível garantir o devido processo legal, na medida em que seriam consagrados atos processuais de maneira impessoal, previsível e isonômica.

A atuação jurisdicional pautava-se na aplicação da subsunção, do silogismo jurídico, na existência das normas-regra, reservando os princípios para as hipóteses de integração sistêmica, de modo a garantir a previsibilidade das decisões e evitar abusos. Dessa forma, pode-se afirmar que o formalismo sempre se condicionou e se limitou ao interesse da justiça e dos próprios litigantes.

Com o passar do tempo, sobretudo diante da evolução do Estado Constitucional, que trouxe reflexões importantes a respeito da trilogia do direito processual e dos sujeitos processuais, percebeu-se que o juiz não teria como aplicar o silogismo jurídico integralmente em todos os casos, bem como que o processo, enquanto fenômeno social, político e jurídico, não se prestava a soluções de matemática exatidão. A incapacidade de previsão legal de todas as hipóteses possíveis de conflitos, sobretudo diante do aumento exponencial do catálogo de direitos e garantias, proporcionou um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso concreto.³⁶

Foi sobre esse cenário que se desenvolveu uma linha de raciocínio jurídico importante para o presente estudo, pautada no banimento do formalismo excessivo (abuso do formal) em nome da justiça. Nesse sentido, cita-se passagem de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:³⁷

O problema é entrevisto principalmente sob o ângulo visual do conceito de abuso de

direito, decorrendo de uso inadequado da forma, ou não-sintonia com a finalidade para a qual estabelecida, uma espécie de exercício antifuncional da jurisdição, a importar dano para a justiça.

Atualmente combate-se a morosidade advinda do excesso de formalidades, isto é, de formalidades inúteis, que desaguam em procedimentos burocratizados, longos, descumpridores do princípio da duração razoável do processo.³⁸ O que se refuta é o excesso, o desnecessário, ou seja, a formalidade que não atende ao seu fim, que é emprestar garantia ao devido processo legal. Entende-se o devido processo legal sob sua ótica substantiva, preocupada com a existência de um processo que garanta um procedimento adequado às particularidades da causa. Em nome do devido processo legal substantivo, admite-se a adaptabilidade do procedimento como principal aliado da duração razoável do processo.

O dinamismo social, o crescimento exponencial do número de litígios e da complexidade das relações interpessoais foram alguns dos fatores determinantes para o rompimento com o formalismo excessivo. Fustiga-se a inflexibilidade procedimental, com o fito de garantir a concretização dos direitos fundamentais do processo. Associa-se o direito ao devido processo legal (substantivo) ao direito a um procedimento adequado às particularidades da causa, tendo como norte a teoria geral dos direitos fundamentais.

É sobre esse cenário que o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que instituirá o Novo Código de Processo Civil quer atuar. Até porque o principal desafio da ciência processual tem sido superar o problema da morosidade, sem perder de vista o dever de concretizar os direitos fundamentais do processo.

Isso não quer dizer que o procedimento padrão deixe de existir, mas que seja possível ao juiz, desde que ouvidas as partes e imprescindível às particularidades da causa, adequar o procedimento, de modo a garantir observância aos princípios constitucionais do processo no plano concreto.

O projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil brasileiro, com a prevalência do conteúdo sobre a forma, altera sobremodo os atuais paradigmas processuais e cria uma legislação amplamente harmonizada com a ideia de um Estado Social Democrático de Direito e com os princípios constitucionais do processo. Destaque seja feito ao princípio da duração razoável do processo, o qual, uma vez garantido nas relações jurídicas

processuais, reduzirá satisfatoriamente o maior problema atual da prestação jurisdicional no Brasil – a morosidade.

5. A ADAPTABILIDADE NO CPC DE 1973 E NO PROJETO DO NOVO CPC

O Código de Processo Civil de 1973, em vigor há quase 40 anos, vem sofrendo inúmeras alterações em seu texto, principalmente nas duas últimas décadas. Tem-se buscado incessantemente a inserção deste Código na lógica processual contemporânea de instrumentalidade, em detrimento do formalismo excessivo festejado à época de sua elaboração.

De fato, o Código de Processo Civil de 1973 foi idealizado sob a metodologia do processualismo científico, que carrega consigo certo louvor ao tecnicismo, conforme pode ser inferido das palavras constantes na exposição de motivos apresentada por Alfredo Buzaid: “Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal”.

Esse elevado tecnicismo expressa-se pela previsão de inúmeros procedimentos especiais e vinculativos, que obrigam, consoante a inteligência do código vigente, partes e juízes a observá-los, independente de necessidades particulares da causa. Isso porque o procedimento é considerado questão de ordem pública, componente da estrutura do próprio processo, que transcende o interesse das partes, e alcança destacadamente a segurança jurídica.

Entende-se o procedimento enquanto conjunto de atos formatados pelo legislador, inflexíveis, garantidores da segurança jurídica, caracterizadora do devido processo legal. Impedindo-se, dessa forma, o manuseio arbitrário do procedimento por parte do juiz. Ou seja, por meio do caráter absoluto do procedimento, pretende-se engessar a atuação jurisdicional, de modo que o magistrado não tenha possibilidade de traçar caminhos desconhecidos pelo legislador.

De outro lado, ressalta-se que o Código de Processo Civil de 1973, mesmo se pautando em um tecnicismo exagerado, não ignorou a instrumentalidade das formas, consoante seu art. 154.³⁹ Por meio deste dispositivo legal, o legislador estabeleceu a informalidade dos atos processuais como regra procedimental, salvo previsão legal em contrário. Nessa mesma linha de raciocínio incorreu o legislador ao editar o art. 250, parágrafo único,⁴⁰

homenageando a instrumentalidade das formas, define que o erro de forma do processo acarreta a anulação tão somente dos atos que não possam ser aproveitados, especialmente por resultarem em prejuízo à defesa.

Todavia, mesmo nos casos em que haja uma forma determinada, e o ato seja praticado de forma diferente, se valida o mesmo, desde que a finalidade tenha sido alcançada. A título de exemplo dessa linha de raciocínio, cita-se a permissibilidade de processamento e do enfrentamento da arguição de incompetência relativa, apesar de apresentada no interior da contestação, como matéria preliminar, não como incidente processual, apesar dos preceitos do art. 304.⁴¹⁺⁴²

Nesse espeque, a jurisprudência pátria tem validado feitos que não tramitaram pelo procedimento legal, desde que não se aviste na hipótese prejuízo à defesa, nem tampouco comprometimento da finalidade. A exemplo, menciona-se o processamento equivocado pelo rito ordinário, nas hipóteses de causa de até 60 (sessenta) salários mínimos, quando o correto seria o processamento pelo rito sumário, forte no art. 275, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973.⁴³⁺⁴⁴

Ou seja, o Código de Processo Civil de 1973 encontra-se apegado à forma procedimental prevista em lei, considerando-a questão de ordem pública, de interesse do próprio Estado, de modo que não cabem às partes nem tampouco ao juiz o seu manuseio, mesmo que tenha em mira melhor atender às necessidades da causa. Todavia, forte na instrumentalidade das formas, validam-se atos praticados em descumprimento aos preceitos legais, desde que atingidos os objetivos idealizados pelo legislador.

Sem sombra de dúvidas, percebe-se que a instrumentalidade das formas trouxe um avanço significado na maneira de enxergar o procedimento. Os objetivos passaram a ser mais importantes do que propriamente os caminhos, relegados para um segundo plano nesse momento da ciência processual. Entretanto, atualmente exige-se um algo mais. Impõe-se, além da possibilidade de convalidação de atos praticados em desconformidade com os preceitos legais, desde que observada a finalidade, também a possibilidade de adequação do procedimento, mediante um diálogo franco entre os sujeitos do processo, visando a extrair do procedimento o seu maior potencial possível, rumo aos escopos social, político e jurídico.

Essa visão contemporânea, típica da fase metodológica do neoprocessualismo, foi abraçada inegavelmente pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil. Depreende-se que houve uma grande preocupação

com os direitos fundamentais do processo, razão pela qual foram inseridos logo em seu início 11 (onze) artigos destinados a tratar de princípios processuais, deixando patente o destaque dado pelo nosso direito processual civil a tais normas jurídicas.

A título de destaque, enfatiza-se o art. 6º, do Projeto de Lei nº 8.046/2010, que permite uma margem de discricionariedade ao magistrado ao aplicar a lei, conforme:

Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil traz uma série de inovações procedimentais, inclinadas, sobretudo, ao enfrentamento da morosidade, no intento de fornecer uma justiça célere e adequada ao jurisdicionado.

Dentre as inovações trazidas, a que mais interessa ao presente estudo é a disposta no art. 118, inciso V, que outorga poderes ao magistrado para, a depender das particularidades da causa, e com o fito de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, ajustar o procedimento previsto em lei, desde que observados o contraditório e a ampla defesa.⁴⁵

A possibilidade de o magistrado adaptar o procedimento às necessidades da causa vem atender aos preceitos do neoprocessualismo, arrimados nos direitos fundamentais do processo, que enxergam o processo civil sob a ótica do devido processo legal substantivo, norteados pela perspectiva de prestar justiça no plano concreto.

Ao contrário da instrumentalidade das formas prevista no Código de Processo Civil de 1973, que garante validade aos atos processuais descumpridores da forma estabelecida em lei, nas hipóteses em que a finalidade seja alcançada e inexistir prejuízo à defesa, o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil impõe ao magistrado o dever de adequar o procedimento às necessidades da causa no tocante aos prazos processuais e a ordem de produção dos meios de prova, sempre que tal medida emprestar maior efetividade à tutela do bem jurídico, observando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Registra-se que a versão original do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 prestigiava ainda mais a adaptabilidade, conforme:

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;

Art. 151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, não quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

§1º. Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.⁴⁶

Já o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que partiu da versão final do Projeto de Lei nº 166/2010, conteve a adaptabilidade, com a finalidade de reduzir os poderes do magistrado nesse particular, conforme:

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

Encontra-se dificuldade para se posicionar sobre o acerto ou desacerto dessa mitigação da adaptabilidade, todavia, acredita-se que a nossa magistratura em regra tem adquirido ao longo dos últimos anos maior maturidade, de modo que o olhar e agir do gestor do processo, que mantém contato direto com as partes e mais próximo com o bem a ser tutelado,

pode ser determinante para se formatar os procedimentos de acordo com as peculiaridades das causas, melhor atendendo assim aos ditames dos direitos fundamentais do processo (neoprocessualismo), sobretudo do acesso à justiça (efetivo) e do devido processo legal (substantivo).

A adaptação ou adequação do procedimento às particularidades da causa já era defendida por doutrinadores de renome há bastante tempo, a exemplo de Guilherme Marinoni, segundo o qual tal medida teria aptidão para retirar do procedimento todas as potencialidades indispensáveis à justa solução da lide. A previsão de normas abertas, como a que permite a adaptabilidade do procedimento, viabilizaria a construção do direito à ação adequada às peculiaridades do direito material. Olhar-se-ia primeiro para a tutela do direito, para depois perguntar pelas técnicas processuais necessárias à sua promoção.⁴⁷

O desafio para os juízes é encontrar o justo equilíbrio entre o poder que lhe é conferido e a impossibilidade de exercício da atividade legiferante. A previsão legal da adaptabilidade não autoriza o magistrado a ignorar o procedimento legal, sem balizas, mas apenas a ajustá-lo às necessidades da causa, atendidos os requisitos e limites legais, por meio da participação ativa das partes, forte no contraditório, com o fito de entregar uma prestação jurisdicional efetivamente justa. O limite ainda será o comando legal.

6. CONCLUSÃO

A partir do estudo da evolução do direito processual civil, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, impõe-se uma releitura dos elementos da trilogia processual (ação, jurisdição e processo), de modo a melhor atender aos seus escopos constitucionais. Mais especificamente sobre o processo, depreende-se que este, assim como o procedimento, deve ser manipulado tendo em vista o acesso à justiça (real), por meio de um devido processo legal (substantivo), ancorado nos direitos fundamentais materiais e processuais.

Essa leitura garantista exige também uma remodelação dos papéis (deveres e poderes) dos sujeitos da relação jurídica processual. Ao magistrado possibilita-se, e em algumas situações até se impõe, o desprendimento das amarras do silogismo jurídico, por meio de juízos discricionários, pautados na concretude das normas jurídicas. De outro lado, às partes assegura-se uma maior participação no processo de construção da decisão imperativa,

com fulcro nos direitos fundamentais do processo, especialmente do acesso à justiça (real), devido processo legal (substantivo) e contraditório (efetivo, colaboração ou cooperação).

Infere-se que o processo contemporâneo (instrumentalidade e neoprocessualismo) tem o objetivo inalienável de alcançar um resultado materialmente justo para o litígio. E essa ideia casa perfeitamente com a ideia da adaptabilidade. Não se pode falar em justiça quando a demora para o efetivo provimento judicial resta desproporcional em relação à complexidade da causa. A adaptabilidade, como meio para a realização de prestações jurisdicionais mais céleres, tende a contribuir sobremodo para o cumprimento das finalidades do processo (social, jurídica e política).

No entanto, é fundamental que se reconheça a excepcionalidade da medida. Não se trata de entregar um “cheque em branco” nas mãos do juiz e legitimar a sua possível arbitrariedade. O magistrado não estará autorizado a desconsiderar a lei ou – o que é pior – criar a sua própria lei. Os procedimentos a serem adotados no processo, inicialmente, deverão ser os legalmente previstos. Cabe a adequação nos casos em que esta seja necessária para garantir maior qualidade à tutela e para tornar efetivas as garantias constitucionais do processo.

Dentre essas garantias, destaque-se o princípio do contraditório, de incomensurável valor para o processo, e que não pode ser mitigado sob o argumento da necessidade de evitar a morosidade. Este princípio garante às partes a possibilidade de participarem do processo e influírem eficazmente na formação das decisões.

É, portanto, com esta garantia que as partes podem fiscalizar as condutas do magistrado e controlar os seus amplos poderes na análise e decisão dos litígios. A presença dos litigantes, a observarem o juiz em todos os momentos do processo, inibe possíveis arbitrariedades e permite o desenvolvimento de um processo “limpo”, pautado na igualdade, na segurança jurídica, na legalidade e, principalmente, na justiça.

Outro princípio – não menos importante – a balizar a adaptabilidade do procedimento às particularidades da causa é o do acesso à Justiça. Não se trata de simples acesso ao Poder Judiciário, mas de acesso a uma ordem jurídica justa, a decisões pautadas na legalidade e proferidas em tempo razoável. A partir do fenômeno da adaptabilidade, busca-se a justiça do caso concreto, através de procedimentos adequados, justos, céleres e consentâneos com os princípios constitucionais do processo.

Desse modo, conclui-se que a adaptabilidade prestará uma contribuição importante para o aprimoramento do direito processual brasileiro, na medida em que permitirá uma melhor utilização do procedimento, de acordo com as necessidades da causa, sempre balizadas na própria lei, viabilizando densificar os princípios constitucionais do processo.

ADAPTABILITY IN THE PROJECT OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCESS

ABSTRACT: This study aims at analyzing the adaptability of the procedure to the details of the cause, which is addressed in the pre-projects and projects of the new Brazilian Civil Process Code. Initially, it deals with the process in its historical evolution (methodological phases), then later, its adaptability, not only in Brazil, but also in other countries. The search for fast processing, along with judging quality, must use new methods when judging controversies. This way, the adaptability seems to be one of the many proposals that aim at fulfilling its intentions with the elaboration of the new code. However, it can only be applied when necessary to improve judging well-being as well as making process guarantees possible, adequate objectives with the actual phase of the neo processing or valor agreement.

KEYWORDS: Adaptability. Procedure. New Civil Process Code.

Notas

¹ A respeito da trilogia do direito processual, registre-se passagem de Podetti: “Tres son, a mi juicio, las bases principales de la moderna ciencia procesal, que pueden considerarse por ello, como sus piedras angulares. Sobre ellas, aisladamente o en íntima correlación, han construido los procesalistas las teorías que la explican como rama autónoma de las ciencias jurídicas y sobre ellas debe asentarse la legislación positiva, con los datos contingentes, valorados de acuerdo a los principios procesales. Son ellas los conceptos de *jurisdicción*, de *acción* y de *proceso*” (PODETTI, J. Ramiro. *Teria y tecnica del proceso civil*: trilogia estructural de la ciencia del proceso civil. Buenos Aires: Ediar, 1963, p. 99).

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48.

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: gen/método, 2011, p. 88.

⁴ Nesse sentido: CINTRA, op. cit., p. 48; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. I, p. 08.

⁵ BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 6.

⁶ Sobre essa linha de raciocínio, destacam-se outras passagens de Bülow: “Se o processo é, portanto,

uma relação jurídica, apresenta-se na ciência processual problemas análogos aos que surgiram e foram resolvidos, a respeito das demais relações jurídicas. A exposição sobre uma relação jurídica deve dar, antes de tudo, uma resposta à questão relacionada com os requisitos a que se sujeita a origem daquela. É necessário saber dentre quais pessoas pode ter lugar, a qual objeto se refere, que fato ou ato é necessário para seu surgimento, quem é capaz ou está facultado para realizar tal ato. Estes problemas devem colocar-se também na relação jurídica processual e não se mostram a seu respeito menos apropriados e fecundos do que se mostraram já nas relações jurídicas privadas” (BÜLOW, op. cit., p. 8); “Estas prescrições devem fixar – em oposição evidente com as regras puramente relativas à sequência do procedimento, já determinadas – os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para a tramitação de toda a relação processual” (BÜLOW, op. cit., p. 9).

⁷ Alguns trechos da obra clássica de Montesquieu, *Do espírito das leis*, registram bem esse momento do pensamento jurídico: “(...) se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei. Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos” (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 167-168); “(...) É essencial que as palavras das leis despertem em todos os homens as mesmas ideias” (MONTESQUIEU, op. cit., p. 598).

⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 14. São Paulo: RT, 2009, p. 70.

⁹ Sobre a Teoria Dualista, ver: ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009, p. 20.

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas-SP: BOOKSELLER, 1998, v. I, p. 56 e 59.

¹¹ O direito objetivo é compreendido como o conjunto de normas que determinam a forma de agir dos indivíduos nas relações interpersonais havidas na sociedade.

¹² CÂMARA, op. cit., p. 09.

¹³ Segundo Dinamarco: “O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22-23).

¹⁴ Enfatiza-se que o formalismo combatido nessa fase metodológica é o formalismo excessivo, desnecessário à prestação jurisdicional, vez que, em verdade, não se pode ignorar que o formalismo surgiu com o objetivo de garantir o devido processo legal.

¹⁵ PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 57.

¹⁶ Essa linha de raciocínio é desenvolvida pelos adeptos da teoria dualista do ordenamento jurídico, que encontrou seu apogeu na fase científica do direito processual.

¹⁷ DINAMARCO, op. cit., p. 243.

¹⁸ Dentre suas obras, a que mais se destacou no cenário brasileiro foi “Acesso à Justiça”, na qual o jurista italiano, em companhia de Bryant Garth, jurista norte americano, lançou mão de um estudo profundo sobre os principais obstáculos ao acesso à justiça (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988).

¹⁹ Nesse sentido: DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, v. 1, p. 23-29; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acessado em: 15 março 2011.

²⁰ DIDIER, op. cit., p. 25-26.

²¹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010, p. 40-41.

²² A título de contribuição para uma melhor compreensão desse ponto, cita-se passagem de Dinamarco: “É absolutamente imprescindível ao processualista moderno a tomada de posição entre a visão do direito material como sistema suficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes (teoria dualista do ordenamento jurídico, ou *declarativa*) e a tese de que ele não tem toda essa aptidão, participando então o processo do *iter* criativo (teoria unitária, ou *constitutiva*). Com a escolha que fizer, estará definindo o modo como vê o próprio direito substancial e mais a função exercida pelo processo perante ele (...)” (DINAMARCO, op. cit., p. 230).

²³ MITTIERO, op. cit., p. 40.

²⁴ Sobre a Teoria Unitária, ver: ALVIM, op. cit., p. 21.

²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas-SP: Servanda, 1999, v. I, p. 72.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008, p. 123.

²⁷ Art. 764 (CPC francês): Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l’instruction de l’affaire, eu égard à la nature, à l’urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l’avis des avocats.

Il peut accorder des prorogations de délai.

Il peut, après avoir recueilli l’accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.

Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l’article 450, celle du prononcé de la décision.

Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu’en cas de cause grave et dûment justifiée.

Le juge peut également renvoyer l’affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige.

²⁸ § 272 Bestimmung der Verfahrensweise

(1) Der Rechtsstreit ist in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zu erledigen.

(2) Der Vorsitzende bestimmt entweder einen frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung (§ 275) oder veranlasst ein schriftliches Vorverfahren (§ 276).

(3) Die Güteverhandlung und die mündliche Verhandlung sollen so früh wie möglich stattfinden.

²⁹ Art. 702-ter. (Procedimento) (...)

Se non provvede ai sensi dei commi precedenti, alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all’oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all’accoglimento o al rigetto delle domande.

³⁰ Art. 265º- A (Princípio da adequação formal), do Código de Processo Civil português: Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

³¹ Art. 266º (Princípio da cooperação), do Código de Processo Civil português: 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de *onus* ou dever processual, deve o

juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

³² A respeito do princípio da cooperação no direito processual civil português, ver: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: jusPODIVM, 2007, p. 183-197.

³³ A Constituição Federal de 1934 concentrou na União a competência para legislar em matéria de processo.

³⁴ A título de ilustração, segue trecho da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939: “(...) de um lado, a nova ordem política reclamava um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça; de outro, a própria ciência do processo, modernizada em inúmeros países pela legislação e pela doutrina, exigia que se atualizasse o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de Estado para Estado, regia a aplicação da lei entre nós”.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003, p. 499.

³⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 191-192.

³⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 196.

³⁸ Art. 5º (CF/88): (...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³⁹ Art. 154, do Código de Processo Civil de 1973. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

⁴⁰ Art. 250, do Código de Processo Civil de 1973. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

⁴¹ Art. 304, do Código de Processo Civil de 1973. É lícito a qualquer das partes arguir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135).

⁴² Nesse sentido, são os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: CC 86.962/RO; CC 76.002/SP; REsp 885.960/CE. Destaca-se, no primeiro, o trecho que afirma: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mitigou o rigor técnico da norma e passou a admitir a arguição de incompetência relativa em preliminar de contestação, sob o argumento de que o defeito não passa de mera irregularidade, a ser convalidada com base no princípio da instrumentalidade” (Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 13/02/2008, DJe 03/03/2008).

⁴³ Art. 275, do Código de Processo Civil de 1973. Observar-se-á o procedimento sumário: I – nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo.

⁴⁴ Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1131741/RJ.

⁴⁵ Art. 118, da versão final do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, do Novo Código de Processo Civil. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

⁴⁶ Destaca-se que o art. 107, inciso V, da versão original do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, do Novo Código de Processo Civil, guarda correspondência com o art. 118, inciso V, da versão final do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, do Novo Código de Processo Civil. Contudo, o art. 151, §1º, da versão original, não possui artigo correspondente na versão final.

⁴⁷ Nesse sentido, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 222-226; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I, p. 227-303; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88-90.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010, p. 40-41.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.
- BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. I.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acessado em: 15 março 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas-SP: Servanda, 1999, v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas-SP: BOOKSELLER, 1998, v. I
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 5. ed. Salvador: jusPODIVM, 2007, p. 183-197.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*.

São Paulo: Saraiva, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 14. São Paulo: RT, 2009.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: gen/método, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

PODETTI, J. Ramiro. *Teria y tecnica del proceso civil: trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008.

QUANTITATIVO DE VEREADORES FIXADOS PELAS CÂMARAS MUNICIPAIS À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 58

Marcos Vinícius Linhares Constantino da Silva*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a questão do quantitativo de vereadores a ser fixado pelas Câmaras Municipais, tendo vista o disposto no art. 29, IV, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 58 de 2009.

PALAVRAS-CHAVE: Quantitativo de Vereadores. Câmaras Municipais. Constituição Federal.

Para embasar o nosso estudo e conclusão sobre esse tema, é imperioso verificarmos toda a evolução histórica doutrinária, jurisprudencial e legislativa do artigo 29, inciso IV, da Constituição da República.

O referido dispositivo constitucional, antes do advento da Emenda Constituição nº 58 de 2009, assim prescrevia:

“Art. 29 (...)

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;

b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;

c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;”

Da simples leitura do art. 29, IV, em sua redação original, observa-se que foram criadas três faixas de classificação, sendo a primeira para os

* Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL); Professor de Direito Civil e Direito Eleitoral na Faculdade Pio Décimo; Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe.

municípios de até um milhão de habitantes; a segunda, para os de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; e a última, desse marco para frente. Em verdade, o legislador estabeleceu limites mínimos e máximos em relação ao número de habitantes, mas não definiu de forma específica o número de vereadores.

Com efeito, até 2004, houve muita discussão travada na doutrina e jurisprudência em relação ao número exato de vereadores a ser fixado pelos municípios brasileiros. Uma primeira corrente sustentava que, observados os parâmetros mínimo e máximo estabelecidos para cada uma das faixas, teriam as Câmaras Municipais, por meio de suas Leis Orgânicas, total autonomia para fixar o seu número de vereadores¹; uma outra corrente sugeria que a composição deveria obedecer a valores aritméticos que legitimassem a proporcionalidade constitucional.²

No Tribunal Superior Eleitoral prevalecia a tese da primeira corrente acima mencionada, ou seja, entendia-se que a Constituição Federal não havia estabelecido critério aritmético para o cálculo dessa proporcionalidade, de modo que o Município teria total autonomia para fixá-lo, uma vez cumpridos os marcos das alíneas do inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal, conforme podemos observar dos arestos a seguir reproduzidos.

“CÂMARA MUNICIPAL. NÚMERO DE VEREADORES. AUTONOMIA DA LEI ORGÂNICA DE CADA MUNICÍPIO.

A Constituição Federal reservou à autonomia de cada município a fixação do número dos seus Vereadores, desde que contida entre o limite mínimo e o limite máximo correspondentes à faixa populacional respectiva.

Se da própria Constituição não é possível extrair outro critério aritmético de que resultasse a predeterminação de um número certo de Vereadores para cada município, não há no sistema constitucional vigente, instância legislativa ou judiciária que a possa ocupar” (TSE, RMS nº 1.945, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 11/6/1993).

“VEREADORES. NÚMERO DE CADEIRAS. PROPORCIONALIDADE. ARTIGO 29, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A proporcionalidade de que cogita o inciso IV do

artigo 29 da Constituição Federal não é absoluta, mas mitigada pela opção política dos municípios de fixarem as cadeiras na câmara de vereadores, observadas as balizas constitucionais indicadoras de números mínimo e máximo” (TSE, RMS nº 1.949, Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 17/8/1993).

Esse entendimento que deixava ao alvedrio do legislador municipal a fixação do número de vereadores apenas pela relação mínimo – máximo, permitindo uma opção discricionária e aleatória por parte de cada Câmara Municipal, sem observância da relação proporcional vereador/população, mostrou-se, na prática, bastante prejudicial aos interesses públicos, porquanto inúmeros Municípios brasileiros, com população reduzidíssima, passou a ter um número exagerado de vereadores, em flagrante desrespeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, previstos na Constituição da República.

Indubitavelmente, a falta de critério único quanto à relação Vereador/Habitantes contribuiu para que houvesse um abuso pelas Câmaras Municipais na fixação do número de seus vereadores. Somente a título de exemplo, no ano de 2004 o Município de Guarulhos, com a população estimada em 972.197 habitantes, possuía 21 vereadores, quantidade igual ao do município de São Manuel, cuja população era de apenas 38.271 habitantes.

Diante desses flagrantes abusos praticados pelas Câmaras Municipais, foram ajuizadas no Brasil afora inúmeras ações civis públicas contestando a constitucionalidade das respectivas leis orgânicas.

A ação civil pública mais famosa foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Câmara Legislativa do Município de Mira Estrela, que possuía uma população de 2.636 habitantes e 11 vereadores, e o *parquet* pretendia reduzir esse número para 9 vereadores. O caso “Mira Estrela”, como é conhecido na doutrina, foi parar no Supremo Tribunal Federal por força do recurso extraordinário deplorado no respectivo feito.

Com efeito, a partir do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 197.917-8, ocorrido em 24 de março de 2004, tivemos uma importante mutação constitucional sobre a questão da fixação do número de vereadores. Eis a ementa da decisão da Excelsa Corte Suprema, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.

2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos Legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.

5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais

e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).

6. *Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).*

7. *Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.* 8. *Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (STF RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004)*

À evidência, essa decisão da Excelsa Corte visou a combater os abusos cometidos pelas Câmaras Municipais e, principalmente, dar sentido concreto e uniforme ao critério da representação proporcional previsto no artigo 29, IV, da Constituição Federal.

Sob essa perspectiva, portanto, o Relator do Recurso Extraordinário nº 197.917-8, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, criou a seguinte fórmula matemática:

(1) Para a primeira faixa prevista na alínea “a” do inciso IV do art. 29, da CF (*mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes*), divide-se 1.000.000, que é o número máximo de habitantes dessa faixa, por 21, que é o número máximo de vereadores dessa mesma faixa, obtendo-se com essa operação o quociente de 47.619, que representa, na proporcionalidade de 1.000.000 para 21, o quantitativo de

habitantes correspondente a 1 vereador.

Assim, para cada grupo de 47.619 habitantes deverá haver 1 vereador. Considerando que a norma constitucional fixou em nove o número mínimo de vereadores para a composição das Câmaras Legislativas, todos os Municípios que têm até 47.619 habitantes terão 9 vereadores. Segue-se que para alcançar-se a segunda série do intervalo da alínea “a” do dispositivo em referência somam-se mais 47.619, cujo resultado será de 95.238 habitantes, sendo esse o patamar para 10 vereadores; para atingir-se o de 11, multiplica-se 47.619 por três e chegar-se-á ao resultado de 142.857 habitantes, seguindo-se esse critério sucessivamente até obter-se o número-limite de vereadores dessa faixa, que é de 21, como ilustra o quadro abaixo.

Número de habitantes do município	Quantidade de vereadores
Até 47.619	9
De 47.620 até 95.238 ³	10
De 95.239 até 142.857 ⁴	11
De 142.858 até 190.476	12
De 190.477 até 238.095	13
De 238.096 até 285.714	14
De 285.715 até 333.333	15
De 333.334 até 380.952	16
De 380.953 até 428.571	17
De 428.572 até 476.190	18
De 476.191 até 523.809	19
De 523.810 até 571.428	20
De 571.429 até 619.048	21

(2) Para a segunda faixa prevista na alínea “b” do inciso IV do art. 29, da CF (*mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes*), seguindo o mesmo raciocínio do modelo referido anteriormente, tem-se a proporção definida de 4.999.999 para 41. Dividindo-se esses números obtém-se o quociente de 121.951, o que significa dizer que a partir de 1.000.001 habitantes, a cada grupo de 121.951 munícipes, soma-se mais um vereador, observado nessa faixa o patamar mínimo de 33 e de no máximo 41 vereadores, como ilustra o quadro abaixo.

Número de habitantes do município	Quantidade de vereadores
De 1.000.001 até 1.121.952 ⁵	33
De 1.121.953 até 1.243.903 ⁶	34
De 1.243.904 até 1.365.854 ⁷	35
De 1.365.855 até 1.487.805	36
De 1.487.806 até 1.609.756	37
De 1.609.757 até 1.731.707	38
De 1.731.708 até 1.853.658	39
De 1.853.659 até 1.975.609	40
De 1.975.610 até 4.999.999	41

(3) Com relação à terceira faixa prevista na alínea “c” do inciso IV do art. 29, da CF (*mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes*), diferentemente da primeira e segunda faixas, os parâmetros de proporcionalidade foram definidos a partir de patamares mínimos, porquanto seria impossível determinar o número máximo de habitantes a que poderia chegar os municípios brasileiros. Com efeito, foram definidas as referências de 5.000.000 e 42. Dividindo-se esses números, obtém-se o quociente de 119.047, o que significa dizer que a cada grupo de 119.047 habitantes a representação será acrescida de 1 vereador, até o limite máximo de 55, a partir do que não será mais alterado, encerrando-se o ciclo da proporcionalidade, conforme ilustra o quadro abaixo.

Número de habitantes do município	Quantidade de vereadores
De 5.000.000 até 5.119.047	42
De 5.119.048 até 5.238.094	43
De 5.238.095 até 5.357.141	44
De 5.357.142 até 5.476.188	45
De 5.476.189 até 5.595.235	46
De 5.595.236 até 5.714.282	47
De 5.714.283 até 5.833.329	48
De 5.833.330 até 5.952.376	49
De 5.952.377 até 6.071.423	50
De 6.071.423 até 6.190.470	51

De 6.190.471 até 6.309.517	52
De 6.309.518 até 6.428.564	53
De 6.428.565 até 6.547.611	54
De 6.547.612 em diante	55

No STF, o voto do relator do RE nº 197.917-8, Ministro Maurício Corrêa, foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso. Ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello.

O julgamento do RE nº 197.917-8, a princípio, só produziu efeitos para o município paulista de Mira Estrela. Após a publicação do acórdão, os critérios determinados pelo Supremo Tribunal Federal foram submetidos ao crivo do Tribunal Superior Eleitoral que, por sua vez, através da Resolução nº 21.702/2004, regulamentou a matéria para as eleições municipais de 2004, dando eficácia transcendental obrigatória para todos os municípios brasileiros, conforme se depreende dos seguintes dispositivos da referida resolução, *verbis*:

“Art. 1º. Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917, conforme as tabelas anexas.

Parágrafo único. A população de cada município, para os fins deste artigo, será a constante da estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgada em 2003.

Art. 2º. Até 1º de junho de 2004, o Tribunal Superior Eleitoral verificará a adequação da legislação de cada município ao disposto no art. 1º e, na omissão ou desconformidade dela, determinará o número de vereadores a eleger.

Art. 3º. Sobrevindo emenda constitucional que altere o art. 29, IV, da Constituição, de modo a modificar os critérios referidos no art. 1º, o Tribunal Superior Eleitoral proverá a observância das novas regras.

No STF foram ajuizadas algumas ações contra a Resolução TSE nº 21.702, a exemplo da ADI nº 3.345, proposta pelo Partido Progressista,

buscando a declaração de sua inconstitucionalidade, com fundamento em suposta violação aos princípios da reserva de lei, separação de poderes, autonomia municipal e da anterioridade da lei eleitoral.

A Excelsa Corte, por maioria de votos, concluiu pela inexistência da apontada inconstitucionalidade, consignando que a Resolução TSE nº 21.702/2004 foi editada com o propósito do art. 29 da CF, conferindo efeito transcendente aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento. Afirmou-se, ainda, que o TSE, dando expansão à interpretação constitucional definitiva assentada pelo Supremo – na sua condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição Federal –, em relação à citada cláusula de proporcionalidade, submeteu-se, na elaboração do ato impugnado, ao princípio da força normativa da Constituição, objetivando afastar as divergências interpretativas em torno dessa cláusula, de modo a conferir uniformidade de critérios de definição do número de vereadores, bem como assegurar normalidade às eleições municipais (Informativo STF nº 398).

Com efeito, nas eleições municipais de 2004 e 2008 as Câmaras Municipais tiveram que observar os limites fixados na Resolução TSE nº 21.702, que repetiu os parâmetros estabelecidos pelo STF no julgamento do RE nº 197.917-8.

Ocorre, todavia, que em setembro de 2009, o Congresso Nacional aprovou, em regime de urgência, a Emenda Constitucional nº 58/2009, alterando a interpretação dada pelo STF e pelo TSE e estabelecendo novos parâmetros para a fixação do número de vereadores. Eis a redação do art. 29, inciso IV, da Constituição Federal, antes e depois do advento da EC nº 58/2009:

Art. 29, IV, antes da EC nº 58	Art. 29, IV, após a EC nº 58
<p><i>“Art. 29 (...)</i> <i>IV – número de Vereadores <u>proporcional à população do Município</u>, observados os seguintes limites:</i> <i>a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;</i> <i>b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos</i></p>	<p><i>Art. 29 (...)</i> <i>IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:</i> <i>a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;</i> <i>b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até</i></p>

Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;”

30.000 (trinta mil) habitantes;
c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;
d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;
e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;
f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;
g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;
h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;
i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;
j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;

k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;

Pelo quadro comparativo acima, denota-se que a Emenda Constitucional nº 58 não fez menção expressa à proporcionalidade. Todavia, em que pese o princípio da proporcionalidade não estar explicitamente mencionado na nova redação do art. 29, IV da CF, numa interpretação teleológica e sistemática podemos concluir facilmente que tal princípio deve sim ser observado pelas Câmaras Municipais. Note-se que a proporcionalidade prevaleceu para a fixação do número de Deputados Federais por Estado (CF, art. 45, § 1º)⁸ e de Deputados Estaduais (CF, art. 27)⁹, razão pela qual, por simetria, esse mesmo critério deve ser estendido para as Câmaras Municipais, seja para o estabelecimento dos limites máximos, como também para a fixação do limite mínimo de vereadores.

Frise-se, ainda, que embora o texto atual também não venha expressamente falando da quantidade mínima de vereadores, está implícito que a quantidade mínima de vereadores está limitada, em cada faixa, pelo limite máximo estabelecido para a faixa imediatamente anterior, de modo que o mínimo não pode ser fixado aleatoriamente pelo legislador municipal.

Dispositivo constitucional após a EC 58	Faixa por número de habitantes	Número máximo de vereadores
Art. 26, IV, "a" até 15.000	9 (* Mínimo e máximo para essa faixa)
Art. 26, IV, "b"	De 15.000 até 30.000	11
Art. 26, IV, "c"	De 30.001 até 50.000	13
Art. 26, IV, "d"	De 50.001 até 80.000	15
Art. 26, IV, "e"	De 80.001 até 120.000	17
Art. 26, IV, "f"	De 120.001 até 160.000	19
Art. 26, IV, "g"	De 160.001 até 300.000	21
Art. 26, IV, "h"	De 300.001 até 450.000	23
Art. 26, IV, "i"	De 450.001 até 600.000	25

Art. 26, IV, “j”	De 600.001 até 750.000	27
Art. 26, IV, “h”	De 750.001 até 900.000	29
Art. 26, IV, “i”	De 900.001 até 1.050.000	31
Art. 26, IV, “m”	De 1.050.001 até 1.200.000	33
Art. 26, IV, “n”	De 1.200.001 até 1.350.000	35
Art. 26, IV, “o”	De 1.350.001 até 1.500.000	37
Art. 26, IV, “p”	De 1.500.001 até 1.800.000	39
Art. 26, IV, “q”	De 1.800.001 até 2.400.000	41
Art. 26, IV, “r”	De 2.400.001 até 3.000.000	43
Art. 26, IV, “s”	De 3.000.001 até 4.000.000	45
Art. 26, IV, “t”	De 4.000.001 até 5.000.000	47
Art. 26, IV, “u”	De 5.000.001 até 6.000.000	49
Art. 26, IV, “v”	De 6.000.001 até 7.000.000	51
Art. 26, IV, “w”	De 7.000.001 até 8.000.000	53
Art. 26, IV, “x”	De 8.000.001 para cima	55

Para melhor compreensão do que estamos afirmando, considere-se a tabela acima e a seguinte situação hipotética:

Município Alfa possui 25.000 habitantes, estando na faixa compreendida pela alínea “b” do inciso IV do art. 29 da Constituição Federal, cujo número máximo de vereadores é igual a 11. Logo, concluímos que o Município Alfa não poderá fixar o número de vereadores em quantidade igual ou menor que 9, pois este é o limite máximo da faixa imediatamente anterior (alínea “a”, do inciso IV do art. 29). Resumindo, o Município Alfa poderá ter no mínimo 10 vereadores e no máximo 11.

Data maxima venia, reconhecer que não existe limite mínimo de vereadores proporcional à população seria também admitir, por exemplo, a absurda possibilidade de se fixar menos de nove vereadores para os municípios que se encontram na faixa populacional prevista na alínea “a” do inciso IV do art. 29.

Registre-se que, se a intenção do legislador fosse a de estabelecer apenas os limites máximos, tornaria inútil e sem efeito toda a discussão e interpretação desenvolvida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal em torno do princípio da proporcionalidade, o que claramente revela não reproduzir o objetivo perseguido pela Emenda Constitucional nº 58/2009.

Assim, visando a prestigiar o princípio da proporcionalidade e a interpretação evolutiva do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em foco, concluímos que os municípios podem fixar, em suas leis orgânicas, número de vereadores inferior ao limite máximo da faixa em que se enquadra a respectiva população, sendo que esse número mínimo está limitado, em cada faixa, pelo limite máximo estabelecido para a faixa imediatamente anterior, não podendo o legislador municipal fixar aleatoriamente esse número mínimo.

QUANTITATIVE OF ALDERMEN FIXED BY THE MUNICIPAL CHAMBERS IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT NO. 58

ABSTRACT: This paper aims to examine the issue of quantitative councils to be set by local councils, and to the provisions of art. 29, IV of the Federal Constitution, as amended by Constitutional Amendment No. 58 of 2009.

KEYWORDS: Quantitative Councils. Municipalities. Federal Constitution.

Notas

¹ Nesse sentido: JOSÉ BISPO SOBRINHO, in “Câmara Municipal – Fixação do Número de Vereadores”, *Boletim de Direito Municipal*, nº 12, pp. 706/710.

² Nesse sentido: DIÓGENES GASPARIN, in “O número de vereadores para 93/96”, *Cadernos de direito constitucional e eleitoral*, nº 18, ano V, 1992, Periódico do Tribunal Regional Eleitoral/Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, p. 31 e ss.

³ $47.619 + 47.619 = 95.338$

⁴ $95.338 + 47.619 = 142.857$

⁵ $1.000.001 + 121.951 = 1.121.952$

⁶ $1.121.952 + 121.951 = 1.243.903$

⁷ $1.243.903 + 121.951 = 1.365.854$

⁸ CF, Art. 45. *A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.*

§ 1º - *O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.*

⁹ CF, Art. 27. *O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.*

REFERÊNCIAS

JOSÉ BISPO SOBRINHO, in “Câmara Municipal – Fixação do Número de Vereadores”, *Boletim de Direito Municipal*, nº 12, pp. 706/710.

DIÓGENES GASPARIN, in “O número de vereadores para 93/96”, *Cadernos de direito constitucional e eleitoral*, nº 18, ano V, 1992, Periódico do Tribunal Regional Eleitoral/Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, p. 31 e ss.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO

Helino Silva de Oliveira*

RESUMO: A manifestação do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 815-DF/1996 acerca da não aplicabilidade de declaração de inconstitucionalidade entre normas conflitantes inseridas no próprio texto constitucional não veio pacificar o tema no âmbito nacional. Muito pelo contrário, os debates surgiram na Alemanha e continua sendo debatido em todas as partes do mundo por ser de caráter supranacional. Para análise e aplicabilidade do tema no país, faz-se necessário um estudo sobre o controle de constitucionalidade, das antinomias e das possíveis alternativas para solução do impasse.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade. Controle. Antinomia.

I. INTRODUÇÃO

Apesar de ser um tema bastante debatido, com suas raízes no Direito alemão, originado na década de 50, após célebre conferência proferida pelo Professor Otto Bachof, a inconstitucionalidade de normas constitucionais encontra-se ainda longe de uma solução pacífica no âmbito nacional, mesmo tendo o STF se pronunciado acerca do tema na tão conhecida ADIn nº 815-DF/1996.

O acalorado debate, que ultrapassa as fronteiras nacionais e que mobilizam os grandes constitucionalistas do mundo, deu-nos a dimensão da sua importância e coragem para adentrarmos em sublime conteúdo, mesmo com os poucos conhecimentos que possuímos, inspirando-nos a conhecer cada vez mais as nuances e problemas enfrentados pelos doutrinadores de cabedal.

Analisaremos no presente e humilde arrazoado, com brevidade, apenas

* Advogado; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese) em convênio com a Escola Superior de Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese). Trabalho escrito sob a orientação do Mestre em Direito Constitucional e Procurador de Justiça do Estado de Sergipe Carlos Augusto Alcântara Machado.

visando situar a problemática, a questão do controle de constitucionalidade, com seus pressupostos e resultantes. Adiante, discorreremos sobre as antinomias no âmbito constitucional e suas correntes doutrinárias; a tese de Otto Bachof; o entendimento do STF e, por fim, a alternativa de competência da Corte Constitucional segundo tese defendida por André Luiz Carvalho Estrella.

II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição, regramento superior de um Estado, surge sempre após a mudança da ordem política interna, criada por um Poder Constituinte Originário. Segundo Uadi Lammêgo Bulos, *esse poder primogênito logra os caracteres de inicial, autônomo e incondicionado, preexistindo a qualquer ordenamento jurídico-positivo*.¹ Alguns autores acrescentam a estas características o de ser o Poder Constituinte Originário *ilimitado*, advertindo-se, entretanto, que essa “ilimitação” ocorre somente no plano jurídico-formal, não podendo desprezar normas de direito natural, como a vida, a liberdade, a honra, etc., ficando a expressão *incondicionado*, referente a qualquer tipo de limitação imposta pela Constituição anterior.

Existem basicamente dois tipos de Constituição quanto à estabilidade, sem olvidar outras formas de classificação das Constituições: rígidas e flexíveis. Entretanto, alguns doutrinadores acrescem o tipo de Constituição conhecida por semi-rígida.

Para o nosso arrazoado, apenas interessam as Constituições do tipo rígidas e escritas, ou seja, aquelas em que para serem alteradas exigem *quorum* especial, por determinação do Constituinte Originário, diferenciando do exigido para as demais normas tidas por subconstitucionais.

Como consequência da rigidez constitucional, vigora o princípio da *supremacia formal da Constituição*. Vale dizer, existe uma hierarquia das normas, figurando a Constituição no ápice, estando o restante do ordenamento jurídico abaixo e só possuindo validade se forem compatíveis com a Lei Maior.

Denota-se, pois, que a norma infraconstitucional, para existir, deve obedecer aos princípios e regras estabelecidos na Constituição, bem como ao processo legislativo nesta inserta, quanto à elaboração daquela, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, seja do ponto de vista formal (respeito ao processo legislativo), seja do ponto de vista material

(compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais).

Entretanto, para que se torne pleno o controle de constitucionalidade das leis, mister se faz a necessária separação dos poderes, preconizada por Montesquieu, na clássica obra *O Espírito das Leis*, visto que, para a correta verificação da conformidade do ordenamento infraconstitucional com os princípios e regras constitucionais, há de haver um órgão estatal independente do órgão legiferante.

É a própria Constituição que estabelece qual é o órgão competente para analisar e decidir se ocorreu ofensa à Constituição e qual o processo utilizado para anular uma conduta ou ato inconstitucional.

Dessume-se, do que fora exposto, que dois são os pressupostos de controle de constitucionalidade: (1) a existência de uma Constituição do tipo rígida; (2) a previsão constitucional de um mecanismo de fiscalização da validade das leis.

De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o controle de constitucionalidade das leis é base e corolário: (a) de um Estado Democrático de Direito; (b) do princípio da separação de poderes; (c) da garantia maior do indivíduo frente ao Estado, na proteção de seus direitos fundamentais; (d) da garantia da rigidez e supremacia da Constituição.²

Segundo os autores supramencionados, em um Estado Democrático de Direito, por ser a elaboração normativa uma emanção da vontade popular, bem como em prol do postulado da segurança jurídica, vige o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, ou de legitimidade das mesmas. Ou seja, todo o ordenamento infraconstitucional é legítimo, é constitucional até que sejam considerados inconstitucionais pelo órgão competente e, ainda assim, com a devida motivação (CF, art. 93, IX). Ademais, esta é medida extrema e excepcional, que só deve ocorrer quando não se puder dar uma *interpretação* que compatibilize a norma infra com a *Lex Fundamentalis*.

Vislumbra-se, destarte, a possibilidade de não legitimação ou inconstitucionalidade das leis infraconstitucionais e atos normativos, bem como das emendas constitucionais (que visam reformar ou revisar a Constituição), que são de autoria do *Poder Constituinte Derivado*, por determinação inserta no próprio bojo da Constituição.

Porém, a problemática surgida e que é o tema recorrente, é sobre a inconstitucionalidade de normas constitucionais oriundas do *Poder Constituinte Originário*, que a mais de 50 anos vem dividindo a opinião de doutrinadores.

III. ANTINOMIAS NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Quem nos dá o exato significado do termo antinomia é a Professora Maria Helena Diniz ao explicar que “*A antinomia, seja ela real ou aparente, representa o conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular.*”³

Sabe-se que para uma plena e ordeira convivência do ser humano na sociedade moderna, torna-se necessário que o ordenamento jurídico não possua normas que se contrariem frontalmente, sob pena de instabilidade das instituições e do próprio conceito de justiça.

Acontece que não é rara a possibilidade de conflito normativo, muitas das vezes ocasionadas pela má técnica do legislador, ou ainda por interesses socioeconômicos que se sobrepõem à coerência e à justiça na elaboração das leis. Surge, então, a figura do jurista que irá interpretar da melhor maneira a coadunação das normas conflitantes.

Em sendo uma antinomia aparente, é possível solucionar-se o conflito pela aplicação de um dos critérios normativos, a saber: o da hierarquia (*lex superior derogat legi inferiori*); o cronológico (*lex posterior derogat legi priori*); e o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Caso ocorra uma antinomia real, ou seja, aquela em que não há critérios para a sua solução ou porque entre os critérios existentes há conflito, soluciona-se pelo critério de preenchimento de lacunas, conhecidos por analogia, costumes, princípios gerais do direito e equidade.

Como dito antes, não é rara a possibilidade de conflito entre normas. Mas, e quanto às normas contidas na própria Constituição, acaso existam conflitos entre si, como resolvê-lo?

Surge aqui o primeiro problema quanto ao tema em discussão: sendo antinomia das normas constitucionais originárias haveria ou não hierarquia entre elas? Para responder tal questão existem duas correntes doutrinárias: uma que defende o Princípio da Unidade Hierárquico-Normativa da Constituição e outra que advoga a tese da hierarquia existente entre as várias normas dentro do texto Magno.

A primeira corrente entende que uma regra constitucional não pode ser considerada em si mesma, de forma isolada das demais. Deve, por conseguinte, a norma constitucional, ser interpretada conjuntamente com os demais preceitos constantes da *Lex Mater*, o que impossibilita, de acordo com os que defendem o supramencionado princípio, a verificação de antinomias internas no âmbito constitucional. Seus principais defensores

são Luís Roberto Barroso, André Ramos Tavares, J. J. Gomes Canotilho, Uadi Lammêgo Bulos e Manoel Messias Peixinho.

Já os que seguem a segunda corrente, afirmam existir, como dito, hierarquia das normas constitucionais, configurando a possibilidade de ocorrer antinomia e, por conseguinte, a possibilidade de existência de norma constitucional inconstitucional. São seus ferrenhos guardiões Otto Bachof, Fernando Garrido Falla, Eduardo Garcia de Enterría, Néelson Sampaio, José Souto Maior Borges e este que humildemente escreve este escólio.

É perfeitamente possível e facilmente visualizável a ocorrência de hierarquia entre as várias normas constantes da Carta Magna. Aqui e ali, sempre percebemos a inserção de normas que, pelo seu conteúdo, não deveriam estar na Constituição, e sim, em normas infraconstitucionais. Exemplificando, temos o contido em o art. 242, §2º de que o *Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal*. Para se chegar a esta conclusão, parte-se, ainda, do conceito de Constituição formal e material, já consagrado e aceito pela doutrina. Constituição material é aquela composta por matérias estritamente relacionadas com a organização do poder, a distribuição da competência, o exercício da autoridade, a forma de governo e os direitos da pessoa humana, coletivamente ou de forma individualizada. A Constituição, no sentido formal, abrange normas constitucionais que, pela sua forma, embora disciplinem certas condutas de modo imediato, submetem-se a um processo específico de produção ou alteração disciplinado por outra norma constitucional.

Como afirmado, pode ocorrer que determinada norma não contenha conteúdo relacionado com matérias estritamente constitucionais, conforme dito acima, mas que por estar inserida na Constituição, adquire o *status* de norma constitucional, pela sua forma.

O Jurista Paulo Bonavides, defensor da tese contrária à de Otto Bachof, mas sublime em seu magistério, observou que:

“As Constituições não raro inserem matéria de aparência constitucional. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo, e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política. Entra essa matéria pois a gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional.”⁴

Ratificando mais ainda o entendimento de que a Constituição abriga hierarquia no interior do seu ordenamento, visualiza-se a questão das chamadas cláusulas pétreas, que são melhor explanadas por Zeno Veloso, *in verbis*:

“O poder constituinte originário pré-exclui alguns temas ou matérias do poder reformador. A Constituição, portanto, tem um núcleo imodificável, intangível, simbolizado nas chamadas cláusulas pétreas (...) Estes assuntos são considerados da maior importância, de gravidade máxima, protegidos por uma superlegalidade, não podendo estar submetidos aos riscos e perigos de serem abolidos, alterados ou minimizados por revisões ou emendas constitucionais. Daí, serem resguardados com uma cláusula de eternidade (Ewigkeitsgarantien).”⁵

De idêntico modo é o entendimento da Professora Laís Vieira Cardoso ao discorrer que:

“Na nossa Carta Magna estão, portanto, os princípios e garantias fundamentais dos cidadãos, cláusulas pétreas das quais emanam as demais regras, de modo a formar-se um sistema organizado no qual as regras superiores norteiam as dela derivadas dando-lhes o fundamento de existência, tudo na forma de uma pirâmide hierárquica onde as normas inferiores devem ser compatíveis com as superiores em uma harmonia axiológica. O poder das emendas limita-se primordialmente ao respeito às garantias conquistadas pelos cidadãos, resultado de árduas lutas. Não se trata de obrigar uma geração a acatar os anseios das gerações anteriores ou de perpetuar o desenvolvimento da humanidade, e, sim, deve ser visto como uma manifestação da cidadania garantindo respeito aos direitos individuais e coletivos, resultado do reconhecimento das reais necessidades da sociedade e da vontade popular, externada por seus representantes e garantidora dos princípios da segurança jurídica e da certeza do direito.”⁶

Com supedâneo no que foi suso apresentado, consideramos a existência de hierarquia no seio das normas constitucionais.

IV. A TESE DE OTTO BACHOF

O Professor Otto Bachof polemizou o mundo jurídico ao defender a possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais, durante uma aula inaugural, proferida na Universidade de Heidelberg, no início dos anos 50, aula esta que foi transformada em livro, sob o título: *Normas Constitucionais Inconstitucionais? (Verfassungswidrige Verfassungsnormen?)*.

Vários foram os juristas que contestaram sua tese à época e que, em decorrência do não consenso doutrinário sobre tal questão, até os dias de hoje se mostra bastante atual.

O jurista Otto Bachof discriminou, em sua obra, três contradições ou antinomias entre normas constitucionais: (1) contradição com normas constitucionais de grau inferior, (2) infração de direito supralegal positivado na lei constitucional e (3) infração de direito supralegal não positivado.

A primeira contradição apontada é relativa à hierarquia das normas constitucionais, já explicada no item anterior. O professor Otto explica que uma norma constitucional de significado secundário, acaso fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição, seria inconstitucional e inválida.

As segundas e terceiras contradições se referem à infração de direito supralegal. No seu entendimento, Otto Bachof diz haver limitações ao Poder Constituinte Originário. Lembremos, no início do nosso arrazoado, que tal poder é ilimitado. Todavia, como dito, é ilimitado quanto à ordem jurídica anterior, mas encontra limites justamente no chamado direito supralegal, jusnaturalista. E assim é o entendimento do professor Otto Bachof: de que o direito supralegal é vinculador do constituinte originário, colocando limites a um Poder originariamente ilimitado, com sua obra, a Constituição.

Otto entende que, como o direito supralegal é inerente ao Estado de Direito, atribui também às normas formalmente constitucionais a incrustação desse direito, tendo já destacado ser matéria de Constituição o direito supralegal. Assim, classifica de inconstitucional a norma legal que infringir norma constitucional positivadora de direito supralegal (tanto faz ser formal ou material a norma constitucional) e qualifica de

ilegítima, no atributo de sua obrigatoriedade, a norma constitucional que violar direito supralegal positivado na Constituição. Destaca-se ainda que coloca no mesmo patamar de igualdade o direito supralegal com conteúdo fundamental da Constituição. Na sua dicção, compreende que: “[...] a incorporação material (*Ipsen*) dos valores supremos na Constituição faz, porém, com que toda a infração de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição”.⁷

Afirma ser necessária a positivação do direito supralegal, tendo em vista o objetivo de se atender e alcançar a justiça através do regramento moral e igualitário, tendo dito que “*Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os <<princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica>> e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias*”.⁸

Há, pois, uma necessidade imperiosa de conformação da Constituição com a inserção, em seu bojo, de regras do direito supralegal, sendo, de tal modo, limite à atividade do Poder Constituinte Originário.

Artur Cortez Bonifácio, em seu artigo jurídico “Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário”, editado pela *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, foi quem melhor discorreu sobre esta limitação:

“A nosso ver, há limitações à atividade do constituinte originário. Nesse ponto, há de se admitir que o Poder Constituinte Originário sofre os influxos dos grupos de pressão, sindicatos, associações, organizações não-governamentais, da opinião pública, em derradeira análise. De certa forma, os valores éticos e ideais, a exemplo da justiça e da igualdade, os princípios gerais do direito, enfim, também são limitadores de sua atuação. Isso sem falar na defesa mundial dos direitos humanos e na pujança os tratados internacionais, num mundo globalizado. (...) Sinteticamente, o Poder Constituinte Originário, em ser anterior à positividade constitucional é uma faculdade incondicionada, mas que, por estar vinculado a uma finalidade jurídica, tem limites. Isso sem falar no limite do espaço geográfico, circunspecto à manifestação do poder soberano. Em conclusão, ainda que seja dificultoso objetivar limitações ao Poder Constituinte Originário sob o aspecto formal,

materialmente temos que aceitar a derrocada da tese positivista, em especial em sociedades democráticas e na vigência do constitucionalismo. Afinal, a sociedade democrática hodierna é, por essência, consensual. E há inevitável consenso na limitação material do Poder Constituinte Originário quando o enfoque é, por exemplo, a defesa e proteção dos direitos humanos.”⁹

O professor MICHEL TEMER, de forma sucinta, mas não menos sublime, expôs sobre a matéria:

“A doutrina caracteriza o poder constituinte originário como inicial, autônomo e incondicionado. Não há dúvida, também, de que o constituinte está limitado pelas forças materiais que o levaram a manifestação inauguradora do Estado. Fatores ideológicos, econômicos, o pensamento dominante da comunidade, enfim, é que acabam por determinar a atuação do constituinte.”¹⁰

Em ratificação a tudo que foi dito, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR afirma:

“A noção de poder originário só é válida num sentido formal. Nenhum poder é, de fato, completamente inicial, autônomo e incondicionado. E a sua legitimidade, embora sempre invocada, até mesmo quando ditatorial o poder, não dispensa uma discussão de seus fundamentos. Não é completamente inicial porque o poder é sempre um conjunto de relações entre diversas forças sociais e só formalmente se pode determinar uma delas como o poder de onde derivam os demais poderes. Não é completamente autônomo porque, não só pela aceitação de limitações de ordem social, histórica, cultural, econômica, ideológica etc., ele já vem restringido. Não é completamente incondicionado porque não só frequentemente já recebe prefixadas certas diretrizes básicas, como sobretudo porque tem de atuar e deliberar conforme certas regras que antecedem sua manifestação.”¹¹

Seguindo idêntica linha de raciocínio, o professor VENILTO PAULO NUNES JUNIOR afirma:

“Vê-se, pois, que embora não existam limites jurídicos ao poder constituinte originário, existem limites sociológicos ou materiais, pressões sociais de todas as espécies, interesses que devem ser conformados por aqueles que, de fato, venham a dar corpo à nova Constituição.”¹²

JORGE MIRANDA, conhecido e aclamado doutrinador português, defende a tese das limitações ao Poder Constituinte Originário:

“Daqui não decorre, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições. Não é um poder soberano absoluto – tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição – e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido – aqui trata ele da legitimidade, conforme José Eduardo Faria: O poder constituinte está sujeito a limites.”¹³

O Jurista Otto Bachof demonstrou maior sapiência quando foi mais além, preocupando-se com o terceiro tipo de contradição: infração de direito supralegal não positivado na Constituição.

Conforme prelecionou Celso Antônio Bandeira de Mello e demais seguidores, era segura a existência de princípios supralegais em nosso Ordenamento, mesmo sabendo da não positivação. É o caso do Princípio da Razoabilidade e, antes da Emenda à Constituição nº 19/98, do Princípio da Eficiência, hoje positivado no artigo 37 *caput* da Magna Carta.

De forma congruente, o professor Otto Bachof responde a seus questionamentos de forma a admitir a incorporação desse direito supralegal não positivado na Constituição.

Em sua linha de raciocínio, informa dois argumentos que irão afastar quaisquer dúvidas para o reconhecimento da obrigatoriedade do direito

supralegal não positivado. Primeiramente, sustenta que uma Ordem Jurídica deverá ter o direito supralegal a ela inerente para que possa ser chamada de legítima. Segundo, quando a Constituição reconhece efetivamente a existência do direito supralegal ao realizar a positivação em seu texto, não poderá alegar um reconhecimento parcial, ou seja, deverá reconhecer todo o direito supralegal, inclusive o não positivado. Conclui, pois, que não se reconhece um direito somente pela metade. Reconhece-se por completo a sua existência.

Conclui-se, então, que norma constitucional contrária a direito supralegal não positivado é ilegítima quanto à sua obrigatoriedade.

V. O ENTENDIMENTO DO STF

A Corte Constitucional brasileira, conhecida por Supremo Tribunal Federal – STF, manifestou-se sobre o tema através da ADIn nº 815-3, proposta pelo Governador do Rio Grande do Sul, questionando a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Carta Política de 1988. O argumento central da Ação Direta de Inconstitucionalidade se refere ao tratamento desigual e desproporcional feito ao voto dos cidadãos brasileiros. Enaltece que a norma constitucional em pauta fere princípios constitucionais superiores, que estão albergados pelas cláusulas pétreas, e por consubstanciarem concreções positivas do direito supralegal, estariam num patamar superior de hierarquia. Alega a violação dos princípios da Igualdade (artigo 5º, da CRFB/88), da Igualdade do Voto (artigo 14, da CRFB/88), do exercício, pelo povo, do poder (artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88), da cidadania (artigo 1º, inciso II, da CRFB/88), da Democracia (artigo 1º, da CRFB/88) e do Regime Federativo (artigo 60, parágrafo quarto, inciso I c/c artigo 1º da CRFB/88). E sob fundamento lógico-jurídico, explica de forma técnica que há uma real desproporção e discriminação na divisão existente entre a população do país, participação no PIB e composição do Congresso Nacional. Complementa, ainda, exemplificando, que essas distorções invadem todas as atividades legislativas, ocorrendo esse fenômeno na Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional e na Comissão Mista criada para avaliar exatamente os desequilíbrios regionais. Dessa forma, sublinha que há uma disparidade, um descompasso real nessa divisão, que se torna discriminatória e injusta, tendo em vista que *atribui pesos diferentes a cidadãos absolutamente iguais*. Há uma colisão entre os valores de justiça e de equidade.

Tal entendimento da ADIn, nos termos em que foi proposta, é corroborada pelo jurista José Afonso da Silva na sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo* (São Paulo: Malheiros, 14º ed, 1997. p.338).

Todavia, o STF não conheceu da ADIn alegando que a análise de normas constitucionais originárias não consubstancia, na verdade, questão de constitucionalidade, mas de legitimidade do constituinte originário, escapando da competência do STF a aferição desta legitimidade.

Ademais, o STF despreza a diferenciação doutrinária de normas formal e materialmente constitucionais, informando que em decorrência da rigidez constitucional, descabe a colocação das cláusulas pétreas em patamar superior. Ou seja, entende inexistir hierarquia entre as normas existentes na Constituição.

Seguindo o Tribunal Constitucional Português, o STF rechaçou a hipótese de inconstitucionalidade de norma constitucional, mas não foi a fundo, adentrando no cerne da matéria discutida, já que é o guardião da Ordem de Valores.

Alguns doutrinadores sustentam, a exemplo de Paulo Bonavides, de que seria muito perigoso se o STF também pudesse declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional, como se ele se tornasse um super-poder, quicá acima dos moldes do Poder Moderador de nossa Constituição de 1924.

Todavia, de tal pensamento não perfilamos. Entendemos que o STF tem que interpretar tendo como limite material os próprios fundamentos que fizeram surgir a Constituição, consubstanciados nas cláusulas pétreas e que devem ser motivados, por expressa determinação constitucional (CF, art. 93, IX), estando, portanto fiscalizados pela opinião pública.

VI - ALTERNATIVA DE COMPETÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL SEGUNDO TESE DEFENDIDA POR ANDRÉ LUIZ CARVALHO ESTRELLA

O procurador do Estado do Rio de Janeiro, membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, André Luiz Carvalho Estrella, defende a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais e, em brilhante abordagem, propõe o controle de legitimidade de normas constitucionais através de um sistema misto.

Assim o procurador se pronunciou:

“Não há previsão constitucional para o controle de legitimidade como defendemos. No entanto, boa parte do pensamento tem sustentação na Carta de

1988, como a ideia da participação popular nas decisões políticas fundamentais para a nação. Em nosso caso, o ideal consubstancia-se em conferir efetividade e aplicabilidade à Constituição. Vale dizer, o princípio constitucional de democracia participativa (artigo 1º, § único) e o direito político de participação popular (artigo 14) devem ser exercidos concretamente pelo titular do poder constituinte, i.e., pelo povo. Estaremos, sim, confirmando a prática da soberania popular e não deixando-a abandonada numa “folha de papel”, como Ferdinand Lassale prescreveu em sua obra clássica *A Essência da Constituição*. A Constituição pode ou não representar o efetivo poder social mas, na hipótese de não espelhar os fatores reais de poder, seria apenas a folha de papel. No Estado Democrático de Direito, devemos concretizar os mecanismos de participação popular nas decisões políticas fundamentais, sob pena de ficarmos com uma democracia participativa apenas em uma folha de papel.”¹⁴

Sobre esta ideia de participação popular, que atingiria o controle das normas constitucionais, declarando-se uma possível inconstitucionalidade, continuou o Dr. André Estrella divagando sobre as formas permitidas na Constituição de participação do povo: plebiscito e referendo. Citou, inclusive que em vários países, o referendo é obrigatório para o caso de reforma constitucional, como Cuba, Panamá, Peru, Paraguai, Venezuela, Áustria, Dinamarca, França, Suécia, Coreia, Filipinas e Japão.

Finalizando, com suas próprias palavras, Estrella assim definiu a forma de controle misto da legitimidade das normas constitucionais:

“Assim, o sistema misto de controle de legitimidade seria realizado em duas fases. Na primeira fase, o exercício da democracia participativa terá seu início com a propositura de uma Ação Declaratória de Legitimidade da norma constitucional perante um Tribunal Constitucional. Esse Tribunal não tem apenas a função de guardar a Constituição, mas também de proteção da Ordem de Valores supraleais. A legitimidade ativa para a propositura

da Ação fica a cargo dos Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo Federal e Estadual, do Procurador Geral da República, das entidades de classe com representatividade nacional e da iniciativa popular com participação de pelo menos cinco Estados da Federação.

Na segunda fase, sendo declarada ilegítima a norma constitucional, o Tribunal Constitucional remeterá o processo ao Congresso Nacional, que realizará uma consulta popular por meio de um referendo. Assim o povo, na qualidade de titular do poder constituinte, será consultado sobre a permanência ou alteração da norma constitucional em vigor. Neste caso, estaríamos dando efetividade à Constituição no exato termo de que o poder emana do povo e em nome dele deve ser exercido. Este desenho afigura-se de acordo com o modo de democracia participativa escolhida pelo povo na própria Constituição, artigo 1º, § único c/c artigo 14, incisos I, II, e III ambos da CF88. Logo, o titular do poder constituinte originário constatará que algum valor essencial por ele escolhido não está sendo atendido na sua plenitude, porque a norma declarada ilegítima não o realiza. Essa solução visa a colmatar a quebra da unidade no Ordenamento Jurídico.

Nesse passo, além de politizar mais a sociedade, pelos debates políticos que surgiriam, provocaríamos um deslocamento da força popular, que somente comparece às urnas de quatro em quatro anos, por apenas alguns minutos. Advogamos a tese de que o exercício da soberania popular e a discussão de questões que afetem diretamente o cotidiano formarão pessoas mais responsáveis e conscientes. Assegura-se, então, o ciclo de legitimidade, pois o poder de criar uma Constituição estaria retornando a seu titular originário. O próprio poder que concede é o que pode retirar.”¹⁵

VII. CONCLUSÃO

Com fulcro em todo o contexto explanativo acima, passa-nos a ideia de

que em uma Constituição escrita e rígida como a nossa, todo o seu conteúdo material é decorrente da elaboração de um Poder Constituinte Originário, mas que possui limitações impostas pelo direito supralegal e pela ordem político-social vigorante à época.

Por mais que se possa dar uma interpretação conformativa a todo o regramento existente na Constituição, mesmo assim, pode haver antinomias entre as normas constituídas em seu bojo, ou entre estas e o direito supralegal.

Tais antinomias precisam ser resolvidas e, para tanto, faz-se necessário que um órgão competente o faça. A omissão por parte do STF na matéria em questão é algo que nos traz preocupação e precisa ser resolvido o mais rápido possível. Excelente alternativa nos é dada pelo Dr. André Estrella, servindo como ideia que precisa ser urgentemente posta em prática.

Com isso estaremos fazendo verdadeira justiça social, pois o povo é quem cria a Constituição através de seus representantes legais e passaria, também, a regular a matéria inconstitucional de norma constitucional, sem que, com isso, esteja dando poder supremo ao STF.

UNCONSTITUTIONALITY OF STANDARDS OF THE CONSTITUTIONAL ORIGINATING PLANNING

ABSTRACT: The manifestation of the Supreme Court in ADIn n° 815-DF/1996 about the inapplicability of unconstitutionality between conflicting rules inserted in the Constitution itself did not come to pacify the issue nationally. Rather, the debates have arisen in Germany and continues to be debated in all parts of the world because of a supranational character. For analysis and applicability of the subject in the country, it is necessary a study on the control of constitutionality, of the contradictions and possible alternatives to solve the impasse.

KEYWORDS: Unconstitutional. Control. Antinomy.

Notas

¹ ALEXANDRINO, Vicente Paulo e Marcelo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 6ª ed., p. 02.

² Ob. Cit., p. 03.

³ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 127.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 64.

- ⁵ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p. 146-147.
- ⁶ CARDOSO, Lais Vieira. *Emendas constitucionais inconstitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=116>>. Acesso em: 08 dez. 2008.
- ⁷ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra, Almedina, 1994. p. 63.
- ⁸ Ob. Cit., p. 42 e 43.
- ⁹ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Limitações materiais ao Poder Constituinte Originário*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 42. 2003. p.114-142.
- ¹⁰ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 33.
- ¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte – Assembleia, processo, poder*. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. p. 23.
- ¹² NUNES JÚNIOR, Venilto Paulo. *O conceito de soberania no século XXI*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 42. 2003. p.145-166.
- ¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, Introdução à teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1988. p. 86.
- ¹⁴ ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *Normas constitucionais inconstitucionais (Verfassungswidrige Verfassungsnormen)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 268, 1 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5021>>. Acesso em: 08 dez. 2008.
- ¹⁵ Ob. Cit.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, Vicente Paulo e Marcelo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 6ª ed.
- AZEVÊDO, Pedro Pontes de. *Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 200, 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4724>>. Acesso em: 08 dez. 2007.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra, Almedina, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Limitações materiais ao poder constituinte originário*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 42. 2003.
- CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Leis inconstitucionais ainda constitucionais?* R. CEJ, Brasília, n. 25, p. 85-96, abr./jun. 2004.
- CARDOSO, Lais Vieira. *Emendas constitucionais inconstitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=116>>. Acesso em: 08 dez. 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

- ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *Normas constitucionais inconstitucionais (Verfassungswidrige Verfassungsnormen)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 268, 1 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5021>>. Acesso em: 08 dez. 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte – Assembleia, processo, poder*. 2 ed. São Paulo: RT, 1986.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, Introdução à teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1988.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da justiça constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2007.
- NUNES JÚNIOR, Venilto Paulo. *O conceito de soberania no século XXI*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 42. 2003.
- PIVA, Otávio. *Direito constitucional*. Curitiba: IESDE, 2005.
- POGLIESE, Marcelo Weick. *Possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=115>>. Acesso em: 08 dez. 2007.
- SILVA, Ticiano Alves e. *18 anos depois: quem tem medo de emenda?* Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1193, 7 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9029>>. Acesso em: 13 dez. 2007.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA NOVA PERSPECTIVA DO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO

Ricardo Diego Nunes Pereira*

“A Constituição de 1988 foi feita com características de instrumento de transformação da realidade nacional. Será assim na medida em que se cumpra e se realize na vida prática. Uma Constituição que não se efetive não passa de uma folha de papel, tal como dissera Lassalle, porque nada terá a ver com a vida subjacente. As leis que ela postula serão as garras e as esponjas que a fazem grudar na realidade que ela visa a reger, ao mesmo tempo que se impregna dos valores enriquecedores que sobem do viver social às suas normas.

Que se cumpra para durar e perdurar, enriquecendo-se da seiva humana que nutre e imortaliza, se antes disso o processo de reformas neoliberais, de interesse dos detentores do poder, não a liquidar, pela desfiguração sistemática.”

JOSÉ AFONSO DA SILVA (in Poder Constituinte e Poder Popular, 2000, p. 259)

RESUMO: Esta dissertação tem como tema a nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal em face da jurisdição constitucional (instrumento de defesa da Constituição, em que o STF é o seu guardião-mor), onde se analisa, utilizando-se de pesquisa jurisprudencial, legislativa e doutrinária, o novel paradigma que pretende dar nova feição ao Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade. Uma nova concepção acerca do Controle de Constitucionalidade, do Poder Constituinte, do Equilíbrio entre os Poderes e do Sistema Federativo está surgindo, o que pode estabelecer uma ruptura paradigmática no plano da Jurisdição Constitucional no Brasil.

*Advogado, graduado pela Universidade Federal de Sergipe – UFS, e pós-graduando em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia. Ex-Servidor Público da Receita Federal do Brasil. Autor de diversos artigos jurídicos. Texto elaborado em dezembro de 2009. E-mail: ricardodiego87@hotmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Jurisdição Constitucional. Mutação Constitucional.

INTRODUÇÃO

Em março de 2009, foi noticiada, no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal, uma opinião que bem reflete a situação atual do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. A Senadora Fátima Cleide (PT-RO), referindo-se ao tema dos direitos dos homossexuais (objeto da ADPF 132), afirmou que o Supremo, mais uma vez, vai assumir o lugar do Congresso, que não consegue votar leis específicas sobre questões homossexuais: “Temos muitas dificuldades de avançar; são mais de 40 projetos de lei (sobre esse tema) no Congresso Nacional e infelizmente naquela Casa nós não conseguimos avançar, de forma que a jurisprudência tem nos mostrado que a Justiça sempre garante os direitos”.

Essa avaliação da Senadora, evidentemente, não se limita ao referido problema por ela enfrentado em reunião com o presidente do STF, Gilmar Mendes. Por certo, esse fenômeno de *jurisprudencialização/tribunalizaç o* e de *ativismo judiciário*   expandido¹, fato que se revela na nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal em face da jurisdição constitucional – esta entendida, em sentido amplo, como atividade jurisdicional em matéria de interpretação e aplicação adequada da Constituição, em que o STF é o seu guardião-mor, consoante o art. 102 da CF/88² –, onde se debate o novo paradigma que pretende inovar a feição do Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade, objeto de estudo do presente trabalho.

Essa discussão d -se frente   inoperância do Poder Legislativo – recorde-se que o próprio Senador Garibaldi Alves (PMDB-RN) afirma que “o Congresso está na UTI”³ –, ressurgindo o debate no Supremo Tribunal Federal acerca dos limites da jurisdição constitucional – entendida, agora num sentido estrito, como o próprio controle de constitucionalidade –, no tocante ao controle difuso, levando em consideração os estudos da *Mutação Constitucional*, que significa, consoante Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 57), um processo *informal* de mudanç a da Constituição, dando-lhe novos sentidos e cont dos até então n  alcançados pela sua simples letra, seja pela interpretação, seja por meio da construção (*construction*), ou mesmo dos usos e costumes constitucionais. Observa-se, destarte, que a hermen tica e

a interpretação são figuras importantes para a correta apreensão do conceito de Mutação Constitucional.

Isso tudo se deve, principalmente (mas não somente), à Reclamação 4.335-5/AC, onde o Ministro Relator Gilmar Mendes, seguido de Eros Grau, objetiva a seguinte alteração no sentido normativo do art. 52, X, CF/88, consoante voto deste último:

Passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, a outro texto: compete privativamente ao Senado Federal *dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*. (STF, voto do Min. Eros Grau, DJ 27/04/2007, p. 9/10, grifo nosso)

Sendo assim, em resumo, as decisões em âmbito de controle difuso passariam a ter os efeitos ditados pelo Supremo – com possibilidade de dar os mesmos efeitos de uma decisão proferida no controle concentrado (*erga omnes* e vinculante) –, e não ficar aguardando a boa vontade do enfermo Congresso Nacional para suspender a lei declarada inconstitucional. Registre-se que a Rcl. 4.335-5/AC, até a data de conclusão deste trabalho, ainda não foi julgada definitivamente⁴. Porém, os efeitos extraídos das discussões travadas nos votos dos Ministros já repercutem no mundo jurídico, com publicações de Teses⁵ e outros trabalhos científicos, como este, além de acirrados debates em palestras a respeito do tema.

1. A RECLAMAÇÃO 4.335-5/AC: QUESTÃO PARADIGMÁTICA ACERCA DO CONTROLE DIFUSO

A Reclamação 4.335-5/AC tem tudo para quebrar paradigmas em relação ao controle difuso. Não cabe mais, a essa altura, após tantas argumentações a seu favor, rever uma por uma. Não obstante isso, adiante será vista a posição daqueles que acham tratar-se de uma *Mutação Inconstitucional* aquilo propugnado na Rcl. 4.335, tese essa capitaneada por Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne

Barreto Lima (2007), seguidos por Marcelo Novelino (2009), Pedro Lenza (2009), Wellington Márcio Kubliskas (2009), o professor da Universidade Católica de Petrópolis – UCP, Roberto Wagner Lima Nogueira (2008), e o professor Mestre da Universidade Federal de Sergipe – UFS, Carlos Augusto Alcântara Machado⁶ – o Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação e o Ministro Joaquim Barbosa não a conheceu, mas ambos concederam *habeas corpus* de ofício; de outro lado, há as posições trazidas nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, afirmando ser autêntica a expandida *Mutação Constitucional* no dispositivo da Carta Maior (art. 52, X), corroborando para tanto as posições de Dirley da Cunha Júnior (2008) e, analisando sua obra, André Ramos Tavares (1998).

No ano de 2006, a Defensoria Pública do Estado do Acre ajuizou Reclamação (Rcl. 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes) no STF contra a decisão do Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de vários réus que cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos, fazendo afixar, até mesmo, nas dependências do fórum, comunicado com o seguinte teor, conforme se extrai do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral, que A RECENTE DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proferida nos autos do “habeas corpus” nº 82.959, A QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS QUE VEDAVA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL (ART. 2º, § 1º DA Lei 8.072/90), SOMENTE TERÁ EFICÁCIA A FAVOR DE TODOS OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS OU A ELES EQUIPARADOS QUE ESTEJAM CUMPRINDO PENA, a partir da expedição, PELO SENADO FEDERAL, DE RESOLUÇÃO SUSPENDENDO A EFICÁCIA DO DISPOSITIVO DE LEI declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

O fundamento da reclamação foi que estaria sendo infringida a decisão do STF proferida nos autos do HC nº 82.959/SP (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006), em que a Corte afastou a vedação da progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo, ao considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Sustentam os reclamantes, pois, que a denegação do pedido de progressão de regime desrespeita a decisão do STF, mesmo tendo sido proferido julgamento em sede de controle difuso de constitucionalidade, através do HC 82.959.

Como foi dito oportunamente, a Reclamação 4.335 não foi ainda julgada em definitivo pelo STF, estando, neste momento, empatada a votação (2 x 2). No entanto, os votos já proferidos e o tema em questão lançaram discussões acerca da ocorrência ou não da mutação constitucional no dispositivo do art. 52, X, CF/88, que diz, textualmente, que “*compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

A partir disso, formaram-se as duas correntes supracitadas. Em resumo, a corrente a favor da modificação da competência do Senado para apenas dar publicidade às decisões do STF que suspendam a execução de lei declarada inconstitucional⁷ baseia-se nas alterações no sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil – corrente dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Esse movimento, defendido veementemente por Gilmar Mendes, visa a, dessa forma, atribuir eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto, que já se revestiriam, desde a sua publicação, de eficácia geral e vinculante (teoria da nulidade da lei inconstitucional). Para o Ministro-relator da Rcl. 4.335,

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas. (STF, voto do Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 09/02/2007, p. 31/32)

Na vertente oposta, representada pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, defendeu-se que a interpretação tradicional da regra constitucional deve ser mantida, na medida em que (i) mesmo com o advento do controle concentrado, a Constituição Federal em nenhum momento teria abandonado o sistema difuso, sendo, portanto, indispensável a participação do Senado Federal a fim de se suspender as normas declaradas inconstitucional *in concreto*, além de (ii) não estarem presentes dois importantes requisitos para a configuração da mutação constitucional, quais sejam, o decurso do tempo e o desuso definitivo do dispositivo (cf. KUBLISCKAS, 2009, p. 260).

Para essa corrente, destarte, sendo o art. 52, X, CF/88, uma norma hermética e sendo a mutação constitucional jungida pelo respeito à letra e ao espírito da Constituição, tal dispositivo somente pode ser alterado pelos mecanismos formais de modificação constitucional, sob pena de se incorrer em hipótese de *mutação inconstitucional*. Nesse sentido, entendem Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007), ao afirmarem que a pretensão dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau implicaria “não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (*Sinngenburg*), mas, sim, a substituição de um texto por outro (construído pelo Supremo Tribunal Federal)”.

Combatendo especificamente esse ponto contrário à tese lançada na Rcl. 4.335, mister a leitura de trecho do voto-*vista* de Eros Grau, com especial enfoque no questionamento feito por ele acerca da legitimidade da mutação constitucional visada e nas dicotomias *dimensão legislativa (dimensão constitucional textual) / dimensão normativa (dimensão constitucional normativa)* e *tendência à rigidez (a rigidez do texto) / tendência à elasticidade (a criatividade da interpretação)*, pelo que ressalta que “na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma [processo esse de interpretação, que seria um *minus* em relação ao processo de mutação constitucional], porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”, ou seja, “na mutação constitucional há mais [o *plus*]. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”.

2. ASPECTOS DA DIVERGÊNCIA DA NOVA PERSPECTIVA DO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL X MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

Basicamente, há que se discutir acerca de qual seria o sentido extraído

da norma do art. 52, X, CF/88, que diz, textualmente, que “*compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”, permitindo-se, ao final, com base forte na hermenêutica constitucional, uma alteração no sentido normativo do dispositivo. O problema, entretanto, forma-se à medida que se faz o questionamento sobre a legitimidade daquilo propugnado pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, ou seja, é necessário saber se esse novo quadro está condizente com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Poder-se-ia pensar, inicialmente, que toda abordagem estaria esgotada, de certo modo, em razão da adoção, pela Emenda Constitucional 45/04, da Súmula Vinculante (art. 103-A, CF/88) – sem falar nos outros instrumentos trazidos ultimamente para dar efetividade ao princípio constitucional da razoável duração do processo, instado no art. 5º, LXXVIII, CF/88, que foi acrescido também pela Emenda 45/04, tais como a Lei de Repercussão Geral (Lei 11.418/06)⁸, no âmbito do STF, a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/08), no âmbito do STJ⁹, e, mais recentemente, o II Pacto Republicano¹⁰. Quimera. Até porque muda a estrutura tradicional do controle difuso, argumentos de peso são colocados pelos que dizem ser subversor o posicionamento de mudança de sentido do art. 52, X, CF/88, dentre eles a violação do princípio da Separação dos Poderes, a fundamentação por uma *Mutação Inconstitucional* e a caracterização do Poder Judiciário como um poder constituinte permanente, ilegítimo e autoritário (“ditadura do Judiciário”), ao dar a função ao Senado Federal de mero chancelador das decisões do Supremo. Nesse sentido, pode-se citar Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2007), além de Marcelo Novelino (2009), Pedro Lenza (2009), Wellington Márcio Kubliskas (2009), o professor da Universidade Católica de Petrópolis – UCP, Roberto Wagner Lima Nogueira (2008), e o professor Mestre da Universidade Federal de Sergipe – UFS, Carlos Augusto Alcântara Machado (informação verbal)¹¹. Registre-se, ainda, que o Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação e o Ministro Joaquim Barbosa não a conheceu, mas ambos concederam *habeas corpus* de ofício.

De outro lado, afirmando ser autêntica a expandida Mutação Constitucional no dispositivo da Carta Maior, destacam-se Dirley da Cunha Júnior (2008) e os já referidos Ministros do Supremo, Gilmar Mendes e

Eros Grau, podendo-se mencionar ainda, pelos estudos desenvolvidos, André Ramos Tavares (1998). Adotando uma posição de elasticidade da atuação do Excelso Pretório e do próprio Poder Judiciário, a alteração do sentido normativo seria uma das formas de garantir a autoridade das decisões do STF, transformando-o, assim se entende, em verdadeira Corte Constitucional. Outro ponto importante, destacado por Gilmar Mendes, passa pela questão da própria limitação natural do instituto da suspensão de execução da lei pelo próprio Senado, cuja eficácia não pode ser ampliada quando o caso assim requeira. Ademais, tema reflexo é a necessidade de o direito acompanhar as diretrizes sociais e a aclamação por soluções efetivas e céleres aos problemas concretamente postos.

Como se observa, revelam-se argumentos de uma *Mutação Inconstitucional* e de uma *Mutação Constitucional* para o caso.

Acaso prevaleça essa última posição (a de que é legítima a ampliação dos efeitos no controle difuso), a depender da votação da Rcl. 4.335-5/AC, estabelecer-se-á um verdadeiro corte epistemológico, isto é, uma ruptura de paradigma da Jurisdição Constitucional no Brasil – que, repita-se, já está ocorrendo em virtude de outros fatores em tendência. Diga-se que é inevitável tocar nesse tema e não recair em assuntos conexos como, dentre vários outros, o fenômeno da jurisprudencialização e do ativismo judiciário.

Com essas considerações, vê-se que está aberta uma nova *Caixa de Pandora*, donde pode transbordar, sem embargo do maniqueísmo, tudo de bom e de mau. Entretanto, é intento deste estudo extrair os pontos positivos e fundamentais da tese defendida na Rcl. 4.335, utilizando de diversas fontes, tais como doutrina, leis e jurisprudência, além de partir da premissa de que o Direito não é estático, ou seja, ele sempre está buscando soluções para pacificar o meio social, sendo feita, preponderantemente, uma análise histórica e teleológica dos institutos jurídicos.

2.1 EXEMPLOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NAS NORMAS DA CF/88

A conjugação do caráter aberto de grande parte das normas da Constituição Federal brasileira de 1988 com o fortalecimento do STF como agente concretizador da Lei Fundamental – além do aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade e a alteração da composição do Supremo – importam na relevância do tema acerca da mutação

constitucional no Brasil pós-88.

Alguns exemplos práticos em que o STF introduziu mutações constitucionais nas normas da Constituição de 1988 podem ser citados, com o escólio de Wellington Márcio Kublischkas (2009, p. 251/261):

I. Mutação constitucional e direitos fundamentais:

a) HC nº 82.424/RS e a definição do alcance do termo “racismo” (art. 5º, XLII); b) HC nº 82.959-7/SP e a progressão de pena nos crimes hediondos (art. 5º, XLVI); c) RE nº 251.445/GO e a abrangência do termo “casa” (art. 5º, XI); d) HC nº 74.051-3/SC e a proteção do estrangeiro não residente no Brasil (art. 5º, *caput*);

II. Mutação constitucional e princípio federativo:

a) ADIN nº 276/AL e a adoção das regras do processo legislativo da União pelos Estados-membros (art. 11 do ADCT); b) ADIN nº 1.704/MT, ADIN nº 3.323/DF e o art. 22, XI, da Constituição Federal; c) ADIN nº 2.948/MT e a competência para legislar sobre bingos (art. 22, XX); d) ADIN nº 3.035 MC/PR e a competência sobre produtos geneticamente modificados (art. 22, I, VII, X e XI, e art. 24, I e VI); e) alcance das competências municipais – “assuntos de interesse local” (art. 30, I): AI nº 622.403-AgR e RE nº 182.976 – que reafirmaram que o Município é competente para regular o horário do comércio local; RE nº 397.094 – que fixou que o Município detém competência para impor limites ao tempo de espera em fila dos usuários dos serviços prestados pelos cartórios; ADIN nº 1842/RJ e ADIN nº 2077/BA – referente à definição da competência para saneamento básico, como a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em regiões metropolitanas;

III. Mutação constitucional e regras do processo democrático: Nesse ponto, o STF tem promovido uma *reforma política informal*, ao definir, independentemente da atuação do Parlamento, algumas regras importantes ao funcionamento do jogo democrático: a) RE nº 197.917-8/SP e a fixação

proporcional do número de vereadores (art. 29, IV);
b) MS 26.603-1/DF e a fidelidade partidária (art. 17, § 1º);

IV. Reclamação nº 4.335-5/AC, art. 52, X, da Constituição de 1988 e os limites da mutação constitucional: esse é o caso no qual o STF vem tratando, desde 2007, de maneira mais direta o fenômeno da mutação constitucional, e será objeto de todo o próximo e último capítulo.

Por fim, pode ser acrescida nessa lista, embora não seja mudança de norma da Constituição, a emblemática mutação constitucional ocorrida no *texto* do art. 514 do Código de Processo Penal, feita pelo Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 330, DJ 20/09/2006.

2.2 MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL – DA ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007) redigiram instigante artigo sobre o tema, intitulado *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Nesse trabalho, os autores tratam de diversos assuntos, como o controle de constitucionalidade, poder constituinte, equilíbrio entre os Poderes da República e sistema federativo, tendo como objeto de estudo a famigerada Reclamação 4.335-5/AC e a possível ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional no Brasil.

Eles propõem saber se é “possível atribuir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007), porém já firmando que, caso prevaleça a tese de Gilmar Mendes, haverá, na verdade, a substituição de um texto pelo outro, e não a atribuição de um novo sentido normativo ao texto, ou seja, haverá uma alteração do próprio texto constitucional. Conforme já adiantado parágrafos atrás, Lenio Luiz Streck juntamente com os coautores não concordam com os votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, motivo pelo qual buscam outras alternativas teóricas a fim de contribuir com o acirrado debate.

A despeito dos argumentos de peso retroelencados, o contexto atual (hermenêutico, social, político e jurídico – no caso deste, fortalecido pelos *superprincípios constitucionais*¹²) permite, sim, mudança no texto constitucional do art. 52, X, através de uma “autêntica mutação constitucional”, compondo-se, assim, “um mesmo espaço semântico” na Constituição, para usar as palavras de Eros Grau, no voto proferido na Rcl. 4.335-5/AC.

À GUIA DE CONCLUSÃO

Em certa parte deste trabalho, fez-se referência, com o intuito demonstrar toda a fundamentação das teses antagônicas acerca da querela ao redor do art. 52, X, CF/88, à figura mítica grega da *Caixa de Pandora*. Tudo começou quando Zeus, o deus de todos os deuses, arquitetou um plano contra Prometeu, pois este entregara aos homens a capacidade de controlar o fogo. A título de vingança, Zeus forneceu Pandora e uma caixa a Prometeu, que logo recusou. Epimeteu, irmão deste, porém, aceitou-a, inobstante as advertências lhe dirigidas. Sem conhecer o conteúdo do artefato, manteve protegido em sua morada. Seduzido por sua agora esposa Pandora, Epimeteu caiu em sono profundo, oportunidade na qual, por curiosidade, ela abriu a caixa para espiar o seu conteúdo. Naquele momento, como um efeito em cadeia, libertaram-se várias doenças e sentimentos que atormentariam a existência do homem no mundo, restando preservada, unicamente, a esperança.

Dessa forma, abrir a *Caixa de Pandora* significa que uma ação bem-intencionada pode liberar uma avalanche de repercussões negativas. É nesse sentido que Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2007) põem o tema da mutação constitucional visada no dispositivo da Constituição, como visto: caso prevaleçam os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por mais que seja pragmática e juridicamente científica, pode fazer com que, ao talante da mutação constitucional, sejam colhidos, daqui para frente, os mais diversos frutos de cariz discricionário, em detrimento, inclusive, da vontade da Constituição.

De outro lado, da mesma forma em que sobrou a esperança na *Caixa de Pandora*, é o idêntico sentimento que guia o presente texto, é dizer, embora se espraiaem no universo jurídico argumentações contrárias à nova tendência do STF em sede de controle difuso, é, no fundo, a esperança, encontrada

nos pontos positivos da tese defendida, de se fazerem mais efetivos e de se protegerem ainda mais os **direitos fundamentais** e a **democracia** que leva à conclusão de serem legítimos tais anseios mutacionais (como negar a ampliação para todos dos efeitos de uma decisão que faz prevalecer os direitos fundamentais e a democracia?). Enfim, a Constituição como esperança de realização do Direito.

De fato, vários princípios/teorias dão o tom aos debates, inseridos no contexto da Nova Hermenêutica e do pós-positivismo: *superprincípios* da constitucionalidade ou da racionalidade constitucional (da conformidade), da democracia (do Estado Democrático de Direito – *supercláusula pétrea*), da dignidade da pessoa humana, princípio da nulidade da lei inconstitucional, princípio da supremacia e rigidez constitucional, princípio da razoável duração do processo, da celeridade, da economia processual, princípio da separação funcional dos Poderes, princípio da proibição do retrocesso, princípio da interpretação conforme à Constituição, princípio da individualização da pena (em vista do caso concreto debatido na Rcl. 4.335-5/AC), princípio da igualdade, da legalidade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da concordância prática, da razoabilidade, da ponderação de interesses, da justiça, princípio da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justeza ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização, da força normativa da Constituição, princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança, da precaução, princípio da universalidade da jurisdição, princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Desses princípios, argumenta-se que, principalmente, os princípios da rigidez da Constituição, separação funcional dos Poderes e o do devido processo legal, ampla defesa e contraditório dariam o norte à sucumbência das pretensões enlaçadas na Rcl. 4.335-5/AC. Sem razão, contudo.

O princípio da rigidez, longe de significar impermeabilidade conceitual, é amplamente assegurado pelos processos informais de modificação da Constituição – dos quais faz parte da teoria da Mutação Constitucional – na medida em que estes fazem da opção pelas emendas (processos formais de modificação constitucional) sempre uma *ultima ratio*, quando a Constituição já não cumpre a contento com o seu papel histórico e não consegue atualizar-se por via da interpretação doutrinária e jurisprudencial, ou mesmo por qualquer outra forma disposta pelo processo informal das mutações constitucionais.

Ademais, deve-se fazer uma releitura, em vista da superação histórica, de concepção vetusta da separação dos Poderes, no sentido de ela ser concebida atualmente dentro de um Estado Constitucional-Democrático-Social de Direito ou simplesmente Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*), que visa à plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição – finalidades essas que cabem ao Poder Judiciário, ao dar maior efetividade às decisões judiciais, mormente quando se observa a conjuntura atual de leniência, senão inércia, do Legislativo no Brasil.

Igualmente, as decisões judiciais não deixam de ser democráticas, posto que, ao adequar as premissas equivocadas estabelecidas pelo Legislativo, *diretamente* elas promovem a finalidade pública e os anseios sociais, controlando a “vontade do povo” (manifestada na lei) pela própria “vontade do povo” (manifestada na Constituição).

Quanto aos princípios do devido processo legal (*due process of law*), ampla defesa e contraditório, diga-se que eles hão de ser garantidos, sim, mas, alçado o entendimento da inconstitucionalidade da lei, esta é nula, e sendo nula, não mais deve pertencer ao ordenamento – **Teoria da Nulidade da Lei Inconstitucional** –, momento no qual todos os outros casos concretos devem ser submetidos, de imediato, à eficácia vinculante da decisão judicial do STF. Aqui, apenas no caso servido como paradigma, os referidos princípios deverão constar, sob pena de violar preceito constitucional.

Logo se percebe que os argumentos contrários à nova tendência do STF em sede de controle difuso soçobram (e até passam a fundamentar a legitimidade dessa nova concepção), principalmente quando se tem presente uma outra tendência fundamentadora da primeira citada: a tendência de *abstrativização*, *objetivação* ou *verticalização* do controle concreto, tipicamente difuso, em virtude da extensão dos efeitos do controle abstrato (*erga omnes, ex tunc* e vinculante) para o concreto (*inter partes* e *ex nunc*, caso não haja a suspensão pelo Senado), impondo-se a decisão de Tribunal Superior (*rectius*: Supremo) ao inferior, consoante demonstram os exemplos da legislação (*e.g.* Súmula Vinculante, Repercussão Geral, art. 481, parágrafo único, e art. 557, § 1º-A do CPC) e da jurisprudência do STF (*e.g.* RE 197.917/SP, HC 82.959/SP, Rcl. 4.335-5/AC, MI 670, 708 e 712).

Essa tendência de abstrativização também traz ao controle difuso a possibilidade de o STF, somente em determinadas circunstâncias, poder rever suas decisões – como no caso de declaração de constitucionalidade em

que surjam mudanças das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. Da mesma forma, não serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade os atos não mais suscetíveis de revisão ou impugnação, tudo ao modo das decisões em controle abstrato. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também é passível de limitação de efeitos, como já vem, aliás, se decidindo (Cf., dentre outros julgados, Rcl. 2.391, Rel. Marco Aurélio, DJ 12/07/2007).

Ora, se a súmula vinculante foi implementada, apesar dos pesares, muitas discussões acerca da nova perspectiva do STF esvaem-se. Jogaram-se as primeiras pedras com EC 45/04, e isso faz com que outras sejam arremessadas, como o tema aqui proposto. A destruição das janelas da “casa” (ou da própria casa, se o caso), antes de significar a destruição do núcleo essencial das competências dos Poderes, é, na verdade, uma tendência de efetivação da Constituição e da sua força normativa: destroem-se apenas, nessa visão, as janelas que impedem a reflexão da luz solar, clarão este que nos guiará rumo à segurança jurídica e à justiça (social) a serem implementadas pela Lei Maior.

Some-se a essa tendência os fenômenos da *jurisprudencialização/tribunalização* da Constituição e do *ativismo judiciário*, significando, em resumo, uma nova forma de ver a Constituição, ao ser revelada a criação jurisdicional em matéria constitucional e a autoridade da Jurisprudência (*direito constitucional jurisprudencial*), identificando-se, outrossim, em tempos de explosão de litigiosidade, a interpretação concretizante de certos conteúdos constitucionais, o que denota, certamente, uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, buscando realizar a *justiça social* com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, mormente quando um deles está em crise, como é o caso do Congresso Nacional.

Deriva daí outro ponto importante, que é a superação da visão da função judicial de simples “legislador negativo”, dando-se um novo papel especial (ativo) à Jurisdição Constitucional. Dessa forma, a função criadora do intérprete, concebida dentro de um processo hermenêutico produtivo, traz um modelo onde cabe ao Tribunal Constitucional extrair através da interpretação o sentido da norma que a coloque em consonância com o texto maior, excluindo-se os resultados dissonantes. É a *força normativa das decisões judiciais do Supremo*, mencionada por Eros Grau.

A *Teoria da Mutação Constitucional*, de mais a mais, fornece substrato às

intenções modificativas do art. 52, X, CF/88. Isso porque revela-se como um processo informal de modificação constitucional “por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais”, consoante o conceito anteriormente alocado de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 57).

Nesse processo de mutação, para o referido autor, haveria de ter somente limitações subjetivas – a *consciência do intérprete*, ou seja, a *postura ética do aplicador* em não desrespeitar a norma constitucional através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior –, o que coaduna com os propósitos da tese aqui defendida, já que não traça como limite do fenômeno o *texto* da Constituição, senão a própria Constituição *em sistema*.

Até mesmo o Ministro Eros Grau confirma o sobredito, ao ressaltar, em seu voto, que “na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma [processo esse de interpretação, que seria um *minus* em relação ao processo de mutação constitucional], porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”, ou seja, “na mutação constitucional há mais [o *plus*]. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”.

Além disso, lembre-se que a postura a ser alcançada pela Rcl. 4.335-5/AC respeita, como visto, os princípios fundamentais que norteiam a Carta Maior de 1988, além de prestigiar o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo. De outro lado, não adotar tal postura significa condescender-se com o vazio, a omissão, a inércia legislativa, que, como bem apontou Carlos Augusto Alcântara Machado (1999, p. 135), promove, aí sim, uma *mutação inconstitucional*.

Se mesmo assim *teoricamente* a pretensão de dar nova feição ao controle difuso de constitucionalidade não satisfaz, tem-se que *pragmaticamente* o STF pede socorro, para o fim de fazer valer o art. 5º, LXXVIII, CF/88, em face dos 76.639 processos que julgou somente no ano de 2009 (dados atualizados até outubro), sendo que estrondosos 84% deles (64.479) se referiam apenas a Agravo de Instrumento e Recurso Extraordinário! (cf. anexo, onde se pode verificar também um comparativo entre 1940 a 2009). Por certo, o novel paradigma que se está formando com mais força na Rcl. 4.335-5/AC tende a amenizar a repetição de processos, a demora das decisões

constitucionais sobre importantes controvérsias e o chamado fenômeno das “guerras de liminares”.

Com base em toda a análise feita do instituto jurídico da suspensão do Senado de lei declarada inconstitucional pelo Supremo, entende-se, nos passos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que a norma estabelecida no art. 52, X, CF/88, deve sofrer a mutação constitucional devida e ser lida da seguinte maneira: “*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*”.

Nos trilhos da teoria da nulidade, estender a todos (efeito *erga omnes*), desde sempre (efeito *ex tunc*) e com efeitos vinculantes o entendimento extraído da declaração incidental pelo STF da inconstitucionalidade de uma lei é prestigiar, antes de tudo, a “vontade da Constituição” e a sua força normativa, além do respeito principalmente à legalidade, igualdade e imparcialidade, trazendo, por fim, segurança jurídica *com* justiça social. E não poderia ser de outra forma, já que, nas palavras do sempre lembrado Pontes de Miranda, “*contra a Constituição nada prospera, tudo fenece*”.

CONSTITUTIONAL MUTATION: A NEW PERSPECTIVE OF THE STF IN THE MATTER OF DIFFUSE CONTROL

ABSTRACT: This thesis has as its theme the new perspective of the Supreme Court in the face of constitutional jurisdiction (an instrument of defense of the Constitution, in which the Supreme Court is its chief guardian), which analyzes, using research case law, legislative and doctrinaire, the novel paradigm that intend to rehash the Supreme in office of diffuse control of constitutionality. A new concept about the Judicial Review, the Constitutional Power, the Balance between the Powers and the Federal System is emerging, which may provide a paradigmatic rupture in terms of Constitutional Jurisdiction in Brazil.

KEYWORDS: Judicial Review; Constitutional Jurisdiction; Constitutional Mutation.

Notas

¹ Essa omissão e atrofia do Legislativo, que muitas vezes obriga o Judiciário a “legislar”, não é somente

uma questão do Brasil. Na Lituânia, foi debatido, no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias, ocorrido em junho de 2008, o tema da omissão legislativa na jurisprudência constitucional, onde, “na ocasião, o ministro Gilmar Mendes proferiu uma palestra mostrando que a Constituição brasileira de 1988 permite ao Judiciário exercer funções legislativas em caso de omissão do Congresso Nacional, e fez um relato da experiência da Suprema Corte brasileira no julgamento de casos relativos ao tema”, consoante a notícia publicada em abril de 2009, no portal eletrônico do STF. ² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...]”.

³ Cf. ALVES, Garibaldi. O Congresso na UTI. Veja, São Paulo, n. 2054, 2 abr. 2008. p. 11-15. Entrevista. O seguinte trecho dessa entrevista é revelador da situação atual do Congresso: “O Congresso deixou de votar, de legislar, de cumprir sua função. É uma agonia lenta que está chegando a um ponto culminante. Essa questão das medidas provisórias é emblemática da crise do Legislativo, que não é mais uma voz da sociedade, não é mais uma caixa de ressonância da opinião pública. Está meio sem função. O Congresso está na UTI, e ninguém do mundo político percebe que esse desapareço pelo Poder Legislativo é uma coisa que está minando as suas bases de sustentação e que a qualquer hora poderá haver um momento de maior tensão, de crise entre os poderes. À medida que o Legislativo abre mão de suas prerrogativas, o Executivo [e o Judiciário] invade espaços. Precisamos inverter essa tendência. [...] Essa leniência [agora referindo-se à corrupção que assola o Congresso] tira a autoridade do Legislativo”. Essa situação é tão crítica que o Senador Cristóvão Buarque (PDT-DF) disse, de forma radical, que, no ritmo que se vai, logo alguém proporá a convocação de um plebiscito para decidir se não é o caso de o Brasil fechar o seu Congresso. Para evitar tal situação, o Deputado Federal Michel Temer (PMDB-SP), para quem “o Legislativo só é enaltecido quando o país está saindo de um regime autoritário”, defende que “o Congresso, porém, precisa reagir e promover uma recuperação ética [...]”. Cf. TEMER, Michel. É preciso reagir agora. Veja, São Paulo, n. 2109, 22 abr. 2009. p. 17-21. Entrevista.

⁴ A Rcl. 4335-5/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre e tem como objeto a concessão da progressão de regime aos interessados relacionados na Ação, em virtude da alegação de descumprimento da decisão do STF no HC 82.959 (Rel. Min. Marco Aurélio), pela qual a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondo, ao considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). O julgamento da referida Reclamação encontra-se no seguinte patamar, consoante o acompanhamento processual: “Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator [Min. Gilmar Mendes]; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o habeas corpus, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04.2007.”

⁵ Refira-se, por oportuno, à Tese de Doutorado do professor Lucas Gonçalves da Silva, da Universidade Federal de Sergipe – UFS, cujo título foi obtido em 2009, com orientação de André Ramos Tavares: *Mutação Constitucional pela Justiça Constitucional: Tipologia e Limites*. O referido professor também fez estudos sobre a Hermenêutica e Interpretação Constitucional (mestrado em direito) e O papel do Supremo Tribunal Federal na garantia dos direitos fundamentais.

⁶ Palestra proferida no XVII Simpósio Transnacional de Estudos Científicos (Constitucionalismo e Relações Internacionais – 06 a 10 de outubro de 2008, Universidade Federal de Sergipe – UFS), cujo tema apresentado em 06/10/2008 pelo professor Carlos Augusto Alcântara Machado foi A Constituição de 1988 como Obra Inacabada. Cf. nota da introdução.

⁷ Poder-se-ia pensar em outras soluções nesse mesmo sentido, como atribuir a competência tanto para o STF quanto para o Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional, de forma que não transformasse aquele em mero chancelador das decisões deste, embora tivesse que publicar a manifestação do Supremo quando este agisse suspendendo a lei inconstitucional. No entanto, na prática dá no mesmo, pois o que se está visando aqui é a aplicação da teoria da nulidade e, com ela, o STF teria como dar

efeitos gerais, retroativos e vinculantes mesmo sem disposição do Senado.

⁸ Essa lei foi questionada por meio da ADI 4175, pois restringiria o acesso do cidadão ao STF, porém foi indeferida a inicial pelo Rel. Min. Carlos Britto, DJE 06/02/2009, por falta de pertinência temática quanto ao autor.

⁹ Consoante noticiado em janeiro de 2009, no portal eletrônico do STJ, o Min. Luiz Fux defende que este Tribunal Superior adote também a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral para selecionar as causas que irão a julgamento, o que demonstra a tendência atual em busca da efetividade e celeridade, enfim, da economia processual, pela qual se persegue, com ponderação, a obtenção de maior resultado com o menor uso de atividade jurisdicional.

¹⁰ O I Pacto Republicano, assinado em 2004, gerou toda a modernização do sistema da Justiça e reformulação das leis. O II Pacto Republicano tem três objetivos principais: a proteção dos direitos humanos e fundamentais, a agilização e efetivação da prestação jurisdicional e a promoção de maior acesso à Justiça.

¹¹ Palestra proferida no XVII Simpósio Transnacional de Estudos Científicos (Constitucionalismo e Relações Internacionais – 06 a 10 de outubro de 2008, Universidade Federal de Sergipe – UFS), cujo tema apresentado em 06/10/2008 pelo professor Carlos Augusto Alcântara Machado foi A Constituição de 1988 como Obra Inacabada. Na oportunidade, falou que não concorda com o pensamento de Gilmar Mendes, pois, como propugnada, a mutação constitucional é, na verdade, mutação inconstitucional, apesar de admitir ser a tendência do STF. afirmou, ainda, que “devemos observar o direito brasileiro de acordo com a realidade brasileira”.

¹² **A) O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE**, fazendo com que todos os atos/normas infralegais sejam vinculados (princípio da conformidade) à Constituição rígida e suprema (princípio da rigidez e da supremacia constitucional), segundo as regras da jurisdição constitucional; **B) O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO**, em toda a sua abrangência delineada no tópico anterior, no sentido de fornecer garantia geral aos direitos fundamentais, constituindo-se, com finco na soberania popular e no pluralismo político, em uma democracia representativa, participativa e pluralista; e **C) O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**, também visto anteriormente, compreendendo os direitos e garantias individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e de cidadania (políticos), buscando realizar a justiça social (SILVA, 2000, p. 237/238). Nesse ponto, o art. 5º, § 1º, CF/88, consagra a vinculação das autoridades públicas e do Judiciário às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALBERTON, Genacéia da Silva. *Tribunalização e Jurisprudencialização no Estado Contemporâneo: Perspectiva para o Mercosul*. UNISINOS, 2002. Disponível em: <http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/TRIBUNALIZAcO_E_JURISPRUDENCIALIZAcO_NO_ESTADO_CONTEMPORaNEO.doc>. Acesso em: 03 dez. 2009.
- ALVES, Garibaldi. O Congresso na UTI. *Veja*, São Paulo, nº 2054, 2 abr. 2008, p. 11-15. Entrevista.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Reclamação nº 4335-AC*. Lex – Jurisprudência STF, Brasília.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva,

1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de constitucionalidade*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série Manuais para Concursos e Graduação; 5).

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.

MENDES, Gilmar. Fumaça de casuísmo. *Veja*, São Paulo, nº 2057, 23 abr. 2008. p. 11-15. Entrevista.

MENDES, Gilmar. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *Direito público*, nº 27, p. 7-45, mai./jun., 2009a. Disponível em <<http://www.prto.mpf.gov.br/pub/biblioteca/aspectos.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 nº 162 abr./jun. 2004. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009c.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In: (Neo)Constitucionalismo – ontem, os códigos; hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica*

Jurídica, Porto Alegre, 2004, p. 217-242.

NAZARETH JÚNIOR, Guido; BARBOSA, Thiago Vieira. A Tendência à Abstrativização do Controle de Constitucionalidade Difuso no Direito Brasileiro. *Revista Pensar*, 2009. Disponível em: <http://revistapensar.faculdadepromove.br/revistapensar/art/download_PDF.php?pdf=a34>. Acesso em: 03 dez. 2009.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Mutação constitucional e STF. Limites. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n  1665, 22 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10876>>. Acesso em: 13 mar. 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 6. ed. Niterói (RJ): Impetus, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Jurisprudencializaç o da Constituição e judicialização da política*. In: Círculo Constitucional – V Encontro – (Neo)Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo(s), 10 dez. 2005, Brasília. *Anais*. Brasília: 2005.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular* (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade - O caso dos crimes hediondos*. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio

de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de;

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1.498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 16 abr. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

ANEXO – A

PROCESSOS PROTOCOLADOS, DISTRIBUÍDOS E JULGADOS POR CLASSE PROCESSUAL – 2008 E 2009*

CLASSE PROCESSUAL	2008			2009*		
	PROT.	DIST.	JULG.	PROT.	DIST.	JULG.
AÇÃO CAUTELAR	318	313	534	213	214	386
AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA	192	195	31	140	151	145
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTIT.	2	1	5	3	3	8
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCION.	178	177	182	144	144	193
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCION. POR OMISSÃO	5	5	-	3	3	-
AÇÃO ORIGINÁRIA	49	49	118	31	34	223
AÇÃO ORIGINÁRIA ESPECIAL	1	1	1	2	1	1
AÇÃO PENAL	28	31	63	16	15	66
AÇÃO RESCISÓRIA	69	70	51	37	36	39
AGRAVO DE INSTRUMENTO	64.224	37.783	73.315	47.633	21.933	44.581
AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO	5	-	4	10	-	-
ARG. DESCUMPR. PRECITO. FUND.	49	31	41	42	34	37
ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO	6	-	5	2	-	7
CONFLITO DE COMPETÊNCIA	102	100	140	34	34	59
EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA	3	1	1	1	-	-
EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA	-	-	1	-	-	-
EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO	1	1	1	-	-	1
EXTRADIÇÃO	49	48	118	23	21	78
HABEAS CORPUS	3.648	3.561	5.446	3.659	3.782	5.126
HABEAS DATA	9	9	9	3	3	3

INQUÉRITO	112	114	203	86	90	146
INTERVENÇÃO FEDERAL	32	-	50	24	-	1
MANDADO DE INJUNÇÃO	136	135	52	1.089	1.127	332
MANDADO DE SEGURANÇA	626	605	850	444	463	679
OUTROS	1.643	-	156	332	-	-
PETIÇÃO	252	245	324	189	181	211
PRISÃO PREV. PARA EXTRADIÇÃO	20	19	20	9	9	17
PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE	11	1	-	38	-	22
REC. ORDI. EM HABEAS CORPUS	114	116	163	122	121	143
REC. ORDI. EM MAND. DE INJUNÇÃO	1	1	1	-	-	-
REC. ORDI. EM MAND. DE SEGUR.	98	100	83	95	98	124
RECLAMAÇÃO	1.643	1.625	2.346	1.754	1.837	2.362
RECURSO EXTRAORDINÁRIO	26.727	21.531	45.136	3.810	7.345	19.898
REVISÃO CRIMINAL	5	5	6	3	4	4
SENTENÇA ESTRANGEIRA	-	-	-	-	-	3
SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	242	-	423	286	1	344
SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIP.	106	-	136	69	-	86
SUSPENSÃO LIMINAR	63	-	72	45	-	54
TOTAL DE PROCESSOS	100.781	66.873	130.747	67.051	37.752	76.639

Obs: Total de julgamentos abrange distribuições anteriores

*Dados de 2009 atualizados até outubro.

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

ANEXO – B

MOVIMENTO PROCESSUAL NO STF NOS ANOS DE 1940 A 2009*

Movimentação STF	2009*
Proc. Protocolados	67.051
Proc. Distribuídos	37.752
Julgamentos	76.639
Acórdãos publicados	15.963

Movimentação STF	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	
Proc. Protocolados	105.307	110.771	160.453	87.186	83.667	95.212	127.535	119.324	100.781	
Proc. Distribuídos	90.839	89.574	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938	66.873	
Julgamentos	86.138	109.692	83.097	107.867	101.690	103.700	110.284	159.522	130.747	
Acórdãos publicados	10.770	11.407	11.685	10.840	10.674	14.173	11.421	22.257	19.377	
Movimentação STF	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999

Proc. Protocolados	18.564	18.438	27.447	24.377	24.295	27.743	28.134	36.490	52.636	68.369
Proc. Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385	23.883	34.289	50.273	54.437
Julgamentos	16.449	14.366	18.236	21.737	28.221	34.125	30.829	39.944	51.307	56.307
Acórdãos publicados	1.067	1.514	2.482	4.538	7.800	19.507	9.811	14.661	13.954	16.117
Movimentação STF	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989
Proc. Protocolados	9.555	12.494	13.648	14.668	16.386	18.206	22.514	20.430	21.328	14.721
Proc. Distribuídos	9.308	12.853	13.846	14.528	15.964	17.935	21.015	18.788	18.674	6.622
Julgamentos	9.007	13.371	15.117	15.260	17.780	17.798	22.158	20.122	16.313	17.432
Acórdãos publicados	3.366	3.553	4.080	4.238	5.178	4.782	5.141	4.876	4.760	1.886
Movimentação STF	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979
Proc. Protocolados	6.367	5.921	6.253	7.093	7.352	8.775	6.877	7.072	8.146	8.277
Proc. Distribuídos	6.716	6.006	6.692	7.298	7.854	9.324	6.935	7.485	7.815	8.433
Julgamentos	6.486	6.407	6.523	8.049	7.986	9.083	7.565	7.947	8.848	10.051
Acórdãos publicados	3.328	3.491	3.926	4.340	4.459	3.913	3.377	3.741	3.755	3.554
Movimentação STF	1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969
Proc. Protocolados	6.504	6.751	7.705	8.216	8.960	8.456	7.378	7.614	8.612	8.023
Proc. Distribuídos	5.946	6.682	7.628	8.737	8.526	13.929	7.489	7.634	8.778	10.309
Julgamentos	5.747	6.886	7.436	6.881	7.849	6.241	9.175	7.879	9.899	9.954
Acórdãos publicados	4.422	7.000	7.317	7.316	7.511	5.204	6.611	6.479	6.731	5.848
Movimentação STF	1950	1951	1952	1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959
Proc. Protocolados	3.091	3.305	3.956	4.903	4.710	5.015	6.556	6.597	7.114	6.470
Proc. Distribuídos	2.938	3.041	3.572	4.623	4.317	4.686	6.379	6.126	7.816	7.440
Julgamentos	3.371	2.917	4.197	4.464	3.933	4.146	4.940	6.174	7.302	8.360
Acórdãos publicados	3.395	2.217	2.476	3.388	4.474	3.730	3.794	5.251	6.400	7.980
Movimentação STF	1940	1941	1942	1943	1944	1945	1946	1947	1948	1949
Proc. Protocolados	2.419	2.629	2.496	2.480	2.584	3.422	2.415	2.773	2.729	3.335
Proc. Distribuídos	2.211	2.503	2.310	2.281	2.324	2.566	2.246	2.430	2.569	3.705
Julgamentos	1.807	2.265	2.447	2.355	2.321	1.860	1.819	2.565	2.988	3.269
Acórdãos publicados	1.469	2.105	2.238	2.111	2.001	1.801	1.251	1.992	2.079	2.758

Obs: Julgamentos -- engloba decisões monocráticas e decisões colegiadas.

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

*Dados de 2009 atualizados até outubro.

O ESTATUTO DOS SERVIDORES DE ARACAJU E A INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO

Filipe Cortes de Menezes*

RESUMO: O Estado de Sergipe, dentro da sua autonomia normativa e na concretização do chamado *Poder Constituinte decorrente* editou, em 1989, a sua Constituição. Tal Carta Política Estadual, por simetria ao que prevê a Carta da República, dispõe de mecanismos de Autotutela, dentro dos quais se destaca o controle abstrato de constitucionalidade efetivado por meio da Ação Direta (ADI). Desde a sua criação, a Corte Sergipana julgou várias ações diretas dentre as quais a que declarou inconstitucional todo o Estatuto dos Servidores do Município de Aracaju. Com a referida decisão a norma municipal foi extirpada do Mundo jurídico, entretanto a própria Corte e o Município continuaram a usar a lei. Após a efetivação de pesquisa, por nós realizada em 2007, se demonstrou a existência da ação, entretanto aquele tribunal continuou a usar a lei. Em decorrência da descoberta da ADI começou-se a sustentar a tese da inconstitucionalidade por arrastamento das várias leis que citam o Estatuto revogado, cuja análise da pertinência é o objeto do presente artigo. Por meio deste conseguiu-se visualizar o completo alcance da ADI sobre outras normas do Poder Público Municipal e demonstrar uma opção de resolução de várias questões envolvendo servidores municipais atingidos pela decisão da Ação Direta.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto. Servidores. Inconstitucionalidade. Arrastamento.

INTRODUÇÃO

O estudo do controle de constitucionalidade é de extrema importância tendo em vista que é por meio da sua adequada compreensão que irá se garantir uma efetiva proteção dos ditames contidos no texto constitucional.

* Formado em Direito pela Universidade Tiradentes; Ex-Advogado (OAB/SE) e ex-membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SE; Especialista em Direito Público (IDP-UNOPAR); atualmente é analista do MPSE. E-mail: filipe_cortes@yahoo.com.br

Os diversos tipos de controle não se confundem. Em que pese se buscar, por meio de ambos, o mesmo desiderato, a defesa da incolumidade jurídica constitucional, a forma de fazê-lo, é diversa.

No controle abstrato de constitucionalidade, a defesa da norma se faz por meio de ações genéricas, dentre as quais a mais conhecida é a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nesta ação não há partes, mas legitimados, não há lide do ponto de vista fático, mas um conflito normativo-jurídico que causa um dano ao sistema retirando o seu equilíbrio e efetividade. De igual sorte, poucos são órgãos com competência para julgar a ação.

Já no controle difuso a defesa constitucional é exercida em processos individuais ou coletivos nos quais as pretensões não se atêm à declaração de inconstitucionalidade de determinada norma. Ditas pretensões são aqueles idealmente positivadas nas normas infraconstitucionais. O mesmo pode ser suscitado por qualquer parte no processo, não havendo “concentração de legitimação”. De igual maneira, todos os órgãos do Judiciário podem decidí-la, ao contrário do que ocorre no abstrato, ou por via principal.

No presente artigo irá se analisar, de forma breve, como funcionam tais formas de controle, em especial em âmbito estadual, com base no poder constituinte decorrente, bem como contextualizar o assunto com o decidido na ADI 004 do Tribunal de Justiça de Sergipe e com o tema da inconstitucionalidade por arrastamento.

A importância do presente artigo pauta-se, dentre outras coisas, em apontar uma solução jurídico-constitucional para o problema ocorrido com a aplicação da supracitada ação, ou melhor, da lei por ela declarada inconstitucional, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, o que foi detectado em pesquisa de nossa autoria. Desmonstrar-se-á até que ponto o *decisum* reflete sobre outras normas que com ela guardam relação.

1. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE¹

O ordenamento jurídico consiste num complexo de normas e valores organizados que tem na Constituição a norma suprema. Não se admite qualquer antinomia de normas infraconstitucionais para com os princípios e normas constantes daquela. Tal norma constitucional possui natureza política como bem já assentou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

(...)Em verdade, a Constituição é Código *Político*,

sobretudo pela sua origem e pelo seu objeto. Pela sua origem, por advir do único poder que funda o Ordenamento sem nesse Ordenamento mesmo se fundar sequer de modo reflexo (e já vimos que esse poder fundante do Ordenamento é eideticamente político). Pelo seu objeto, porque esse objeto, sendo essencialmente o Estado, carrega para a Constituição a politicidade que envolve tudo quanto se refira à estruturação estatal.²

Este sistema hierárquico de normas já fora graficamente demonstrado, através da forma piramidal, pelo jurista alemão Hans Kelsen. Trata-se de uma estrutura escalonada de normas em que a Constituição figura no posto mais elevado, independente de se exteriorizar através de um ato legislativo ou pela via do costume.³

Quando, na realidade fática são elaboradas normas em desacordo com a Carta da República ocorre o chamado vício de inconstitucionalidade. Neste sentido já se posicionou o conhecido constitucionalista Paulo Bonavides asseverando que:

(...) As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem com a ordem valorativa da Constituição...⁴

A inconstitucionalidade pode ser formal ou material. A primeira ocorre quando a norma infraconstitucional é elaborada em desacordo com o processo legislativo previamente estabelecido pela Constituição (Federal e Estadual) e pela lei orgânica, no caso de normas municipais; Já o segundo, quando há violação aos princípios e às normas contidos na Carta Política. Neste sentido, pronuncia-se o Prof. José Joaquim Gomes Canotilho, *in verbis*:

“Vícios materiais: São aqueles que respeitam ao conteúdo do acto, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no ato e as normas ou princípios da Constituição. No caso

de inconstitucionalidade **material** ou **substancial**, viciadas são as disposições ou normas singularmente consideradas.”⁵

Para sanar o vício de inconstitucionalidade, a Constituição prevê o chamado sistema de controle de constitucionalidade. Este pode ser preventivo (o que ocorre na fase de elaboração normativa nas casas legislativas) ou repressivo (através do Poder Judiciário).

Quando tal controle é feito, tendo por base somente a norma em tese, desvinculada de qualquer caso concreto, é denominado de *abstrato, concentrado, por via de ação*. Acerca do tema já afirmou o jurista Nagib Slaibi Filho, *in verbis*:

(...) Denomina-se sistema de controle de constitucionalidade ao conjunto de instrumentos previstos pela Lei Maior para a salvaguarda de sua supremacia, fundando-se na necessidade de preservar a soberania do poder constituinte em face de qualquer outro poder.⁶

Quando a norma eivada do vício de inconstitucionalidade é federal ou estadual, cabível é o controle perante a CR/88 (quando a contradição principiológica for diante da Carta Política Federal). Neste sentido, *in verbis*:

(...) Já o **concentrado** (via de ação direta), introduzido na Constituição brasileira de 1965 pela EC nº 16/1965, é um sistema de controle que visa a declaração de inconstitucionalidade, em tese, da lei ou ato normativo federal ou estadual ou distrital, sem a necessidade da presença de um caso específico, razão pela qual é o mesmo conhecido como *abstrato e genérico*. Entretanto já havia desde a Constituição de 1934 a representação interventiva, a ser promovida pelo Procurador Geral da República⁷

Quando a norma cuja constitucionalidade analisada é estadual, cabível é o controle tanto perante a Carta política federal (quando a violação for perante preceito da CR/88) quanto diante da Constituição Estadual (quando o preceito constitucional violado for da Constituição estadual ainda que de

repetição obrigatória- Rcl.383-SP.rel.Moreira Alves,DJ.21.05.93).

Este controle de constitucionalidade, seja a nível federal seja no âmbito do Estado-membro, será materializado através das ações genéricas. No âmbito federal são cabíveis: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por ação, por omissão e a interventiva; Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

O primeiro tipo de ação (ADI por ação), regrada a nível federal pela Lei 9.868/99, é utilizado quando a inconstitucionalidade decorre da existência, daí o verbo *agir* indicando atividade, de preceito infraconstitucional em confronto com os previstos na Carta da República.

Neste sentido, já afirmou Celso Ribeiro de Bastos ao dizer que a ADI por ação é “aquela que se caracteriza pela prática de um ato, pela edição de uma lei ou pela materialização de um comportamento em antagonismo ao preceituado na Constituição”⁸

Já o segundo tipo de ação (ADI por omissão) é empregado quando o legislador infraconstitucional ou a administração pública não edita a norma que condiciona a eficácia de determinado preceito constitucional, a exemplo do artigo 7º, inciso I da CR/88.

Existe ainda a nível federal a ação direta interventiva que é utilizada quando a norma infraconstitucional viola os chamados *princípios constitucionais sensíveis*, dispostos no art.37, inciso VII da CR/88.

E por último, a nível federal, é cabível a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a qual visa a tutelar os direitos fundamentais da Constituição. Quando estes são infringidos pela edição de uma norma estadual ou federal infraconstitucional, cabível é este remédio jurídico.

Sendo mister salientar que, como preceitua o art. 4, §1º da Lei 9.882/99, a mesma possui caráter subsidiário, ou seja, só pode ser utilizada quando as outras ações genéricas já expostas forem insuficientes para sanar o vício de inconstitucionalidade. Entendimento que encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. O CONTROLE DE NORMAS MUNICIPAIS

A efetivação da autonomia municipal ao alvedrio dos limites constitucionais constitui afronta aos ditames a serem saneados pelo controle

de constitucionalidade que tem, na forma abstrata, a maneira mais célere e eficaz de combate à violação à Constituição.

Quando a norma municipal afrontar a Constituição esta pode ser defendida por meio da Ação Direta (ADI) a ser julgada pelo Tribunal de Justiça, conforme expressa autorização da Carta da República (art. 125, §2º), e na qual tem no dispositivo da Carta Estadual a sua única causa de pedir.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara sobre o ponto, a exemplo do decidido na Rcl.383-SP,rel.Moreira Alves,DJ.21.05.93; Re 161390 –Al rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 27.10.94 e no RE 176482-SP, Min. Maurício Corrêa,DJ,13.03.98.

Neste diapasão a lei orgânica por esta não ter natureza constitucional (Re 175087 SP, rel.Min. Néri da Silveira, DJ19.03.2002) não pode ser a causa de pedir da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que pese ser a lei mais importante do Município, com fundamento direto da Carta da República(art.29 da CR/88). Na sintonia deste dispositivo o qual expressa a dupla limitação da referida lei à Constituição Federal e à Estadual muito bem já explanou o jurista Helly Lopes Meirreles, *in verbis*:

“A capacidade de auto-organização vem expressa no art.29, *caput*, da CF, com a permissão de o Município elaborar sua própria lei Orgânica. Dessa forma, o Município atinge o posto mais alto de sua autonomia política, *devendo submissão apenas aos dispositivos constitucionais*”⁹⁹(grifo nosso)

Descabe, de igual maneira, alegar como único fundamento jurídico do pedido da ADI, julgada pelo Tribunal de Justiça, norma da Constituição Federal RE 213120-BA,rel. Min. Maurício Corrêa,DJ.02.06.2000. Faz-se imprescindível, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, a indicação do dispositivo constitucional estadual violado, ainda que *de reprodução obrigatória* (Rcl.383-SP,rel.Min. Moreira Alves,DJ.21.05.93). Sobre esta espécie de norma muito bem preleciona a doutrina mais balizada, *i.v*:

(...) as normas que a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, impõe à observância do Estado devem ser transplantadas (normas de reprodução) para as Constituições estaduais, ao passo que as outras

podem, ou não, ser copiadas (normas de imitação) por estas.

Entendimento diverso implicaria indevida submissão do STF às decisões da Corte local em decorrência da sua eficácia *erga omnes*, na medida em que nenhum Tribunal do país, inclusive esta Suprema Corte tem competência para julgar originariamente ADI de lei municipal em violação direta da CR/88 (AG.Reg. na Petição 2.788-4 RJ, rel.Min. Carlos Velloso,DJ.31.10.2003). Por este argumento é que fora suspensa, por meio da Resolução n. 15 /2005 do Senado Federal, na forma do art.52 inc.X da CF/88, a expressão “Federal ou da” contida no art.106, inc.I, alínea “c” da Constituição Sergipana.

Como efetivação do poder constituinte decorrente diversos Estados-membros instituíram, por intermédio de suas Constituições, ações genéricas em defesa da Constituição Estadual quando a norma violadora for Estadual ou Municipal. De acordo com a Constituição de cada Estado-membro, umas ou outras serão admitidas.

Em obra da nossa lavra¹⁰ realizamos um estudo, em todas as Constituições Estaduais, sobre tais ações, cujo resultado é exposto na forma de gráfico, por meio do qual se observa que: em todos eles está prevista ADI por ação, em quase todos se permite ADO, em alguns há a previsão de Ação Declaratória e até de ADPE.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, ao tratar do controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais, elucidativamente assim preleciona:

(...) O controle da constitucionalidade das leis estaduais e municipais frente à Constituição Estadual representa modo mais característico de asseguramento da autonomia estadual. Sendo a criação de uma Constituição forma de exercício dessa autonomia, mecanismo de controle do respeito à sua Lei fundamental é, também, afirmação desta”.¹¹

3. O CONTROLE NO ESTADO DE SERGIPE

A história constitucional do Estado de Sergipe não se resume à Constituição promulgada em 1989, após o advento da Carta Magna da República. Antes daquele documento político, outros lhe precederam a

exemplo das Cartas Políticas de 1892, 1903, 1947 e 1967.

Entretanto, como exposto na obra¹² de nossa lavra alhures comentada, o Estado de Sergipe apenas positivou o controle abstrato de constitucionalidade de normas municipais com o advento da Constituição Estadual de 1989, mediante autorização da Constituição Federal (art. 125, §2º e art. 25, ambos da CR/88). Foi previsto como mecanismo de concretização a ADI (por ação, por omissão, interventiva), sendo os legitimados ativos previstos no art. 108 (as duas primeiras) e art. 23, inc. IV (a terceira), e o Pleno do Tribunal de Justiça, o órgão competente para julgá-la.

Na ação, o Procurador Geral de Justiça atuará na função de fiscal da lei, exceto quando for ADI interventiva (na qual será autor) devendo ser previamente ouvido, nos termos do §1º do art. 108 da Constituição Estadual. Em caso de omissão inconstitucional, julgada em ADO, uma vez declarada será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências cabíveis, e em se tratando de Poder Executivo para fazê-lo em 30 dias, à luz da dicção do §3º do art. 108 da Carta Estadual, preceito que deve ser analisado à luz da discussão sobre a ADO a nível do STF, ou seja, sobre se a tal ação deve ou não se imprimir o efeito concretista. Será competente para julgá-la, originariamente, com fulcro no art. 106, inc. I, alínea “h” da CESE, o Tribunal de Justiça, por meio do seu órgão plenário (art. 400 da Resolução 17/04 do Tribunal de Justiça de Sergipe).

O procedimento da ação está disciplinado nos artigos 185 a 196 desta mesma resolução (regimento interno da Corte). Da decisão da Corte caberá Recurso Especial e Extraordinário, podendo este último ser interposto até pelo Ministério Público Federal (art. 37, p.u da LC 75/93), na hipótese da norma constitucional violada se qualificar como de *reprodução obrigatória*. Na ADI por ação, o Procurador Geral do Estado atuará como curador da norma assim como ocorre, por simetria, a nível do STF, com o advogado geral da União.

Algumas ações diretas de inconstitucionalidade de normas municipais foram ajuizadas desde a promulgação desta Constituição, em 05 de outubro de 1989, em especial do Município de Aracaju. Dentre as quais se destaca a que deu origem ao Processo nº 1995100415 (ADI 004/91), cujo julgamento foi prolatado no Acórdão nº 120/93 que teve o trânsito em julgado no ano de 1993, como adiante se demonstrará.

Tal ação se destaca justamente porque teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.464/88 (Estatuto dos Servidores

de Aracaju) e em decorrência do Poder Público Municipal assim como o Tribunal de Justiça continuar ainda a usar a norma revogada.

4. O ESTATUTO DOS SERVIDORES E A INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO

4.1 ADI 004-INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DOS SERVIDORES DE ARACAJU

A não subsistência jurídica do Estatuto dos Servidores de Aracaju (Lei Municipal nº 1.464/88) é manifesta, em virtude da sua declaração, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela Corte Estadual, cuja decisão de mérito transitara em julgado há mais de 15 anos. Com efeito, o **TJSE**, no Acórdão nº 120/93 (fls.102/109), referente ao Processo nº 195100415 (ADI 004/91), **declarou inconstitucional toda a Lei nº 1.464/88** que transitou em julgado, tendo em vista ter sido publicada em 26.04.93 e até os dias atuais não ter sido interposto qualquer recurso.

Tal situação jurídica não fica elidida pela aplicação, de certa forma contraditória, pela Corte Estadual, da referida lei em processos concretos a exemplo do processo que teve por decisão proferida na APELAÇÃO CÍVEL nº 4353/2008, Acórdão nº 82/2009 do TJSE. Aproveitando-se tal decisório irá a partir de então, de forma breve, enfrentar o tema da “inconstitucionalidade por arrastamento” e sua relação com a ADI 004/91.

O Tribunal de Justiça de Sergipe, no supracitado recurso cível, necessitou analisar os reflexos da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por ele julgada, em 1993, na LC nº 61 e verificar se ocorreria a sua inconstitucionalidade por arrastamento, em virtude da correlação lógica entre as normas.

A Corte concluirá, com a devida vênia, de forma equivocada, que a ADI 004/91 não teria declarado a inconstitucionalidade de toda a Lei 1.464/88, mas apenas do seu regime jurídico e assim não haveria a inconstitucionalidade por arrastamento da LC municipal nº 61.

Analisando-se o teor do Acórdão nº 120/93 proferido em sede daquela ADI nº 004/91, em especial o seu dispositivo, percebe-se que a Corte Estadual, de forma expressa, declarou a inconstitucionalidade de todo o Estatuto dos Servidores do Município de Aracaju (“Por estas razões, julgar procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.464/88”).

O pedido do autor da ADI nº 004/91 consistiu na declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos da lei que possibilitavam, à época do ajuizamento da ação, a co-existência, no Município de Aracaju, do regime estatutário e celetista. Suscitou o autor, Prefeito, que havia, na época, violação ao art.39 da CF, uma vez que a sua redação originária só permitia à Administração Pública a instituição do regime jurídico único (estatutário ou celetista).

Tal pedido implicou em prejuízo de toda a lei, de sorte que a declaração da sua inconstitucionalidade culminou em nulidade de todo o diploma legislativo. Não fora por outro motivo, entendemos, que a época do julgamento da ADI 004/91, a Corte Estadual declarou expressamente a inconstitucionalidade de toda a lei, e não apenas de alguns de seus dispositivos. Em outras palavras, **se a parte principal do diploma é inválida, o mesmo (o diploma legal) resta prejudicado, afinal “o acessório segue o principal”**.

Ademais, ressalte-se que na decisão judicial o que faz coisa julgada é a sua parte dispositiva que, se não impugnada, resta imutável.

Caso se considerasse que o acórdão do TJSE tivesse decidido além do pedido na exordial (decisão *extra petita*), **deveria ter sido o mesmo embargado**, recurso expressamente previsto em sede de ADI (Art.26 da Lei nº 9.868/99. Contudo, tal decisão colegiada **nunca** fora impugnada, **não sendo possível, portanto, presumir-se** tal “excesso” no julgamento.

Não pode uma decisão individual proferida em sede de Apelação Cível 4353/2008, Acórdão nº 82/2009, modular os efeitos da decisão proferida em sede de “Ação Direta de Inconstitucionalidade”, emitida há cerca de 15 anos, transitada em julgado e que, de acordo com a mais balizada doutrina e jurisprudência, possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Se a decisão proferida em sede de ADI, **transitada em julgado**, não pode, pela literalidade do art. 26 da Lei nº 9.868/99, ser impugnada sequer por ação rescisória, muito menos o poderá mediante recurso de apelação cível, proferido em causa individual.

Por tudo isto, entendo, *permissa vêniam*, que a Lei nº 1.464/88 não mais se encontra no “mundo jurídico”, estando atualmente em vigor, em alguns aspectos, o antigo Estatuto dos Servidores (Lei Municipal nº 160/70), tendo em vista o efeito repristinatório da decisão em ADI (RTJ 187/161-162 - RTJ 194/504-505 - ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 3.148/TO, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Deste modo, o antigo Estatuto dos Servidores Municipais está em vigor apenas em relação a temas não posteriormente regulamentados por lei especial (§ 1º do art.2º do DL 4.657/42), o que não é caso do presente, como doravante demonstraremos.

Não é o parâmetro, método hermenêutico, proposto pelo TJSE que soluciona a presente lide. Outros devem ser os critérios jurídicos utilizados. Para tanto, resta analisar como se dá a correta aplicação da chamada “inconstitucionalidade por arrastamento”.

4.2 INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO

4.2.1 PREMISSAS GERAIS

Consoante leciona o saudoso jurista Pedro Lenza, a inconstitucionalidade por arrastamento se relaciona, intrinsecamente, aos limites objetivos da coisa julgada e produção dos efeitos *erga omnes*. O saudoso jurista muito bem define o instituto da seguinte forma, *i.v*:

“Pela referida teoria da **inconstitucionalidade por “arrastamento”** ou “**atração**” ou “**inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados**”, se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior - tendo em vista a **relação de instrumentalidade** que entre elas existe - também estará eivada pelo vício de inconstitucionalidade ‘consequente’, ou por ‘arrastamento’ ou por ‘atração’”¹³.

Assim, existe uma verdadeira relação **de dependência normativa**, não num sentido de subordinação hierárquica, mas de **complementação normativa**, de sentido. Assim, pode-se dizer que existe uma norma principal e uma norma acessória ou dependente numa visão unitária do sistema jurídico por meio do qual se analisam os seus vários elementos integrantes e não apenas algumas normas isoladas.

Segundo a obra de Gilmar F. Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Gustavo G. Branco:

A dependência ou a interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos constitucionais mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial da ação. [...]»¹⁴.

A temática é delineada, principalmente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, doravante comentada. Por ora, podemos asseverar que no controle abstrato de constitucionalidade a análise da matéria é pertinente. Isto porque na ADI existe a chamada **causa de pedir aberta** presente no estudo e que está presente também nas demais ações genéricas do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, nestas ações o Tribunal, na análise da *causa petendi*, não fica limitado apenas aos dispositivos ditos violados pelo autor, se atendo tão somente ao pedido declaratório. Neste diapasão a Corte deverá ou não *declarar* a inconstitucionalidade, contudo a **extensão desta variará** a depender da cognição constitucional efetivada pela Corte.

A vinculação à declaração na ADI relaciona-se ao princípio da inércia, que impede o Supremo de declarar a inconstitucionalidade *ex officio*, devendo ser provocado para tal e, igualmente, ao princípio da congruência, melhor explicitado na lição de Canotilho:

Este princípio, intimamente ligado ao princípio dispositivo, sofre algumas e importantes correções em direito processual constitucional. Em todo o seu rigor, ele postularia a inadmissibilidade de apreciação jurisdicional relativamente a questões não debatidas e consequente exclusão de declaração de inconstitucionalidade de normas que não tivessem sido impugnadas no processo. Se isto é assim em processos de fiscalização concreta (e mesmo aqui há problemas), já o mesmo não acontece nos processos de fiscalização abstracta onde podem existir **inconstitucionalidades consequenciais ou por arrastamento, justificadas pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados**¹⁵. (Grifos nosso)

Este, por sua vez, decorre do princípio do pedido, que veda o julgamento

aquém ou além do objeto da ação judicial (*citra e extra petita*).

Em outras palavras: se é arguida a inconstitucionalidade em tese, por exemplo, com fundamentação que atine ao artigo X de uma dada lei, o STF deverá fazer o juízo sobre a constitucionalidade ou não de tal dispositivo levando em consideração todo o texto constitucional. Não poderá, em regra, declarar a inconstitucionalidade, v. g., do artigo Y da mesma lei, devendo se ater ao que lhe fora pedido.

Contudo, de forma excepcional, o Supremo poderá, em verdadeira mitigação do princípio da congruência, estender a inconstitucionalidade a dispositivo não impugnado na inicial, desde que tal dispositivo guarde uma conexão necessária (relação de complementaridade normativa), significando uma relação de dependência lógico-normativa (acessoriedade), com o dispositivo que fora declarado inconstitucional. É a chamada inconstitucionalidade por atração, consequencial ou por arrastamento.

Ora, isso ocorre em razão de o ordenamento jurídico ser um conjunto harmônico normativo (bloco hermenêutico-constitucional), e não um amontoado de normas sem sentido.

Desta maneira, a título de exemplo, registre-se que o STF utilizou da inconstitucionalidade por arrastamento no julgamento na ADI 1.144.

Tal inconstitucionalidade, em regra, é declarada no que tange a dispositivos de uma mesma lei. Contudo, o STF proferiu declaração de inconstitucionalidade por arrastamento de decreto regulamentar ulterior em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação¹⁶.

Note-se que a doutrina biparte a inconstitucionalidade por arrastamento em vertical, quando há dependência hierárquica entre as normas relacionadas (como decreto que regula lei) e arrastamento horizontal, quando as normas situam-se no mesmo patamar hierárquico.

A inconstitucionalidade consequencial, por dependência lógica, de complementaridade normativo-axiológica, portanto, se refere à declaração de inconstitucionalidade que produz efeitos em outros dispositivos que não os originariamente inquinados.

A ação genérica que ensejou a declaração de inconstitucionalidade da norma principal deve, obrigatoriamente, ter sido concebido na modalidade concentrada (ou abstrata) de controle de constitucionalidade, não sendo, portanto, admissível a utilização da teoria da inconstitucionalidade por atração no controle incidental¹⁷.

Além de mais, necessita-se perceber a relação de interdependência lógico-normativa (de significado) entre a norma considerada como principal e a norma considerada como consequente, dependente, acessória. É o que observa a Ministra Ellen Gracie no corpo do acórdão da ADI 3645, *in verbis*:

*Constatada a ocorrência de vício formal suficiente a fulminar a Lei estadual ora contestada, reconheço a necessidade da **declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento** de sua respectiva regulamentação, materializada no Decreto 6.253, de 22.03.06. Esta decorrência, citada por CANOTILHO e minudenciada pelo eminente Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 437-QO, DJ 19.02.93, **ocorre quando há uma relação de dependência de certos preceitos com os que foram especificamente impugnados, de maneira que as normas declaradas inconstitucionais sirvam de fundamento de validade para aquelas que não pertenciam ao objeto da ação.** Trata-se exatamente do caso em discussão, no qual “a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei a que refere o decreto executivo (...) implicará o reconhecimento, por derivação necessária e causal, de sua ilegitimidade constitucional” (voto do Min. Celso de Mello na referida ADI 437-QO). No mesmo sentido, quanto à suspensão cautelar da eficácia do ato regulamentador, a ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. (grifos nossos).*

4.2.2 DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Não se pode falar do tema sem comentar a posição do STF. Tal Corte, em várias decisões, deixou assente uma série de paradigmas necessários à adequada compreensão da temática.

Com base no entendimento da Corte Superior pode-se asseverar que a inconstitucionalidade por arrastamento não se configura como, apenas, mera consequência lógica do reconhecimento judicial da inconstitucionalidade da norma principal. Necessária se faz a declaração da *norma arrastada*, não se podendo simplesmente presumi-la (RE 459153 AgR / SP - SÃO PAULO, Rel.Min. EROS GRAU, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008).

Reconhece-se, na temática, que determinados preceitos de uma lei lhe são principais, de sorte que quando forem declarados inconstitucionais todo o diploma legislativo resta esvaziado de sentido, acarretando a inconstitucionalidade por arrastamento dos seus demais preceitos (ADI 1144 / RS - RIO GRANDE DO SUL , Rel.Min. Min. EROS GRAU, DJ 08-09-2006 PP-00033)

A relação de dependência normativa (lógica, não hierárquica) ocorre não só de forma intra-legal (dentro de uma mesma lei) mas também entre leis diversas, inclusive de espécie diferente. Nesse sentido, ocorre a relação norma principal-dependente até entre leis ordinárias e complementares ou entre normas legais e a Constituição Estadual(ADI 4009 / SC - SANTA CATARINA , Min.Rel. EROS GRAU, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009)

A inconstitucionalidade por arrastamento pode ser também entre normas do mesmo texto legal. Nesse sentido, a inconstitucionalidade de um artigo pode implicar a dos seus parágrafos (ADI 173 / DF - DISTRITO FEDERAL, Rel.Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009)

A relação de “principal-acessório”, relação lógica normativa, pode ocorrer também entre normas da Constituição Estadual (ADI 2501 / MG - MINAS GERAIS, rel.Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008)

Os dispositivos declarados inconstitucionais por arrastamento não necessitam ser indicados na exordial da ADI ao lado da norma principal impugnada, se isto puder ser inferido da ação, e se tiverem a mesma causa de pedir e mesmo sentido normativo (ADI 2982 ED / CE – CEARÁ, Rel. Min. Min. GILMAR MENDES, DJ 22-09-2006 PP-00029 e ADI 2982 QO / CE - CEARÁ , Relator(a): Min. GILMAR MENDES, DJ 12-11-2004 PP-00005)

Ainda de acordo com o Supremo Tribunal Federal há a possibilidade de aplicação de técnica de interpretação conforme à Constituição tanto para a norma principal quanto para a norma “dependente” que vá se entender como inconstitucional por arrastamento(ADI 3255 / PA - PARÁ, Rel.Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe-157 DIVULG 06-12-2007)

A declaração de inconstitucionalidade da lei implica a consequencial ou por arrastamento inconstitucionalidade do decreto regulamentar superveniente, em razão da relação de dependência lógico-normativa.

Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente(ADI 3645 / PR - PARANÁ, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, DJ 01-09-2006 PP-00016)

A temática da declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento é aplicável até mesmo em matéria processual penal(ADI 2797 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 19-12-2006 PP-00037)

Por fim, é ponto central da temática, como deixado entrever, a existência de relação de dependência lógico-normativa entre a norma principal e a declarada inconstitucional por arrastamento (ADI 2895 / AL - ALAGOAS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, DJ 20-05-2005 PP-00005).

4.2.3 INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO E A LC MUNICIPAL Nº 61

Posteriormente ao ajuizamento e julgamento da ADI 04 foram elaboradas algumas normas que guardam relação lógica com a Lei Municipal nº 1.464/88 (Estatuto dos Funcionários Públicos). Dentre este está a LC municipal nº 61/03.

A análise normativa sistêmica da Lei nº 1.464/88 e da LC nº 61/03 do Município de Aracaju, demonstra, facilmente, a existência de uma relação *lógica* entre os diplomas normativos. Entretanto, resta saber qual o alcance, extensão, desta relação para se concluir se os efeitos da ADI nº 004/91 alcançam a citada lei complementar.

Inicialmente, para o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma “dependente” por “arrastamento”, seja por controle abstrato ou concreto, faz-se imprescindível que tanto a norma dependente (LC nº 61/03) quanto a norma principal (Lei nº 1.464/88) **estejam em vigor na época do ajuizamento e respectivo julgamento da ADI** e ainda assim quando nesta expressamente se declarar a inconstitucionalidade da norma dependente, nos termos da jurisprudência do STF, como já apontado.

Isto ocorre justamente na medida em que a decisão judicial nada mais é do que a **enunciação de uma “norma jurídica” e sua aplicação ao caso submetido**. Ora, somente **se anuncia o que é prévio e não o que é posterior**. Trata-se de interpretação condizente com o postulado da segurança jurídica, que visa **proteger os cidadãos contra a ocorrência de surpresas, sendo a lei prévia o vetor da postura jurídica a se adotar**.

Na época do ajuizamento e julgamento da ADI nº 004/91 só estava em vigor a Lei Municipal nº 1.464/88. A LC nº 61/03 só foi elaborada anos depois, não podendo, **pelos motivos expostos no parágrafo anterior**, ser alcançada pelos efeitos daquela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ao hermenauta desavisado viria o questionamento: como fica o conteúdo dos dispositivos da LC nº 61/03 e de outras leis posteriores a 1993, que se referem à Lei nº 1464/88, declarada inconstitucional? Teriam valor jurídico e produziram efeitos? **A resposta depende de análise do efeito vinculante que existe na ADI.**

Como leciona a mais abalizada doutrina e jurisprudência, a decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade produz **efeito vinculante** para os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, de todos os entes da federação.

Entretanto, tal eficácia não se estende ao Poder Legislativo, como reiteradamente tem sido assentado pelo STF, por expressa ausência da previsão na CF, e para evitar o fenômeno da **“fossilização da Constituição”**.

A título de exemplo, transcrevemos parte essencial do seguinte aresto, *i.v.*:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - CONFIGURAÇÃO - DEFENSORIA PÚBLICA - RELEVÂNCIA DESSA INSTITUIÇÃO PERMANENTE, ESSENCIAL À FUNÇÃO DO ESTADO - A EFICÁCIA VINCULANTE, NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO SE ESTENDE AO PODER LEGISLATIVO -(.....)A EFICÁCIA VINCULANTE, NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO SE ESTENDE AO PODER LEGISLATIVO. - A mera instauração do processo de controle normativo abstrato não se reveste, só por si, de

efeitos inibitórios das atividades normativas do Poder Legislativo, que não fica impossibilitado, por isso mesmo, de revogar, enquanto pendente a respectiva ação direta, a própria lei objeto de impugnação perante o Supremo Tribunal, podendo, até mesmo, reeditar o diploma anteriormente pronunciado inconstitucional, eis que não se estende, ao Parlamento, a eficácia vinculante que resulta, naturalmente, da própria declaração de inconstitucionalidade proferida em sede concentrada.(.....)A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE “IN ABSTRACTO” E O EFEITO REPRISTINATÓRIO. - A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 187/161-162 - RTJ 194/504-505 - ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 3.148/TO, Rel. Min. CELSO DE MELLO) - em restauração das normas estatais precedentemente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido, não se reveste de qualquer carga de eficácia jurídica, mostrando-se incapaz, até mesmo, de revogar a legislação a ele anterior e com ele incompatível. Doutrina. Precedentes.(ADI 2903/PB - PARAÍBA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008-grifos nosso).

Neste sentido, **o Poder Legislativo** do Município de Aracaju **nunca ficou vinculado** aos efeitos da ADI nº 004/91, de sorte que a qualquer tempo pôde e pode elaborar outra norma de igual conteúdo ao da lei declarada inconstitucional, no caso a Lei Municipal nº 1.464/88.

Assim, por exemplo, quando o art.45 da LC nº 61/03 se refere a dispositivos da Lei nº 1.464/88, em verdade, está **a normatizar novamente**

a **matéria** anteriormente prevista nesta, declarada inconstitucional¹⁸.

Logo, o citado art. 45 da LC 61/2003 apenas menciona o número da Lei nº 1.464/88, mas a **norma dele derivada** (art.45), a respeito de adicionais, dentre os quais está o ora pleiteado (Insalubridade), **possui existência autônoma**. Isto porque, repita-se, não há efeito vinculante da ADI para o Poder Legislativo. Tal posição encontra guarida no princípio da soberania popular e da própria democracia. Em pleno vigor, portanto, a LC nº 61/03 e outras que se encontrem em situação semelhante.

A LC nº 61/03 e outras leis posteriores aquela ADI, portanto, permanecem em vigor, até que sejam retiradas do mundo jurídico, seja por outra lei, ou por meio de outra ADI, ou até mesmo em sede de controle difuso (Art.52, X, da CF), desde que usados outros argumentos que não o da relação com a ação direta em comento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição é a norma mais importante de um sistema jurídico, o seu ponto de equilíbrio dogmático e principiológico. É o texto constitucional quem dá sentido àquele, de sorte a sua defesa implica a do próprio sistema.

A própria norma constitucional institui os meios da sua defesa. Com vista à incolumidade jurídico-normativa dos preceitos constitucionais pode ser efetivada seja por meio de processos individualizados, específicos (controle difuso) ou mesmo por meio do chamado controle abstrato, através de reduzido rol de ações ditas genéricas.

O controle de constitucionalidade pode ser efetivado nos Estados-membros como exercício do poder constituinte decorrente. Diversas Constituições Estaduais prevêem ações genéricas como forma de defesa dos preceitos dispostos na Constituição Estadual. O órgão julgador será o Tribunal de Justiça de cada ente estatal.

No Estado de Sergipe o supracitado controle fora exercido desde a promulgação da Carta Política sergipana, em 1989, sendo ajuizadas e julgadas uma considerável quantidade de ações diretas de inconstitucionalidade. Dentre tais ações está a ADI 004 que declarou inconstitucional a Lei nº1.464/88 do Município de Aracaju.

Mesmo após a citada declaração, o Tribunal de Justiça e o próprio poder público municipal continuou a utilizar e aplicar a lei inconstitucional. Com a descoberta da citada ADI e divulgação da sua existência, alguns operadores do direito e principalmente a procuradoria municipal passou a sustentar a

insubsistência da citada lei. De igual sorte, passou o município a sustentar a inconstitucionalidade por arrastamento de outras leis municipais que com ela guardam relação.

Demonstrou-se que em pese a premissa do município seja correta, a não subsistência da Lei 1.464/88, o mesmo não ocorre com a conclusão. Isto porque apenas as leis já existentes na época do ajuizamento e julgamento da ADI e que nesta tivessem sido declaradas inconstitucionais é que se aplicaria a chamada inconstitucionalidade por arrastamento. Assim, apenas a Lei 1.464/88 foi retirada do mundo jurídico.

Outras normas municipais que guardem relação lógica com aquela lei, mas que são posteriores à citada decisão, a exemplo da LC municipal nº 61, não são por ela afetadas. Isto decorre da não extensão dos efeitos vinculados da ADI ao Poder Legislativo.

THE STATUS OF SERVERS OF ARACAJU AND THE UNCONSTITUTIONALITY BY ENTRAINMENT

ABSTRACT: The State of Sergipe, inside of its normative autonomy and in the concretion of the call To be able Constituent decurrent edited, in 1989, its Constitution. Such Letter State Politics, for symmetry what it foresees the Letter of the Republic, makes use of mechanisms of Auto guardianship, inside which if detaches the abstract control of constitutionality accomplished by means of Action Direct(ADI). Since its creation the Sergipana Cut judged some direct actions amongst which the one that all declared unconstitutional the Statute of the Servers of the City of Aracaju. With the related decision the municipal norm was erased of the legal World, however the proper Cut and the City had continued to use the law. After the of research, for us carried through in 2007, if demonstrated the existence of the action, however that court continued to use the law. In result of the discovery of the ADI was started to support it the thesis of unconstitutionality for haul of some laws that cite the revoked Statute, whose analysis of the relevancy is the object of the present article. By means of this it was obtained to visualize the complete reach of the ADI on other norms of the Municipal Public Power and to demonstrate to an option of resolution of some questions involving serving municipal theatres reached

for the decision of the direct Action.

KEYWORDS: Statute. Servers. Unconstitutionality. Haul.

Notas

¹ MENEZES, Filipe Cortes de. *Estatuto dos servidores de Aracaju (Lei Municipal 1464/88). Lei morta?* Revista PGE/Procuradoria Geral do Estado de Sergipe.vol.VI(1993-).Aracaju/2008.

² BRITTO, Carlos Ayres. *Téoria da Constituição*. Rio de janeiro: Forense. 2006.p.37

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados-Membros*. Revista de Processo, v.17, nº65, p.75-88, jan./mar.1992[0470497].

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5ª edição - Coimbra: Almedina. 1992.p.1024

⁶ FILHO, Nagib Slaibi, *Ação declaratória de inconstitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p48

⁷ COSTA, Marcos Vinícius Americano da. *Controle de constitucionalidade*. Jurídica: Administração Municipal, v.9, nº5, p.24.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro apud WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados-Membros*. Revista de Processo, v.17, nº65, p.75-88, jan./mar.1992[0470497]. P.78.

⁹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 14ªed.Malheiros. São Paulo. 2006.p.94.

¹⁰ MENEZES, Filipe Cortes de. *Direito constitucional. As normas de Aracaju à luz da Constituição Sergipana*. São Cristóvão: Editora UFS, 2008, pags. 298/299.

¹¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 96

¹² MENEZES, Filipe Cortes de. *Direito constitucional. As normas de Aracaju à luz da Constituição Sergipana*. São Cristóvão: Editora UFS, 2008, pags. 71-72.

¹³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*.13 ed,São Paulo: Saraiva, 2009, pag.208.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo g. Gonet - *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. GOMES. In: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: Jus Podium, 2007, p. 161.

¹⁶ BOTELHO, Sérgio Souza. *Descomplicando o controle de constitucionalidade abstrato*. Causa de pedir aberta, inconstitucionalidade por arrastamento e transcendência dos motivos determinantes. Breves notas. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1490, 31 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10221>>. Acesso em: 16 abr. 2010.

¹⁷ RUSSO, Diogo de Assis. *A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 07 agosto. 2008.

¹⁸ Tal entendimento encontrou guarida no Ministério Público do Estado de Sergipe, por meio da Promotoria de Justiça atuante na 12ª Vara Cível da Comarca de Aracaju (processos n. 200811201072 e 200811201073).

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro apud WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados-Membros*. Revista de Processo, v.17, nº 65, p.75-

88, jan./mar.1992[0470497].

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BOTELHO, Sérgio Souza. *Descomplicando o controle de constitucionalidade abstrato*. Causa de pedir aberta, inconstitucionalidade por arrastamento e transcendência dos motivos determinantes. Breves notas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1490, 31 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10221>>. Acesso em: 16 abr. 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5ª edição - Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *In: MENDONÇA, Andrey Borges de. Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: Jus Podium, 2007.

COSTA, Marcos Vinícius Americano da. *Controle de constitucionalidade*. Jurídica: Administração Municipal, v. 9, nº 5.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle da constitucionalidade das leis municipais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FILHO, Nagib Slaibi. *Ação declaratória de inconstitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 14ª ed., Malheiros. São Paulo, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo g. Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES, Filipe Cortes de. *Direito constitucional. As normas de Aracaju à luz da Constituição sergipana*. São Cristóvão: Editora UFS, 2008.

_____. *Estatuto dos Servidores de Aracaju (Lei Municipal 1.464/88). Lei morta?*. Revista PGE/Procuradoria Geral do Estado de Sergipe. vol. VI (1993). Aracaju/2008.

_____. *Direito constitucional. As normas de Aracaju à luz da Constituição sergipana*. São Cristóvão: Editora UFS, 2008.

RUSSO, Diogo de Assis. *A teoria da inconstitucionalidade por*

arrastamento. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 07 agosto. 2008.
WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados-Membros*. Revista de Processo, v.17, nº 65, p.75-88, jan./mar.1992[0470497].

AÇÃO RESCISÓRIA – UMA ANÁLISE TÉCNICO-PROCESSUAL ACERCA DAS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE, SUAS PECULIARIDADES E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB O PRISMA DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Fagner Dantas Barros*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise acerca da ação rescisória, evidenciando as diversas hipóteses que ensejam a sua admissibilidade, incluindo as respectivas peculiaridades e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo levantados alguns pontos polêmicos quanto à matéria, aduzindo, para tanto, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes.

PALAVRAS-CHAVE: Ação rescisória. Rescindibilidade. Art. 485 do CPC. Decisão judicial.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade tecer comentários acerca de um instituto de grande importância no cenário jurídico brasileiro, sobretudo no que concerne à impugnação de vícios existentes durante o andamento processual, muito embora já tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão. Tal instrumento, trata-se da ação rescisória, cujos diversos aspectos serão analisados levando em consideração, sobretudo, os entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, obviamente que em compatibilidade com o disposto na norma constitucional, com o Código Processual Civil pátrio e com os posicionamentos doutrinários.

Durante o desenvolvimento deste estudo, a princípio abordaremos a conceituação e a natureza jurídica do instituto, elencando a sua comparação com os recursos, sendo posteriormente analisado o objeto da ação rescisória,

* Servidor público efetivo do Tribunal de Justiça de Sergipe, atualmente desenvolvendo a função de Assessor de Juiz, pós-graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, articulista da *Revista da Esmese* (Escola Superior da Magistratura de Sergipe), professor de cursos preparatórios para concursos.

suas as hipóteses de rescindibilidade e suas peculiaridades, bem como as diversas situações que não são passíveis de rescisão.

Saliente-se que o presente tema, muito embora seja bastante discutido e com vários posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários de forma divergente, é considerado contemporâneo, sendo de fundamental importância para os profissionais do direito, os quais estão em contato diariamente com diversas situações ensejadoras de ingresso da ação rescisória.

É de bom alvitre destacar que foram realizadas pesquisas nos meios eletrônicos, em periódicos e em livros que abordam o tema trabalhado, sendo utilizada uma abordagem qualitativa consubstanciada em diversas leituras sobre o assunto pesquisado, através de descrição e interpretação dos diferentes pontos de vista dos doutrinadores especialistas no tema em análise. Ademais, no caso em discussão, o leitor vai encontrar a exposição de informações no que diz respeito à ação rescisória e suas peculiaridades, tomando como fundamento os argumentos doutrinários e jurisprudenciais, sendo levantadas algumas polêmicas atuais sobre o tema.

Por fim, é válido registrar que a discussão do presente estudo não pretende esgotar todos os aspectos pertinentes, mas tão somente evidenciar aqueles de maior destaque no cenário jurídico nacional, contribuindo como mais uma fonte de pesquisa e embasamento teórico.

2. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E OBJETO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Os antecedentes históricos da ação rescisória são provenientes do direito canônico e do direito romano, sobretudo com o *restitutio in integrum* (reparação do dano com a restituição integral da coisa) e a *querela nullitatis* (ação para anular um processo com vício grave), obviamente que com alguns aspectos diferentes do que ocorre atualmente, tendo em vista a evolução da sociedade. Como o Código de Processo Civil brasileiro em vigor, ao tratar do tema em epígrafe, não trouxe uma definição acerca do instituto, coube à doutrina tal função. Na visão do professor Costa Machado, “*ação rescisória é a ação de competência dos tribunais por meio da qual se pede a anulação ou desconstituição de uma sentença ou acórdão transitado materialmente em julgado e a eventual reapreciação do seu mérito*”¹. No mesmo sentido, o processualista Barbosa Moreira, aduz que “*chama-se rescisória a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo*”,

*a seguir, da matéria nela julgada*².

Analisando os conceitos acima, surge o primeiro ponto específico a ser tratado nesse texto, qual seja: a natureza jurídica da ação rescisória. Sabe-se que no direito processual pátrio, os recursos e as ações autônomas são os mecanismos existentes para impugnar uma decisão judicial. Traçando as diferenças entre eles, os primeiros constituem apenas mais uma fase do processo, não gerando nova demanda, devendo a parte recorrida ser intimada para manifestação, sendo essencial para interposição dos mesmos o fato de ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado da decisão proferida e a conseqüente coisa julgada. Por outro lado, nas ações autônomas existe a formação de uma nova relação processual, havendo citação da parte contrária para apresentar defesa, sendo imprescindível o trânsito em julgado da decisão, bem como a ocorrência da coisa julgada.

Compulsando as disposições trazidas pelo Código de Processo Civil acerca da ação rescisória, percebe-se que esta é enquadrada como uma ação autônoma de impugnação, se desenvolvendo em processo diferente daquele no qual foi prolatada a decisão impugnada, conforme se depreende do disposto nos arts. 488 (o qual menciona petição inicial), 491 (o qual traz a necessidade de citação) e os arts. 487, 489 e 495 (os quais descrevem expressamente a palavra ação).

Sabendo que o instituto em apreço é considerado ação e não recurso, é válido especificar se a mesma tem natureza jurídica declaratória, condenatória ou constitutiva. Na primeira situação, o fim é tão somente que o Poder Judiciário declare a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou ainda a autenticidade ou falsidade de documento, nos termos do art. 4º do CPC. Por outro lado, na segunda situação, além da declaração judicial, a parte autora tem o objetivo de obter uma condenação do réu para que este cumpra determinada obrigação, seja ela de fazer ou de não fazer. Já nas ações constitutivas, a finalidade pretendida pelo autor, além da declaração do órgão jurisdicional, é a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, sem haver qualquer efeito condenatório.

Examinando a ação rescisória, percebe-se que a mesma tem natureza de ação constitutiva, uma vez que visa a desconstituição da decisão já transitada em julgado, protegida pelo manto da coisa julgada. É por causa de tal característica (desconstituição) que o professor Nelson Nery Jr a denomina de ação constitutiva negativa ou simplesmente ação desconstitutiva³. Ademais, considerando ser este o instrumento processual cabível para

impugnar decisões já transitadas em julgado, o Supremo Tribunal Federal já emitiu posicionamento não admitindo outras ações autônomas para tal objetivo. Assim dispõem as Súmulas 268 e 734, respectivamente: “*Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado*” e “*não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal*”²⁴.

Ultrapassados o conceito e a natureza jurídica, o segundo ponto específico a ser apreciado neste texto, envolve o objeto da ação rescisória. A respeito, o capítulo IV do Código de Processo Civil brasileiro traz as disposições acerca da ação rescisória a partir do art. 485, elencando os requisitos, a legitimidade, o procedimento, dentre outros aspectos. Todavia, o dispositivo de entrada do tema em análise já revela polêmica logo em seu caput, uma vez que o legislador utilizou uma terminologia inadequada para tanto. Vejamos o que dispõe o caput do art. 485: “*A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)*”.

Apreciando o texto legal expresso no caput do artigo retro, se fizermos uma interpretação gramatical acerca do mesmo, teremos a pseudo-ideia de que somente será possível a utilização da ação rescisória em face das sentenças. Isso significa dizer que somente as decisões judiciais proferidas com análise do mérito poderiam ser rescindidas por meio do instituto em apreço. Entretanto, no presente caso, deve o operador do direito afastar a interpretação literal do dispositivo aplicando a sistemática/teleológica, por meio da qual se observa a finalidade pretendida pelo legislador com a elaboração da norma e, obviamente, de acordo com os princípios e valores previstos no ordenamento jurídico vigente. Em outras palavras, ao ler no art. 485 a expressão ‘sentença’, leia-se ‘decisão’, uma vez ser esta a mais apropriada. Tratando sobre o assunto, o professor Bernardo Pimentel⁵ assevera que o vocábulo decisão “*revela que não só a sentença pode ser desconstituída por meio de ação rescisória, porquanto, ao contrário do termo “sentença”, o vocábulo “decisão” tem amplo alcance, ou seja, também abrange o acórdão, a decisão monocrática e a decisão interlocutória*”⁶.

Ainda no que concerne ao equívoco da terminologia utilizada pelo legislador, a própria Constituição Federal nos arts. 102, I, j; 105, I, a; e 108, I, b, ao estabelecer a competência do STF, STJ e TRF’s, respectivamente, prevê a titularidade dos mesmos para o processamento e o julgamento das ações rescisórias dos seus julgados. Verifique-se que foi utilizado o vocábulo julgado ao invés de sentença, o que comprova a incorreção do texto legal

contido no CPC.

Em suma, considerando que o objeto da ação rescisória não se constitui apenas de sentença, registre-se que os acórdãos, as decisões monocráticas e as decisões interlocutórias também podem ser rescindidas. De maneira geral, pode-se dizer que as decisões jurisdicionais que versem sobre matéria de mérito podem ser alvo da rescisória.

É de bom alvitre destacar que parte da doutrina admite, excepcionalmente, a possibilidade da utilização da ação rescisória nos casos de decisão sem cunho meritório. Daniel Amorim, ao comentar a respeito, menciona que

A extinção do processo sem a resolução de mérito pela decisão prevista no art. 267, V, do CPC (perempção, litispendência e coisa julgada) impede a nova propositura da demanda, ainda que não se possa falar nesse caso em decisão de mérito ou em coisa julgada material. Essa possibilidade de nova propositura prevista pelo art. 268 do CPC permite a conclusão pelo cabimento de ação rescisória nesse caso (...) ⁷⁻⁸.

Por outro lado, o art. 485 do CPC traz como requisito essencial para a impugnação via ação rescisória o trânsito em julgado da decisão, significando dizer que não cabe mais recurso contra o julgado a ser combatido. Entretanto, não se faz necessário o esgotamento de todas as vias recursais para o ajuizamento da referida ação, bastando apenas que o trânsito em julgado já esteja configurado. Ressalte-se que tal matéria encontra-se pacificada na jurisprudência, tanto que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 514, a qual assevera: *“admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos”*.

Cumprе salientar que se houver recurso de apelação a fim de impugnar a sentença e considerando que a decisão monocrática do relator ou o acórdão proferido possuem efeito substitutivo, a ação rescisória terá com objeto de impugnação o julgado do tribunal superior, exceto nos casos de juízo negativo de admissibilidade, quando o objeto será a decisão do órgão *a quo*.

3. HIPÓTESES DE RESCINDIBILIDADE

Sabe-se que a Constituição Federal assegurou no art. 5º, XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Para este último caso, existe um instituto processual que tem por finalidade a desconstituição do seu manto protetor: a ação rescisória. Todavia, não é em qualquer situação que a parte poderá utilizar de tal instrumento, mas tão somente naquelas hipóteses de cabimento previstas no art. 485 do CPC.

Ab initio, há que se destacar que o rol trazido pelo dispositivo mencionado deve ser interpretado de maneira restritiva, significando dizer que somente será admitida a ação rescisória naquelas situações específicas elencadas na disposição legal. Ademais, para o ingresso da referida ação basta apenas que o caso concreto se enquadre em qualquer das hipóteses previstas no art. 485, não importando se o mesmo envolve *error in iudicando* ou *error in procedendo*.

Ultrapassadas tais considerações, passaremos a analisar cada uma das hipóteses de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC, ressaltando que não é necessária a cumulação de todas as situações previstas no CPC para o ajuizamento da ação, uma vez que as mesmas são autônomas entre si, não dependendo uma da outra. Nada impede, entretanto, a parte autora de fundamentar seu pedido de desconstituição do manto da coisa julgada em mais de um dos dispositivos analisados.

3.1 SITUAÇÕES QUE ENSEJAM AÇÃO RESCISÓRIA

a) PREVARICAÇÃO, CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO

As primeiras situações elencadas pelo Código de Processo Civil que ensejam o ajuizamento da ação rescisória tratam-se dos crimes de prevaricação, concussão e corrupção. De acordo com o art. 319 do Código Penal, considera-se prevaricação quando o agente público *“retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”*. Já pelo art. 316 do diploma criminal, caracteriza-se a concussão quando o funcionário público *“exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”*. O art. 317, por sua vez, enquadra como corrupção passiva a conduta de *“solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”*.

É de bom alvitre registrar que outra questão importante envolvendo as

situações em apreço consiste na desnecessidade de condenação criminal do magistrado que prolatou a decisão rescindenda. Em verdade, o disposto no art. 485, I, do CPC, não condiciona o ajuizamento da demanda rescisória a tal critério. Ao revés, o legislador sequer exige o ajuizamento de uma ação criminal para apurar a conduta do juiz. Comenta ainda o professor Daniel Amorim que *“o reconhecimento do crime pode ser feito originariamente, e de forma incidental, no juízo cível competente para o julgamento da ação rescisória”*.

Por outro lado, caso haja uma demanda penal em face do magistrado que supostamente agiu com prevaricação, concussão ou corrupção, necessário se faz a análise do conteúdo da decisão proferida pelo juízo criminal. Caso o julgado tenha sido pela condenação do juiz ou pela absolvição em virtude da inexistência da materialidade do fato ou indícios suficientes de autoria, tal decisão obrigará o juiz cível, o qual não acolherá as razões da rescisória proposta. Porém, se o julgado criminal for no sentido da absolvição em decorrência do decurso do prazo prescricional ou em virtude da ausência de provas, o juiz cível não estará vinculado à tal decisão, cabendo a análise das razões apresentadas pela parte autora.

É válido frisar que havendo simultaneidade das ações cível e criminal, o melhor entendimento¹⁰ é deixar a critério do juiz cível acerca da suspensão da primeira até o deslinde da segunda, com fundamento no art. 110 do CPC, o qual assevera: *“Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal”*. Observe que o texto legal apresenta uma possibilidade do juiz suspender ou não a rescisória a fim de aguardar o julgamento da ação criminal, não estando o magistrado obrigado proceder à suspensão do feito.

Por fim, em sede dos tribunais, não há dúvidas de que a decisão monocrática proferida pelo magistrado que agiu com prevaricação, concussão ou corrupção também é passível de impugnação pela rescisória. Porém, caso a decisão seja dada pelo colegiado, se faz necessário que o acórdão tenha sido proferido por unanimidade ou ainda o voto dado pelo magistrado infrator seja maioria dentre os julgadores. Em outras palavras, se o posicionamento do membro do Judiciário que praticou qualquer das condutas delituosas for minoritário - tendo o mesmo saído vencido da sessão - não há que se falar em motivo ensejador da ação rescisória uma vez que a fundamentação da decisão colegiada estará baseada nos votos da

maioria, os quais não estão viciados.

b) DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ IMPEDIDO OU ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE

O art. 485, II, do CPC evidencia ser cabível o ajuizamento da ação rescisória nos casos de impedimento e incompetência absoluta do juiz. No tocante ao primeiro, o próprio diploma processual elenca nos arts. 134 e 136 as situações caracterizadoras, merecendo destaque a proibição de o juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário de que for parte; em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau, tudo nos termos dos dispositivos retromencionados.

É válido destacar que somente será possível impugnação via rescisória quando o magistrado for impedido, não sendo hipóteses de rescindibilidade os casos de suspeição da parcialidade do juiz, nos termos do art. 135 do CPC. Ademais, mesmo qualquer das partes não tenha arguido a respectiva exceção na demanda inicial ou tenha havido arguição e a instância superior não a acolheu, é plenamente cabível a ação rescisória.

No que concerne à incompetência, somente aquela considerada absoluta (em razão da matéria, da pessoa ou pelo critério funcional) é que consiste em situação de rescindibilidade, podendo a mesma, conforme disposto no art. 113, ser arguida ou declarada de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição. Já quanto à relativa (em razão do território ou do valor da causa), não há que se falar em rescisão do julgado, uma vez que a sua não arguição no prazo legal enseja o fenômeno da prorrogação da competência, nos termos do art. 114 do diploma processual.

Ainda quanto à incompetência absoluta, caso o tribunal seja competente para apreciar a demanda originária, fará o juízo rescisório, passando a analisar o caso concreto. Porém, merece destaque o procedimento a ser adotado quando o tribunal não for competente para apreciar a matéria rescindenda. Em tal situação, assim se pronunciou o TRF da 5ª Região:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL.
RESCISÓRIA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

PENSÃO POR MORTE. REVISÃO. ACIDENTE DETRABALHO. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RESCISÃO DA DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO. ANULAÇÃO DE TODOS OS ATOS DECISÓRIOS. REMESSA À JUSTIÇA ESTADUAL.

(...)

6. Ação Rescisória julgada procedente para desconstituir a decisão judicial transitada em julgado, anulando todos os atos decisórios proferidos, em face da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual¹¹.

Analisando a decisão retro, quando o tribunal não for competente para apreciar a matéria rescindenda, não há que se falar em juízo rescisório, uma vez que o julgado impugnado é desconstituído, devendo os autos do processo inicial ser encaminhados para o juízo competente.

c) DECISÃO RESULTANTE DE DOLO DA PARTE VENCEDORA EM DETRIMENTO DA PARTE VENCIDA, OU DE COLUSÃO ENTRE AS PARTES, A FIM DE FRAUDAR A LEI

O Código de Processo Civil brasileiro assevera como deveres das partes e dos seus procuradores expor os fatos em juízo de acordo com a verdade, bem como proceder com lealdade e boa-fé, nos termos do art. 14, I e II. Entretanto, nem sempre os envolvidos no processo agem de tal maneira, mas induzem o julgador a equívoco ao proferir a sua decisão. Nessas situações, estamos diante do dolo processual, o qual, de acordo com o professor Barbosa Moreira ocorre *“toda vez que a parte vencedora, faltando a seu dever de lealdade e boa-fé, haja impedido ou dificultado a atuação processual do vencido ou influenciado a formação do juízo do magistrado, afastando-o da verdade”*¹².

É válido destacar que a simples inércia da parte vencedora (e.g. silenciar a respeito de fatos contrários a ela) por si só não enseja motivo para a rescisão do julgado. Ademais, é imprescindível que a decisão proferida tenha sido influenciada pela conduta dolosa, caracterizando o nexo causal entre o dolo

e o resultado da lide.

Questão importante é discutir se a conduta que induzir o magistrado a erro em sua decisão for proveniente do representante legal ou do advogado da parte. Se fizermos uma interpretação literal, observaremos que o dispositivo legal fala tão somente em dolo da parte vencedora sobre a vencida. Entretanto, a melhor doutrina opina pela interpretação extensiva, ou seja, abrangendo também como hipóteses de rescindibilidade do julgado quando o dolo for também do patrono da parte ou do seu representante legal¹³.

Outra situação admitida como hipótese que enseja a utilização da ação rescisória, ocorre quando as partes agem em conluio com a finalidade de fraudar a lei. Nas lições do professor Alexandre Câmara, a colusão processual é o fato consistente na utilização do processo, pelas partes, para atingir fim ilícito¹⁴, significando dizer que tanto autor quanto o réu fazem um acordo prévio para conseguir determinado objetivo, o qual não é permitido pela legislação.

Além de colusão entre as partes, também se admite rescisória nos casos de processo simulado, o qual, na visão do professor Bernardo Pimentel, *“ocorre quando as partes em conluio fazem uso dele para prejudicar terceiro”*¹⁵. Ao tratar sobre os poderes, deveres e responsabilidade do juiz, o próprio diploma processual assevera no art. 129 que o magistrado, convencendo-se que pelas circunstâncias da causa, o autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, poderá decisão obstativa aos interesses dos demandantes. Ressalta ainda Pimentel que a simulação poderá ser evidenciada na própria petição inicial da ação rescisória, sem que haja necessidade que o terceiro prejudicado tenha ingressado com processo de conhecimento anterior. Ademais, não há também que se falar em juízo rescisório, uma vez que o objetivo é apenas rescindir o julgado originário, extinguindo-o sem resolução do mérito.

d) DECISÃO QUE OFENDER A COISA JULGADA

Em diversas passagens, o Código de Processo Civil brasileiro protege a coisa julgada, não admitindo nova apreciação de matéria já transitada em julgado. Assim dispõe o art. 301, § 2º: “há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”. De igual forma, aduz o art. 467 do mesmo diploma legal: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. E ainda o art. 471 do

CPC: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide (...)”.

Conforme exposto acima, observamos que a decisão já transitada em julgado proferida por um magistrado ganha a proteção do manto da coisa julgada, não podendo a mesma sofrer nova apreciação, uma vez que não são cabíveis mais recursos. Entretanto, quando esse aspecto não é observado (existência de coisa julgada), o novo julgado proferido é rescindível via ação rescisória uma vez que está em confronto com a decisão anterior. Ao tratar sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou o seguinte posicionamento:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA À COISA JULGADA - ART.485, INCISO IV, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO À CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS DE CONTAS VINCULADAS AO FGTS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA PARTE ORIGINÁRIA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. DECISÃO RESCINDENDA QUE CONFLITA COM A ORIENTAÇÃO FIRMADA EM ACÓRDÃO ANTERIORMENTE TRANSITADO EM JULGADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
(...)

7. Ante este contexto, verifica-se que a decisão rescindenda, proferida em 12 de novembro de 2003, conflita frontalmente com acórdão do TRF-4ª Região, a qual já se encontrava acobertada pelo manto da coisa julgada desde a data de 12 de outubro de 2003. No caso, tem-se flagrante a ofensa à coisa julgada, que por si só justifica a rescisão pretendida pela requerente, a fim de prevalecer a decisão que transitou em julgado primeiro.

8. Pedido rescisório procedente¹⁶.

Desta forma, nas hipóteses que um julgado vier a ofender a coisa julgada, o mesmo será passível de impugnação por meio da ação rescisória.

e) DECISÃO QUE VIOLAR LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

Ab initio, cumpre salientar que mais uma vez o legislador não se utilizou de expressões técnicas para deixar claro o objeto da ação rescisória nesse tópico, uma vez que se referiu apenas ao desrespeito à lei. Em verdade, deve o operador do direito fazer uma interpretação extensiva do disposto no art. 485, V, do CPC, para admitir como rescindível o julgado que violar não somente lei, mas sim qualquer norma. Em outras palavras, é passível de impugnação via ação rescisória o julgado que ofender a Constituição Federal e suas respectivas emendas, as leis (sejam elas ordinárias, complementares ou delegadas e independentemente do nível federativo), decretos, regulamentos, resoluções e regimentos internos. Fredie Didier vai mais além e defende a possibilidade de utilização desse instrumento processual em face de decisões contrárias a princípios, mesmo estes não estando expressos¹⁷.

Além do aspecto evidenciado no parágrafo anterior, questão importante que envolve a matéria em apreço é saber se as súmulas editadas pelos tribunais possuem conteúdo normativo, sendo passíveis de rescisão. Cumpre salientar que a Carta Magna assegurou no art. 103-A a possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes, as quais obrigam os demais órgãos a tomarem decisões de acordo com o pronunciamento sumulado. Entretanto, esse caráter obrigatório somente é concedido aos enunciados vinculantes do STF, não abrangendo outros enunciados dos demais tribunais. Considerando tal informação, há de se concluir que tão somente as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo é que possuem caráter normativo, sendo as decisões contrárias a elas passíveis de rescisão. Frise-se que se a súmula não for vinculante, não há que se falar em ação rescisória. De igual forma, também não se admite a rescisão do julgado contrário a enunciados dos demais tribunais, uma vez que os mesmos não possuem caráter normativo.

Acerca do disposto até então, é válido destacar a seguinte jurisprudência:

ADMINISTRATIVO - PROCESSO CIVIL
- AÇÃO RESCISÓRIA – MAGISTÉRIO
SUPERIOR - CARGO DE PROFESSOR
TITULAR - DECRETO 94.664/87 - LEI EM
SENTIDO AMPLO - PRELIMINAR REJEITADA -
VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSITIVO LEGAL
- ART. 485, V, DO CPC - INOCORRÊNCIA –
JUÍZO MONOCRÁTICO SUPOSTAMENTE

INCOMPETENTE - ART. 485, II, DO CPC - ARGUIÇÃO INOPORTUNA - TEMA QUE NÃO FOI APRECIADO PELO JULGADO RESCINDENDO - FUNDAÇÃO PÚBLICA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (ART. 109, I, DA CF) - AÇÃO IMPROCEDENTE.

1 - Na esteira de culta doutrina, a violação literal a dispositivo de lei prevista no art. 485, V, do Código de Processo Civil, que torna apta a via rescisória, é aquela perpetrada contra a lei em sentido amplo, seja ela material ou processual e em qualquer nível (federal, estadual, distrital ou municipal). Cabimento da presente ação contra decreto com eficácia legal. Preliminar rejeitada¹⁸.

Analisando o art. 485, V, do CPC sob outra ótica, é de bom alvitre destacar que somente caberá rescisória quando a violação for literal, ou seja, nas situações que não existam discussões acerca da interpretação do dispositivo legal aplicado. Em outras palavras, se o texto legal que fundamenta a decisão possuir interpretação controvertida nos tribunais, não caberá ação rescisória. Esse é o posicionamento adotado pelo STF por meio da Súmula 343¹⁹.

Outro ponto polêmico que envolve o dispositivo em análise diz respeito à possibilidade do ajuizamento de ação rescisória nos casos que houver divergência interpretativa nos tribunais e, posteriormente, tal norma for declarada inconstitucional. Para a corrente majoritária da doutrina, em tais situações, não se aplica a vedação prevista na Súmula 343 do STF, significando dizer que é plenamente cabível a impugnação via ação rescisória mesmo havendo conflito de interpretação²⁰.

Ainda quanto à polêmica, o Supremo Tribunal Federal ao analisar o tema, emitiu posicionamento, *in verbis*:

EMENTA: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação

Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória (*grifos nossos*)²¹.

Compulsando o julgamento retro, observa-se ser plenamente possível a rescindibilidade do julgado baseado no art. 485, V, do CPC quando a matéria versar sobre preceito constitucional.

Por fim, há que se conjugar o art. 485, V com o previsto no art. 1.030, ambos do CPC, uma vez que é admissível o ajuizamento da ação rescisória para desconstituir a sentença da partilha judicial nos casos de erro ou dolo (como já apreciado) ou quando um herdeiro participou do inventário, mas foi esquecido ou prejudicado na demanda correspondente.

f) DECISÃO QUE SE FUNDAR EM PROVA, CUJA FALSIDADE TENHA SIDO APURADA EM PROCESSO CRIMINAL OU SEJA PROVADA NA PRÓPRIA AÇÃO RESCISÓRIA

O disposto no art. 485, VI, do CPC é de fácil entendimento, não trazendo maiores complexidades em sua análise. Ficou consagrado pelo diploma processual que é passível de impugnação via ação rescisória, a decisão que se fundamente em prova falsa. Inicialmente, é de bom alvitre destacar que independentemente da espécie de falsidade, seja ela material ou ideológica, documental, pericial ou testemunhal (nos termos dos arts. 296 a 342 do Código Penal), o julgado poderá ser rescindido.

Por outro lado, não basta a utilização de uma prova falsa na demanda para que seja rescindível a decisão, sendo necessária que esta se fundamente na prova ilegal apresentada. Em outras palavras, caso o julgamento proferido não tenha sido influenciado pela falsidade, não há que se falar

em impugnação via ação rescisória. Ademais, a própria redação do inciso em comento deixa claro e evidente que não precisa uma ação criminal para declarar a falsidade da prova, podendo tal fato ocorrer por meio de ação autônoma declaratória nos termos do art. 4º do CPC ou ainda através da ação rescisória. Obviamente que se houver uma demanda criminal na qual ficar comprovada a falsidade, a mesma vinculará o julgador da ação autônoma de impugnação em estudo.

g) QUANDO DEPOIS DA SENTENÇA, O AUTOR OBTIVER DOCUMENTO NOVO, CUJA EXISTÊNCIA IGNORAVA, OU DE QUE NÃO PÔDE FAZER USO, CAPAZ, POR SI SÓ, DE LHE ASSEGURAR PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL

Trata-se de uma hipótese de rescindibilidade que precisa de diversos esclarecimentos por nossa parte, uma vez que a redação trazida pelo legislador induz a erro o operador do direito. *Ab initio*, necessário se faz evidenciar que a expressão ‘documento novo’ não caracteriza aquele que ainda não existia quando da decisão proferida, mas aquele que já existia e não foi apresentado na demanda antes do seu julgamento. A não utilização pela parte autora do documento novo pode ter ocorrido em virtude de dois fatores, quais sejam: 1) não ter a mesma ciência do documento; 2) nos casos de impossibilidade de utilizá-lo no processo originário por situações alheias à sua vontade, ou seja, sem que seja decorrente de culpa da própria parte. Registre-se que se o documento ainda não existia quando da decisão proferida, não há que se falar em ação rescisória.

Como já analisado anteriormente, o legislador incorreu em erro quando utilizou o vocábulo sentença ao invés de decisão, isso porque a interpretação não deve ser feita de maneira literal, mas extensiva, significando dizer que o documento [novo] somente ficou conhecido ou pôde ser utilizado após o julgado que será objeto de impugnação via ação rescisória. Ademais, se há interposição do recurso e a parte toma conhecimento do documento antes de proferido o acórdão, deverá juntá-lo imediatamente, sob pena do julgado não mais poder ser rescindido²².

Outro aspecto que merece destaque quando da análise do dispositivo em comento, consiste no fato de que o documento novo tem que possuir grande relevância, sendo capaz de modificar a decisão proferida caso tivesse sido acostado nos autos da demanda principal. Em outras palavras, se o

documento novo ao ser apresentado não tiver a importância suficiente de, por si só, modificar o julgado, não é cabível a rescisória.

De igual forma, é válido destacar que também não ensejará rescindibilidade do julgado com base no art 485, VII, os casos de testemunha nova. Em tal aspecto, deverá ser efetuada uma análise restritiva do objetivo previsto pelo legislador, uma vez que o documento novo ainda não era de conhecimento ou não pôde ser utilizado. Já quanto à testemunha, deveria a mesma ser indicada para prestar depoimento quando do momento oportuno. Se a mesma não foi indicada para tanto, não há que se falar em rescisão do julgado²³.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar a possibilidade da utilização do exame de DNA como fundamento da rescisão do julgado. Se analisarmos de maneira técnica, perceberemos que se uma decisão de investigação de paternidade foi proferida e o exame de DNA somente foi realizado após tal decisão, não estaríamos diante de um documento novo, mas de documento inexistente quando da prolação do julgado, fato que impediria o ajuizamento da ação rescisória. Entretanto, o referido exame, por constituir prova pericial quase indiscutível acerca da paternidade, já que seu grau de confiabilidade é quase absoluto, é tratado em caráter excepcional pela doutrina e jurisprudência, os quais entendem ser documento que enseja ação rescisória. Vejamos o seguinte posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. DOCUMENTO NOVO.

1. Como documento novo, deve-se entender aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pode fazer uso. Hipótese dos autos.

2. Deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de modificar o resultado da decisão rescindenda, favorecendo o autor da rescisória.

3. Esta Corte Superior já sedimentou o entendimento de que “O laudo do exame de DNA, mesmo realizado após a confirmação pelo juízo ad quem da sentença que julgou

procedente a ação de investigação de paternidade, é considerado documento novo para o fim de ensejar a ação rescisória (art. 485, VII, CPC). Precedente citado: REsp. 189.306-MG, DJ 25/8/2003.” (REsp 300.084-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2ª Seção, julgado em 28/4/2004).

4. Recurso Especial provido²⁴. (grifos nossos).

Assim sendo, considerando o grau de relevância e confiabilidade no resultado proferido em sede de exame de DNA, o mesmo também constitui documento probatório que enseja o ajuizamento de ação rescisória em face do julgado anteriormente proferido.

h) QUANDO HOVER FUNDAMENTO PARA INVALIDAR CONFISSÃO, DESISTÊNCIA OU TRANSAÇÃO, EM QUE SE BASEOU A SENTENÇA

O dispositivo que passamos a analisar a partir de então traz diversas situações que ensejam ação rescisória. A primeira delas envolve a confissão, a qual está prevista no próprio CPC, nos arts. 348 e seguintes, ocorrendo quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. Ainda de acordo com o diploma processual, a confissão pode ser extrajudicial (quando emitida fora das vias judiciais) ou judicial (quando é emitida na própria demanda que está em andamento). Esta, por sua vez, pode ser espontânea (quando a parte ou seu representante livremente a emite) ou provocada (quando a parte não expressa livremente, mas em virtude de perguntas formuladas pelo magistrado, pela parte adversa ou ainda pelo Ministério Público).

Sabendo-se as noções quanto à confissão, se esta for decorrente de vícios como erro, dolo ou coação, poderá a mesma ser desconstituída por meio de ação anulatória ou ação rescisória, cabendo a utilização da primeira quando a demanda que originou o vício ainda está em andamento; e a segunda quando já houve trânsito em julgado da decisão fundamentada no ato viciado. Em outras palavras, não é admitida ação rescisória quando o processo que contém uma confissão fundada em erro, dolo ou coação ainda está em curso. De igual forma, se já houve o trânsito em julgado caberá a rescisória e não ação anulatória, nos termos do art. 352 do CPC.

É válido destacar que tão somente a confissão real é que pode ser desconstituída via ação rescisória, não se aplicando esta ação autônoma de impugnação para as confissões fictas, uma vez que estas resultam de revelia ou ausência da parte em audiência instrutória. Ademais, apesar de não constar expressamente no dispositivo legal, o julgado baseado no reconhecimento do pedido, sendo este viciado, também enseja rescisão.

Já no que diz respeito à desistência, equivocou-se o legislador ao utilizar tal expressão, uma vez que este ato processual da parte autora enseja a extinção da demanda sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC, gerando uma sentença terminativa, da qual não cabe impugnação via ação rescisória. Em verdade, confundiu o legislador desistência com renúncia, institutos totalmente divergentes. Na visão do professor Humberto Theodoro Jr., na desistência “o autor abre mão do processo, não do direito material que eventualmente possa ter perante o réu”. Já na renúncia, “o autor abre mão do direito material que invocou quando da dedução de sua pretensão em juízo. Demitindo de si a titularidade do direito que motivou a eclosão da lide, o autor elimina a própria lide”²⁵.

Cumprido salientar que outra hipótese de rescindibilidade foi prevista pelo legislador no inciso em análise, qual seja: decisão fundamentada em transação eivada de vícios. Entretanto, na prática, esse ponto é bastante divergente, sobretudo porque doutrina e jurisprudência não adotam o mesmo entendimento a respeito. Para a primeira, deve o operador do direito fazer uma interpretação sistemática do dispositivo no seguinte sentido: se a homologação da transação ocorrer em processo contencioso, é cabível ação rescisória. Por outro lado, se a transação ocorreu em processo de jurisdição voluntária, a ação cabível é a anulatória. Assim dispõe o professor Daniel Amorim ao tratar sobre o tema: “registre-se o pacífico entendimento no sentido de que os debates se referem exclusivamente à jurisdição contenciosa, porque na jurisdição voluntária caberá sempre ação anulatória”²⁶. A jurisprudência, por sua vez, emite posicionamento contrário, admitindo a ação anulatória ainda que se trate de jurisdição contenciosa²⁷.

i) DECISÃO FUNDADA EM ERRO DE FATO, RESULTANTE DE ATOS OU DE DOCUMENTOS DA CAUSA

Sabe-se que, em regra, a ação rescisória não é o instrumento processual cabível para reanálise de matéria fática, uma vez que esta já foi analisada na decisão de piso ou em sede recursal. Entretanto, o CPC no art. 485,

IX, prevê exceção a essa regra, possibilitando a rescisão do julgado por erro de fato. Todavia, se faz necessário analisar a abrangência de tal expressão.

Ab initio, cumpre salientar que o próprio diploma processual conceitua erro de fato no primeiro parágrafo, ocorrendo quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É bem verdade que a intenção do legislador ao admitir reanálise de matéria fática em nível de ação rescisória foi combater o equívoco na concepção do julgador ao analisar as provas colacionadas aos autos, não sendo admitida para divergências interpretativas quanto às mesmas.

Outro aspecto que merece destaque envolve a inexistência de controvérsia entre as partes ou pronunciamento judicial a respeito. Em outras palavras, não pode ser objeto de rescisória os fatos discutidos ou debatidos acerca da matéria, mesmo que após os argumentos apresentados, o julgador tenha incorrido em erro. Essa é a exegese do parágrafo segundo do art. 485 do diploma processual. Todavia, parte da doutrina admite ação rescisória, mesmo com manifestação judicial²⁸. A jurisprudência, por sua vez, também não é uníssona, mas prevalece o entendimento de que é incabível o ajuizamento de ação rescisória quando houver pronunciamento judicial sobre fato incontroverso. Vale destacar o seguinte entendimento firmado pelo STJ:

ACÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, INCISOS V E IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CONTROVÉRSIA ENTRE AS PARTES E **PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE O TEMA** DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE EXECUÇÃO EM CURSO QUANDO DA ALIENAÇÃO DO IMÓVEL OBJETO DA EXECUÇÃO - ERRO DE FATO - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DA LEGISLAÇÃO - DESCABIMENTO DA VIA RESCISÓRIA - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ENUNCIADO N. 5 DA SÚMULA/STJ - NÃO-OCORRÊNCIA - QUESTIONES JURIS TRATADAS NOS AUTOS UNICAMENTE DE DIREITO - ACÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE
(...)

II - Na hipótese dos autos, observa-se não estar

presente o requisito da inexistência de controvérsia ou de pronunciamento judicial sobre o tema, porquanto a questão da existência ou não de execução em curso quando da alienação do imóvel objeto da execução constituiu o tema central da lide travada nos autos, **tendo sido objeto de controvérsia entre as partes e de pronunciamento judicial por todas as instâncias ordinárias e pelo Superior Tribunal de Justiça, o que afasta o alegado erro de fato** (grifos nossos)²⁹.

Por fim, não nos custa lembrar a exigência do nexo de causalidade entre o erro de fato e a decisão rescindenda. Ademais, há de salientar ainda que todas as provas referentes ao erro de fato devem constar na demanda originária, não sendo admitida a juntada de novos documentos para caracterizar o equívoco na decisão a ser rescindida.

É válido ressaltar que não se faz necessário que haja invalidação da confissão, renúncia, transação ou reconhecimento do pedido de maneira prévia, bastando que a desconstituição das mesmas seja alegada na própria rescisória.

3.2 OUTRAS SITUAÇÕES QUE NÃO ADMITEM O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Considerando que no tópico anterior analisamos as situações que ensejam a ação rescisória, bem como algumas que, por consequência lógica, não a admitem, é válido destacar outras que também não podem ser consideradas hipóteses de rescindibilidade do julgado.

Sem maiores complexidades, a legislação não permite o ajuizamento da ação autônoma de impugnação objeto do presente trabalho para reexame dos fatos ou das provas, bem como divergência na interpretação de cláusula contratual. Aqui, trata-se de interpretações diferentes dadas pelo julgador da demanda, considerando que o magistrado possui uma atuação autônoma, a fim de buscar o seu livre convencimento com a análise do que lhe foi colacionado nos autos. Não podemos confundir reanálise dos fatos e das provas em virtude da interpretação judicial com erro de fato, no qual a sentença admite um fato inexistente ou considera inexistente um fato efetivamente ocorrido.

A segunda situação que não enseja ação rescisória envolve a decisão

proferida em demanda cautelar. Sabe-se que os processos cautelares servem para evitar a ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação, cabendo ao juiz acolher os argumentos, desde que estejam presentes os requisitos do *fumus boni juris* (presunção de um bom direito acerca de determinada alegação) e *periculum in mora* (o risco de decisão tardia), cabendo à parte autora ajuizar a demanda principal (se a cautelar foi preparatória) no prazo de trinta dias. Exatamente pelo caráter de urgência que a decisão é proferida, não há fundamento para a rescisão do julgado, exceto quando houver alegação de prescrição ou decadência do direito autoral na própria demanda cautelar.

A terceira situação que merece destaque consiste na impossibilidade de rescindibilidade das decisões proferidas em sede dos juizados especiais, uma vez que a própria legislação específica traz a vedação, seja a nível estadual (Lei 9.099/95, art. 59), seja a nível federal (Resolução 273 da Justiça Federal, art. 41). É válido destacar que essa proibição abrange tanto as sentenças de piso como as decisões monocráticas e acórdãos proferidos pelas turmas recursais.

Outra legislação extravagante que menciona a proibição de impugnação do julgado via ação rescisória diz respeito ao controle de constitucionalidade. Sabe-se que a constatação de uma atividade ser inconstitucional pode ser verificada através de dois modelos: difuso (permitida a apreciação a todos os órgãos do Poder Judiciário) ou concentrado (poucos órgãos do Poder Judiciário com competência específica para tanto). A Lei 9.868, a qual versa sobre o controle concentrado, disciplinando o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ressalta a vedação no art. 26³⁰. De igual forma, a Lei 9.882, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, segue o mesmo entendimento no art. 12³¹.

Por fim, cumpre ainda salientar que não é permitida rescindibilidade do julgado nos casos de sentença inexistente, haja vista faltar qualquer dos seus requisitos constitutivos. A título de exemplo, podemos mencionar aquela que há ausência do dispositivo; está sem assinatura do juiz; foi proferida por alguém que não tem legitimidade para tanto; proferida por juiz aposentado ou não tenha tomado posse nas suas funções³². Complementa ainda Marcus Vinícius Rios Gonçalves que a citação sem validade ou inexistência da mesma também compreende exemplo de sentença inexistente³³. Ademais, não há que se falar em rescisória uma vez que em tais situações não há formação de coisa julgada, cabendo ao autor utilizar da ação declaratória de inexistência de relação jurídica, nos termos do art. 4, I, do CPC.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo evidenciar diversos aspectos pertinentes à ação rescisória. Inicialmente, foi analisado que tal instrumento processual tem natureza jurídica de ação e não de recurso, desencadeando no surgimento de uma nova demanda constitutiva a fim de desconstituir o manto da coisa julgada. Restou evidenciado ainda neste trabalho que o objeto da ação rescisória não incide tão somente sobre a sentença, como mencionou o legislador expressamente no caput do art. 485 do CPC, mas pode abranger também acórdãos, decisões monocráticas, decisões interlocutórias e, em caráter excepcional, decisões sem cunho meritório. Ademais, as hipóteses de cabimento da ação autônoma de impugnação aqui estudada estão apresentadas no rol taxativo previsto no art. 485 do diploma processual, dentre elas em face da decisão em que haja prevaricação, concussão, corrupção, ofensa à coisa julgada, violação literal à disposição de lei, entre outras. Por fim, foram evidenciadas algumas situações que não ensejam o ajuizamento da ação rescisória, não podendo o respectivo julgado ser desconstituído.

RESCISSION ACTION - A TECHNICAL-PROCESSUAL ANALYSIS OF ASSUMPTIONS OF ELIGIBILITY, THEIR PECULIARITIES AND ITS APPLICATION IN BRAZILIAN LAW, UNDER DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL PRISMS

ABSTRACT: The present work aims to make a review about the rescission action, showing the various assumptions that lead to its admissibility, including their peculiarities and application in the Brazilian legal system, and raised some controversial points about the matter, adding to both the relevant case law and doctrinal positions.

KEYWORDS: Action for rescission. Terminate. Art. 485 of the CPC. Judicial decision.

Notas

¹ MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de processo civil interpretado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2007. p. 580.

- ² MOREIRA, José Carlos de Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, 11a. ed., vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 830.
- ³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 777.
- ⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 268 e 734. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina>>. Acesso em 10 dez. 2011.
- ⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 821
- ⁶ No mesmo sentido estão os entendimentos dos professores Luiz Fux (*Curso*, p. 842), Nelson Nery Jr. (*Código*, p. 777) e Candido Rangel Dinamarco (*Ação*, p. 284-293).
- ⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Método: São Paulo: 2009. p. 683.
- ⁸ No mesmo sentido de admitir a incidência da ação rescisória em caráter excepcional nas decisões sem cunho meritório estão os professores Humberto Theodoro Jr. (*Curso*, p. 307) e Bernardo Pimentel (*Introdução*, p.827).
- ⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Método: São Paulo: 2009. p. 684. No mesmo sentido, encontramos o posicionamento dos professores Humberto Theodoro Jr. (*Curso*, p. 603), Barbosa Moreira (*Comentários*, p. 121) e Fredie Didier (*Curso*, p. 366).
- ¹⁰ Apesar deste ser o entendimento de Costa Machado (*Código*, p. 110) e Nelson Nery Jr. (*Código*, p. 367), o doutrinador Alexandre Câmara (*Ação*, p. 63) diverge, argumentando que não se trata de discricionariedade do juiz, mas dever do magistrado em suspender a ação rescisória até o término da demanda criminal.
- ¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão da Ação Rescisória 6021/PE. Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias. Julgamento: 12/05/2010. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br/InteiroTeor/inteiroTeor.jsp?numproc=00604582620084050000>>. Acesso em 12 out. 2011.
- ¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 124
- ¹³ Nesse sentido, encontramos o posicionamento de Barbosa Moreira (op. Cit., p. 112), Bernardo Pimentel (op. Cit., p. 835) e Alexandre Câmara (*Lições*, p. 14).
- ¹⁴ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 14.
- ¹⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 837 e 838
- ¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da Ação Rescisória 3273/SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 09/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500342523&dt_publicacao=18/12/2009>. Acesso em 15 out. 2011.
- ¹⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 378.
- ¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da Ação Rescisória 2779/DF. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Julgamento: 09/06/2004. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rescisoria+lei+sentido+amplo+485+v&&cb=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 17 out. 2011.
- ¹⁹ Assim dispõe o entendimento sumulado do Supremo: *Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*.
- ²⁰ No mesmo sentido, estão os posicionamentos de Câmara (*Ação*, p. 88) e Pimentel (*Introdução*, p. 842-843).
- ²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n. 328812/AM. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 06/03/2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28328812%2EUNUM%2E+OU+328812%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao>>. Acesso em 18 out. 2011.
- ²² Importante é a observação do professor Daniel Amorim (*Manual*, p. 689), asseverando que em

virtude da própria natureza, no “*recurso especial ou extraordinário não se admitirá a juntada de documento, considerando-se a limitação às matérias de direito do efeito devolutivo desses recursos*”, cabendo ação rescisória.

²³ Esse é o mesmo entendimento adotado pelos professores Bernardo Pimentel (*Iniciação*, p. 847) e Amâncio Ferreira (*Manual*, p. 277).

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial 653.942/MG. Relator: Honildo Amaral de Mello. Julgamento: 15/09/2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exame+dna+documento+novo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 19 out. 2011.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 313.

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Método: São Paulo: 2009. p. 691. No mesmo sentido encontramos o posicionamento de Bernardo Pimentel (*Introdução*, p. 850). Utilizando outro critério, destacamos Theodoro Jr. (*Curso*, p. 778), para os quais a decisão que acolhe ou rejeita a pretensão com base na renúncia, transação ou reconhecimento do pedido é rescindível, mas a decisão que homologa o ato da(s) parte(s) é anulável.

²⁷ Neste sentido encontramos o julgado no Recurso Especial de nº 143.059/SP, disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=143059&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=14>>, e no Recurso Especial de nº 38.434/SP, disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=38434&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em 07 dez. 2011.

²⁸ No sentido de ser inadmissível a ação rescisória quando houver pronunciamento judicial estão os professores Alexandre Câmara (*Lições*, p. 19/20), Barbosa Moreira (*Comentários*, p. 149) e Daniel Amorim (*Manual*, p. 690). Em sentido contrário está o professor Bernardo Pimentel (*Introdução*, p. 853).

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão na Ação Rescisória n. 1421/PB, tendo como relator Ministro MASSAMI UYEDA. Data de julgamento: 26/05/2010. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1421&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 10 dez. 2011.

³⁰ Assim dispõe o art. 26 da lei 9.868/99: “*A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória*”.

³¹ Assim menciona o texto legal: “*A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória*”.

³² SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 859.

³³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, Vol. 1 - Teoria geral e processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão na Ação Rescisória n. 1421/PB, tendo como relator Ministro MASSAMI UYEDA. Data de julgamento: 26/05/2010. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1421&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 10 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão na Ação Rescisória 2779/DF. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Julgamento: 09/06/2004. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=rescisoria+lei+sentido+amplo+485+v&&b=ACOR&p=true&t=&l=10>>

&i=1>. Acesso em 17 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão na Ação Rescisória 3273/SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 09/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500342523&dt_publicacao=18/12/2009>. Acesso em 15 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial de nº 38.434/SP. Relator: Ministro Antonio Torreão Braz. Data de publicação: 25/04/1994. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=38434&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em 07 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial de nº 143.059/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. Data de publicação: 03/01/1997. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=143059&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=14>>. Acesso em 07 dez. 2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 653.942/MG. Relator: Honildo Amaral de Mello. Julgamento: 15/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exame+dna+documento+novo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 19 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n. 328812/AM. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 06/03/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28328812%2E%2E+OU+328812%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 18 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 268 e 734. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina>>. Acesso em 10 dez. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão da Ação Rescisória 6021/PE. Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias. Julgamento: 12/05/2010. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br/InteiroTeor/inteiroTeor.jsp?numproc=00604582620084050000>>. Acesso em 12 out. 2011.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, vol.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

_____. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Ação rescisória contra decisão interlocutória. A nova era do processo civil*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, Vol. 1 - Teoria geral e processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de processo civil interpretado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2007.

MOREIRA, José Carlos de Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, 11a. ed., vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Método: São Paulo: 2009.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL NO INSTITUTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Fabiany Luna dos Santos Accioly

RESUMO: De acordo com a evolução do direito, foram outorgados poderes ao juiz, representando o Estado, a fim de apreciar a prova ofertada pelas partes, em meio a um complexo de regras processuais, e de alcançar a justiça das decisões, procurando dar mais celeridade e dinamismo aos atos processuais, deixando o magistrado de ser mero espectador da glória do litigante mais habilidoso. Com isso, o direito processual moderno destacou com grande relevância a efetividade da tutela jurisdicional, ofertando mais amparo às partes quando se debatessem com decisões mal cumpridas ou não cumpridas de forma alguma. Sendo assim, o direito de ação ficou reconhecido como aquele que tem todo cidadão em pedir ao Judiciário que obrigue o autor da lesão a reparar o ato danoso praticado. E, em sendo constatado o direito de ação ao fato concreto, a análise recairá sobre a pretensão material do autor, conforme as normas gerais de direito material. Então, quando há carência de ação, faltando uma das condições da ação, o magistrado nega ao autor o direito de ação, pondo fim ao processo sem analisar a pretensão de direito material. É por isso que, quando o autor elabora seu pedido numa peça inicial, passando por uma pretensão resistida, ele tem que formular nitidamente dois pedidos, um mediato e outro imediato. Sendo o primeiro de direito material, é formulado contra o réu e visa a entrega do direito objetivo violado. Sendo o segundo de natureza processual, é efetuado contra o Estado-juiz, partindo da exigência de que uma sentença de mérito seja proferida. Por tudo isso, tem-se a certeza de que o direito substantivo não existiria sem o direito adjetivo, bem como o inverso, pois no processo ocorre uma relação jurídica que forma a estrutura do ordenamento, a qual é dividida em dois planos distintos: um substancial e um material, os quais lado a lado sempre prezam pela efetividade.

* Pós-Graduada em Direito Processual Civil (2010) pelo Instituto de Ensino Superior de Fortaleza – IESF, em convênio com a UNICE Ensino Superior (Ceará) e CEFAL Ensino Superior (Alagoas), graduada (2003) Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Maceió - CESMAC (Alagoas). Advogou em Alagoas de 2003 a 2007. Atualmente, é Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe, atuando no Juizado Especial Cível e Criminal de Itabaiana/SE.

PALAVRAS-CHAVE: Formal. Material. Partes. Celeridade. Pretensão. Complexo de regras. Condições da ação. Ação. Processo. Efetividade.

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, todo texto deve partir de algumas premissas e definições para, então, chegar ao seu objetivo principal, ou seja, ao ponto mais relevante de seu tema.

O tema proposto pode ter a conotação um pouco subjetiva ou até polêmica, pois a importância e a influência da relação material para o Direito Processual Civil são refletidas de forma e intensidade diversas para cada intérprete do direito, com influência maior da Constituição Federal.

Alguns estudiosos hão de pensar que por serem Ciências autônomas, em princípio, não possuem qualquer relação direta. No entanto, outros podem concordar que o direito substantivo não existiria sem o direito adjetivo, defendendo também a assertiva de que o direito material se tornaria inerte sem o direito processual.

Dessa forma, partimos do estímulo doutrinário tradicional e habitual de conceituar, característico da Hermenêutica Jurídica.

Segundo De Plácido e Silva¹, Direito Material: *É o Direito Objetivo que vem estabelecer a substância, a matéria da norma agendi, fonte geradora e asseguradora de todo direito. E assim se diz para contrapor-se ao Direito Formal, que vem instituir o processo ou forma de protegê-lo.* Já o Direito Processual:

Assim se denomina todo complexo de regras instituídas pelo poder público no sentido de determinar a forma, por que serão os direitos protegidos pela Justiça. É, assim, o Direito regulador ou normalizador de todas as formas necessárias ou processos, que dão andamento às ações ajuizadas.

Essas definições servem de norte para percebermos a importância de ambos os direitos na busca da justiça e da paz social e assim, poderemos entender o instituto das condições da ação, o direito substantivo e o direito formal.

É por isso que, no discorrer desse texto, haverá a constatação de que no processo ocorre uma relação jurídica que, por mais de um título, diferencia-se

da relação de direito material eventualmente corrente entre as partes. Esta relação forma a estrutura do ordenamento jurídico, a qual é dividida em dois planos distintos: um substancial e um material, os quais lado a lado sempre prezam pela efetividade.

2. BREVE COMENTÁRIO SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A Ciência do Direito Processual nasceu após uma polêmica que criou condições para a visão sistemática dos fenômenos do processo e vem pontilhando várias outras polêmicas. Tudo se iniciou, basicamente, com os romanistas, estudiosos das questões de direito romano, os quais debateram interesses, algumas vezes, estranhos aos interesses dos contendores de diversas demandas.

Este processo romano, por sua vez, fora influenciado pelo grego, principalmente, quando da livre apreciação das provas, onde o juiz era tratado como um simples árbitro, que decidia baseado em critério pessoal, quando a lei não previa solução específica. Mais tarde, é que o processo passaria a ter uma conotação de instrumento de certeza e de paz indispensável. Nasceu, então, o Direito Processual, uma nova Ciência Jurídica.

Mas, no começo de tudo, de acordo com a visão dos juristas italianos, a ação era considerada o próprio direito subjetivo material em estado de defesa ou, então, um novo direito que surgiria de uma violação do direito subjetivo; seria um direito contra o oponente da demanda e não contra o juiz ou contra o Estado. O processo era visualizado como mero procedimento, como atos ligados entre si. Por isso, qualquer coisa era feita para se evitar a presença do Estado.

Essa ideia fazia parte da *Teoria Civilista Unitária* que dominou até meados do século passado, tendo a ação como o direito de perseguir-se em juízo aquilo que lhe fosse devido. Foi, então, consolidada com a concepção de Savigny.

Não concordando com a separação do direito material e do direito processual, a teoria unitária do ordenamento jurídico sustentava que as normas processuais se misturavam às de natureza material para juntas proporcionarem a produção da norma concreta e o nascimento do direito subjetivo.

Dessa teoria o Prof. DANTAS² retira, acertadamente, a seguinte crítica:

A natureza jurídica da ação, para a teoria civilista unitária seria a do direito subjetivo material, pois eram ambos a mesma coisa, como duas faces da mesma moeda. Não haveria ação sem direito, nem direito sem ação. A ação em suma segue a natureza do direito. Tenho que essa teoria explica a natureza da ação de direito material, mas não serve para explicar a natureza da ação de direito processual.

Segundo o romanista e estudioso Windscheid, o direito romano era um sistema de *actiones* e não de direitos subjetivos. Não se tratava de direito subjetivo nem de direito ao processo ou aos resultados deste, mas da faculdade de impor a própria vontade em via judiciária. Desta feita, o magistrado romano não estava sujeito às regras do direito material, podendo reconhecer ou não um direito abrangido pelo Direito Civil.

Já para o romanista Theodor Muther, a *actio* não era um direito ou faculdade que tinha por sujeito passivo o adversário, mas um direito perante o magistrado que era obrigado a emitir para o autor a solução mais adequada.

Com isso, travou-se grande polêmica doutrinária entre estes doutrinadores, a qual só veio contribuir para a criação e solidificação do direito processual, tendo influência direta no Direito Processual Brasileiro, assim como demonstrou que havia uma distinção entre o direito material e o direito de ação, nascendo com ela a *Teoria Dualista*.

Desde aquela época já se discutia sobre ação, relação processual e estrutura do ordenamento jurídico, mas de uma forma não muito precisa com relação aos planos do direito material e processual.

Ainda, segundo Muther, “*com a lesão do direito subjetivo substancial, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à concessão da tutela estatal (ação) e o direito do Estado, contra o autor da lesão, à eliminação desta*”. Existiria, pois, um direito processual, de natureza eminentemente pública, envolvendo o poder e a atividade do Estado soberano, diferente e não dependente do direito privado, sob a luz de princípios próprios, sendo uma ciência autônoma.

Nascia a teoria da relação jurídica processual, de natureza exclusivamente pública, subordinada a pressupostos distintos dos da relação material, incluindo em seu contexto o Estado soberano.

Além dessas teorias explicitadas acima, surgiram várias outras que tiveram importante contribuição para a evolução da natureza jurídica da ação no

direito processual civil. Dentre elas temos: a Teoria do direito concreto de agir, de Wach; a Teoria do direito potestativo exercido contra o réu, de Chiovenda; a Teoria do direito abstrato de agir, de Dagenkolb e Plosz; a Teoria do direito de petição, de Eduardo Couture e, finalmente, a *Teoria do direito a uma sentença de mérito subordinado ao atendimento de condições*, de Liebman, adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro e pela maioria esmagadora da doutrina.

Hodiernamente, a ação é uma das estruturas do direito processual, tendo o poder de se desdobrar numa infinidade de poderes coordenados à provocação do ato final do processo, que pode ser uma sentença de mérito, uma execução forçada, a entrega de um bem, dentre outros. Daí, a importância das condições e dos elementos da ação e dos pressupostos processuais.

Com isso, os processualistas, de uma forma geral, passaram a se preocupar com o juiz e com o que se referia a ele, a sua imparcialidade, a sua independência, os seus métodos, em fim, a sua responsabilidade. Também surgiram preocupações quanto aos advogados, em virtude do acesso à justiça justo e livre.

Pela outorga de poderes ao juiz para apreciar a prova de acordo com as regras processuais e para que se pudesse produzir de ofício provas que viessem alcançar a justiça das decisões, conferiram-se maiores poderes nas mãos dos juízes, a fim de dar mais celeridade e dinamismo aos atos processuais, deixando o magistrado de ser mero espectador da glória do litigante mais habilidoso.

Assim, percebemos que o direito processual civil tradicional se mostrava com um caráter tipicamente individual, onde o direito de ação, suas condições e pressupostos serviam apenas para disciplinar as relações que envolviam autor e réu. Tudo tinha início na individualidade de um sujeito ativo e na de um sujeito passivo.

Nasceu, ainda, com esta evolução, o entendimento de que o bom processo seria o capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número de pessoas possível. Salientando-se que a ideia de ação não estaria atrelada a de tutela jurisdicional; a formal satisfação do direito de ação valeria muito menos do que a substancial ajuda oferecida pelo sistema à coletividade.

Então, por todos esses estudos evolutivos, o direito processual moderno destacou com grande relevância a efetividade da tutela jurisdicional, a fim de que as partes fossem amparadas quando se debatesssem com decisões mal

cumpridas ou não cumpridas de forma alguma.

Com o significado de acesso à ordem jurídica justa, surgiram diversas reformas como resposta aos clamores doutrinários, pois o legislador, hoje, mais do que nunca, tem que estar consciente dos inúmeros óbices à tutela jurisdicional e aos preceitos constitucionais, devendo procurar eliminá-los ou minimizá-los para poder oferecer um processo mais aderente às necessidades constantes e atuais da população.

3. JURISDIÇÃO, AÇÃO, DEFESA E PROCESSO

A Ciência do Direito identificou para o estudo do processo civil quatro institutos fundamentais: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo. Dentre estes, será concedida uma atenção especial ao instituto da ação, mais especificadamente às condições da ação.

Outrora, como já dissemos, o direito processual é o conjunto de normas e princípios que estuda a atividade substitutiva do Estado e a relação jurídica desenvolvida entre as partes, as quais irão litigar em juízo e o agente político (juiz), o qual exercerá a função jurisdicional.

Da jurisdição decorre a compreensão da competência, dos poderes concedidos ao juiz, da fundamentação exigida nas decisões, do duplo grau de jurisdição, dentre outras. Ela traduz o poder do Estado de formular e de atuar a regra jurídica concreta no disciplinamento de determinada situação jurídica abstrata.

Sua atuação é diante de casos concretos de conflitos de interesses, dependendo da invocação dos interessados. Interesse e pretensão representam a base da jurisdição no processo. Interesse de uma posição favorável para que seja satisfeita a necessidade de uma das partes; pretensão como exigência de uma parte na subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio.

Em termos práticos, num contrato de locação, por exemplo, tanto o proprietário ou possuidor indireto quanto o locatário ou possuidor direto têm interesse na posse do bem.

Haverá, assim, conflito de interesses quando mais de um sujeito quiser usufruir o mesmo bem ao mesmo tempo. Uma das formas de compor esse conflito é o contrato, mas se este estiver vencido ou alguma das partes o descumprir, surgirá a pretensão de se obter a forma mais favorável à usufruição da coisa.

Diante disso, o magistrado definirá qual das alegações corresponderá

ao melhor interesse e dará composição ao conflito consistindo, assim, na jurisdição.

Já do instituto da ação, cerne do tema apresentado, vislumbra-se os seus elementos identificadores, as condições de seu exercício, as formas de extinção do processo, os fenômenos da prevenção, da conexão, da litispendência, da coisa julgada e do litisconsórcio.

Consiste o direito de ação naquele que tem todo cidadão em pedir ao Judiciário que obrigue o autor da lesão a reparar o ato danoso praticado.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos XXXIV e XXXV, protege todo aquele que sofrer lesão em seu direito individual, concedendo-lhe a garantia de invocar a jurisdição, instaurando processo e exercendo o seu direito de ação, ou seja, pedindo a tutela jurisdicional.

A ação é esse direito público, subjetivo e abstrato de exigir do Estado-Juiz a solução dos conflitos de interesses; resumidamente, é um direito ao exercício e à obtenção da tutela jurisdicional.

É um direito público, visto se contrapor a um dever do Estado de resolver os litígios; é subjetivo, pois partindo da exigência do Poder Público, visa o cumprimento da norma geral de conduta tida como violada; é abstrato, porque não depende da existência do direito material concreto alegado pelo autor.

Quando é instaurada a relação entre o autor, titular da pretensão resistida, e o Estado-Juiz, esta ainda não está completa, passando a ficar com a vinda do réu, resistente à pretensão do autor. Então, para aqueles que defendem a *teoria abstrata da ação*, essa relação jurídica processual nasce autônoma e independente da relação de direito material, a qual une autor e réu.

Se todo processo é regido por uma dupla relação, de direito processual e de direito material, podemos afirmar que a primeira diz respeito às partes e ao Estado-Juiz e a segunda ao bem da vida em discussão, ou seja, à relação entre o autor e o réu.

Então, essa autonomia existente torna-se latente, quando verificamos que o autor da demanda possui o direito de ação mesmo que sua pretensão de direito material não seja acolhida, ou melhor, mesmo que a sentença seja improcedente. Uma vez que, o juiz, ao receber um processo, analisará de plano a pretensão do autor, segundo as regras ou requisitos estabelecidos no CPC, que são as condições da ação.

Caso tenha sido constatado o direito de ação, a análise recairá sobre a pretensão material do autor, conforme as normas gerais de direito material.

Portanto, para que haja **carência de ação**, o magistrado nega ao autor o direito de ação, pondo fim ao processo sem analisar a pretensão de direito material, não recebendo o postulante uma sentença de mérito.

Com relação à **improcedência da demanda ou improcedência do pedido**, embora tenha sido reconhecido o direito de ação do autor, proferindo-se uma sentença de mérito, a pretensão de direito material não é concebida. A entrega do bem da vida torna-se inviável.

Exemplificando a situação de carência de ação, temos o caso de um sujeito que aposta com outro num determinado jogo e vence. Contudo, o vencido não lhe paga a dívida e, então, é ajuizado pelo vencedor da aposta, numa ação de cobrança. Nesse caso, será decretada carência de ação, uma vez que a cobrança de dívida de jogo é expressamente vedada por nosso ordenamento jurídico. O magistrado sequer dará uma sentença de mérito, tampouco analisará a relação de direito material, ou seja, o crédito e o débito existente entre as partes.

Em se tratando de improcedência da demanda temos uma situação de um sujeito *X* que se envolve num acidente de trânsito com o sujeito *Y*, causador de danos materiais em seu veículo. O sujeito *X* postula uma ação de indenização, porém tem a demanda julgada improcedente, por *Y* não ter agido com culpa. *X* exerceu seu direito de ação e recebeu uma sentença de mérito, todavia improcedente, diferentemente da situação explicitada acima.

Quando as demandas que tratam de indenização decorrem de dano material, é mais fácil para o julgador identificar a procedência ou não do pedido. Mas, quando a questão é de dano moral, esta facilidade diminui. Sendo assim, como saber identificar e mensurar a dor moral? Esta é uma pergunta bastante subjetiva, a qual só poderá ser respondida analisando minuciosamente a relação de direito material. A jurisprudência bem que tenta, mas nunca chega a um consenso.

Então, para associarmos efetivamente o direito material de um caso concreto de dano moral dentro da relação substancial do processo, precisaríamos, sem sombra de dúvidas, relacionar os elementos da ação com as condições da ação, para depois podermos analisar o caso concreto e chegar ao mérito.

Em se tratando de defesa, esta consiste no direito que tem o réu de opor-se ao pedido de tutela jurisdicional do autor, podendo interpor fato desconstitutivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

A importância da defesa para o processo está na cominação de prazos e

nos fenômenos da revelia e do julgamento antecipado da lide.

O réu, então, pode pedir ao juiz que declare inadmissível a tutela jurisdicional ou que desatenda ao pedido do autor relativamente à pretensão ali deduzida, podendo invocar até a ausência de alguma das condições da ação ou dos pressupostos processuais, visto que o direito de defesa é decorrência das vinculações criadas pelo exercício do *ius actionis*. Resumidamente, o direito de defesa é corolário do devido processo legal, assegurado no art. 5º, LIV da Carta Constitucional.

O processo, por sua vez, é um instituto informativo das regras de procedimento, colocado à disposição dos cidadãos para a solução dos conflitos de interesse e é o meio do Estado exercer a jurisdição. Ele busca, através da aplicação do direito material ao caso concreto, a pacificação social e, conseqüentemente, a realização da justiça.

O Estado ao criar órgãos especializados está exercendo a função jurisdicional, que por sua vez está subordinada a um método ou sistema de atuação que se denomina processo. Esse sistema de atos processuais está inserido entre o que a parte pede e o provimento jurisdicional.

Segundo Calamandrei³ o processo se apresenta como uma *série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição*.

4. DIREITO MATERIAL, CONDIÇÕES DA AÇÃO E CRÍTICAS

A lei exige, para a apreciação de uma lide e o proferimento de uma decisão definitiva, a necessidade do interessado em preencher os requisitos de admissibilidade do mérito que são os pressupostos processuais e as condições da ação.

No tocante às condições da ação, o sistema processual civil enumera, de forma não taxativa, três condições da ação: possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade para agir ou *ad causam*.

Quando o autor elabora seu pedido numa peça inicial, passando por uma pretensão resistida, ele tem que formular nitidamente dois pedidos, um mediato e outro imediato.

O primeiro é de direito material, formulado contra o réu e visa a entrega do direito objetivo violado. Já o segundo, o imediato, é de natureza processual e é efetuado contra o Estado-juiz, partindo da exigência de que uma sentença de mérito seja proferida.

Caso não seja acolhido o pedido mediato, o qual está ligado ao mérito da demanda, gera a sua improcedência. Agora, o pedido imediato está relacionado como condição da ação, ou seja, trata-se da possibilidade jurídica do pedido imediato.

Essa condição é de fácil preenchimento, bastando ao interessado apenas o conhecimento do direito para que não postule contra uma vedação legal. Portanto, a impossibilidade jurídica do pedido nasce da existência de requisitos formais prévios para o exercício da ação e está ligada ao mérito.

A possibilidade jurídica consiste na exigência para se reconhecer o direito de ação e na pretensão que se encontra prevista no ordenamento jurídico.

Podemos verificar abaixo, algumas ementas de decisões onde é latente a diferença entre mérito da demanda e condição da ação.

***Ação de manutenção de posse.** Silêncio da autora por mais de dois anos. Recusa de praticar quaisquer atos processuais, mesmo quando intimada para tanto. Desistência da ação. Inteligência do art. 267, inciso II, do Código de Processo Civil. Recurso conhecido e improvido. Manutenção da sentença monocrática. Decisão unânime. (TJAL Ac. 1.164/98, de 24/08/98 – Unânime – Rem. ExOf. 94.030913-0 – Viçosa – Relator: Des. Auberino Correia Barbosa).*

***Ação ordinária de cobrança** – Legitimidade do município para propor a presente demanda. Reforma da sentença monocrática, determinando o prosseguimento do feito. Decisão unânime. (TJAL. Ac. 2.264/98, de 17/12/98 – Unânime – Rem. ExOf. 98.000976-6 – União dos Palmares – Relator: Des. Estácio Luiz Gama de Lima).*

***Processual Civil. Remessa Ex-Ofício – Extinção do Processo sem Julgamento do Mérito.** Extinguiu-se o processo sem julgamento do mérito, quando ausentes qualquer das condições da ação. Inteligência do inciso VI, do art. 267 do Código Processual Civil Pátrio. REMESSA CONHECIDA E IMPROVIDA. UNANIMIDADE. (TJAL. Ac. 2.202/98, de 21/10/98*

– Unânime – Rem. ExOf. 97.000957-7 – Joaquim Gomes – Relator: Des. José Fernandes de Hollanda Ferreira).

Recurso Inominado. Constitucional, Civil e Processual civil. Seguro obrigatório. DPVAT.

Invalidez permanente. Sentença a quo que reconheceu a incompetência dos Juizados Especiais Cíveis. Inocorrência. Preliminar de inépcia da inicial. rejeitada. Ausência de laudo do IML. Existência de outros documentos que comprovam a invalidez. Preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir. Quitação outorgada na esfera administrativa não afasta a possibilidade de complementação do valor. Afastada. Evento ocorrido sob a égide da MP nº. 451/08 que originou a lei nº. 11.495/2009 (18/07/2009). Inconstitucionalidade formal e material do art. 31, da supracitada lei. Lei oriunda de Medida Provisória nº. 451/2008. Inexistência dos requisitos autorizadores da utilização da Medida Provisória. Art. 62, da CF. Lei formalmente inconstitucional. Redução do patamar de 40 (quarenta) salários mínimos para um valor fixo que é prejudicial e afeta o princípio da dignidade da pessoa humana. Validade das regras originais contidas no art. 3º da Lei 6.194/74. Indenização devida no seu grau máximo, ou seja, 40 (quarenta) salários mínimos vigentes à época da liquidação do sinistro. Mínimos vigentes à época da liquidação do sinistro. Incidência da correção monetária desde a data pagamento administrativo a menor. Juros de mora a contar da citação. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido. (TJSE.Ac.201100900332,de10/03/2011 – Unânime – Relator: Des. Marcos de Oliveira Pinto).

Ação rescisória - Embargos à ação de execução de título extrajudicial contra devedor solvente.

Presença das condições da ação e dos pressupostos para o

seu desenvolvimento válido e regular - Extinção da ação afastada. Determinação de prosseguimento da ação com a citação dos réus.

(AR 471820220118260000 SP 0047182-02.2011.8.26.0000, Relator: Zélia Maria Antunes Alves, Data de Julgamento: 27/04/2011, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/05/2011).

BENS MÓVEIS (documentos) - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

- Petição inicial apta - Presença das condições da ação, dentre as quais a possibilidade jurídica do pedido - Perigo da demora - Verbas de sucumbência diante do princípio da causalidade - Recurso não provido.

(APL 48411120098260297 SP 0004841-11.2009.8.26.0297, Relator: Antonio Benedito Ribeiro Pinto. Data de Julgamento: 10/02/2011, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/02/2011).

REVISIONAL - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE

- Presença das condições da ação - Matéria preliminar afastada - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Súm. 297 do STJ - Capitalização de juros - Inadmissibilidade - Contrato anterior a 31.03.2000 - Recurso não provido.

(APL 9096922092007826 SP 9096922-09.2007.8.26.0000, Relator: Edgard Jorge Lauand, Data de Julgamento: 08/02/2011, 15ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/02/2011).

O interesse de agir, outra condição da ação, por sua vez, surge da análise da necessidade e da adequação. Dele provém a facultatividade de escolha pelo autor, da tutela que melhor lhe aprouver ao caso concreto.

Pela necessidade, o autor precisa demonstrar que sua pretensão corre o risco de não ser satisfeita de forma espontânea pelo réu, a não ser que haja a interferência do Judiciário. Pela adequação, aquele precisa formular uma

pretensão apta a finalizar a lide posta em juízo, a fim de que o Estado-juiz não se torne apenas um órgão de consulta.

Segundo Liebman, interesse de agir é o elemento material do direito de ação, consistente no interesse da obtenção do provimento jurisdicional. Sendo assim, haverá ausência de interesse processual se, em determinada situação jurídica, a providência não for adequada a esta situação.

Por exemplo, se um sujeito *A* foi esbulhado em sua posse e a perdeu para um sujeito *B*, indevidamente, carecerá de interesse processual, se no seu pedido pleitear a declaração de que é proprietário. O pedido correto a ser feito, para que exista interesse de agir, é o da devolução da posse esbulhada.

No que tange à legitimidade ou legitimação para a causa verificamos que, em nosso sistema processual, há dois tipos: a legitimação ordinária e a extraordinária. Na primeira, figuram como partes legítimas os titulares dos interesses em conflito. Já na segunda, figuram como partes legítimas terceiros autorizados por lei a vir a juízo, em nome próprio, litigar direito alheio. Aqui, uma ementa que traz essa condição da ação:

Ação de cobrança - Constitui requisito indispensável à propositura da ação a legitimidade ativa ad causam - Inteligência do Art. 3º do CPC. Conhecimento da remessa, para confirmar a sentença monocrática por seus jurídicos fundamentos. Decisão unânime. (TJAL. Ac. 2.222/98, de 12/11/98 - Unânime - Rem. ExOf. 96.033087-0 (11228) - Campo Alegre - Relator: Des. Estácio Luiz Gama de Lima).

Para Liebman, legitimidade nada mais é que a titularidade ativa e passiva da ação. Porém, o seu problema está na individualização da pessoa que detém o interesse de agir.

O próprio CPC, em seu art. 6º, determina que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, no que já dissemos acima ser a legitimação extraordinária ou substituição processual.

Essa condição da ação, assim como as demais condições decorrem de circunstâncias relacionadas à situação de mérito.

Apesar de o nosso sistema processual civil ter adotado a teoria de Liebman ou teoria abstrata da ação, não deixou de sofrer inúmeras críticas, com posicionamentos, muitas vezes, antagônicos.

Tais críticas levam a posições que procuram desmistificar as condições da ação. Dentre elas, as mais contundentes são as que dizem não passar essas condições de meros aspectos da relação de mérito, ou apenas da pretensão resistida que foi trazida para o processo.

Além do mais, os críticos ainda dizem que não se pode reconhecer alguém carecedor de ação ou que não tem direito de ação, sem antes examinar a relação de mérito, para, então, dizer se falta interesse de agir ao autor ou ao réu. Consideram que Liebman, ao defender somente existir o direito de ação, quando houvesse comprovação prévia do atendimento das condições, havia confundido o direito à sentença de mérito com a ação que correspondia a seu exercício.

5. O ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE

A plenitude do acesso à justiça é um direito soberano, garantido pela Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, incisos XXXIV a XXXVII. Contudo, há pontos sensíveis no sistema processual com relação a este princípio como: a possibilidade de se ingressar em juízo; o modo de ser do processo, ou seja, a forma do processo; a justiça das decisões e a sua utilidade prática ou efetividade, como havia definido DINAMARCO⁴. Surgiria, então, o questionamento de como transpor as barreiras do direito material subjetivo e chegar ao direito processual objetivo.

Necessariamente, o que mais se deseja obter com o processo é: a) a simplificação e a agilização do procedimento; b) a redução dos males do decurso do tempo de espera pela efetivação da tutela e, conseqüentemente, c) a efetividade da tutela jurisdicional.

Se o processo for mais acessível, de manejo mais fácil e mais rápido, produzirá decisões mais justas e capazes de ofertar a efetiva tutela. Disso, ninguém tem dúvidas. No entanto, sabemos que as formas dos atos processuais são necessárias, principalmente, para a segurança das partes que estão litigando e para o correto exercício da jurisdição. Porém, o formalismo processual exacerbado, com apego drástico às formas, distorce o sistema.

Nosso Código de Processo Civil adota um sistema de legalidade de formas, embora o art. 154 aduza que os atos processuais, em princípio, não dependerão de formas predeterminadas, apenas dependendo nos casos em que a lei o exigir.

Há, assim, intuito em deformalizar o processo, procurando facilitar a

adequação do caso concreto à norma. Por exemplo, quando não se exige mais o reconhecimento de firma em procurações ou na dispensa de despacho pelo juiz ao determinar a realização de atos meramente ordinatórios ou na dispensa de requerimento para a prorrogação do prazo para a efetivação da citação, dentre outros.

Além disso tudo, com o processo civil moderno, ainda se procura buscar a simplificação do procedimento, ou seja, a sua agilização, quando se dá prioridade às citações e intimações por edital ao invés do formalismo dos mandados ou então quando se elimina a intimação do demandado para responder à apelação interposta contra o indeferimento da petição inicial ou na exclusão da liquidação da sentença por cálculo do contador.

Na constante necessidade de acesso à justiça, merecem destaque os artigos do Código de Processo Civil que tratam da antecipação da tutela jurisdicional, autorizando o juiz, com fundamento numa razoável probabilidade do direito do demandante, a lhe conceder uma tutela provisória, podendo esta se tornar definitiva ou não com o decorrer do processo.

Com esse instituto, elimina-se a espera pela instrução e pela exauriente cognição, ofertando ao sujeito, desde logo, o que ele veio pleitear. Preserva-se o demandante de prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação que, provavelmente, seriam causados pelo demandado.

Portanto, o juiz fica autorizado a tomar, imediatamente, medidas que satisfaçam o direito material subjetivo do litigante, em casos de urgência, ainda no curso do processo de conhecimento, investindo-se, dessa forma, nos poderes do pretor romano que decretava os interditos antes do julgamento definitivo da causa.

Diante disso, ainda sabemos que a efetividade do processo se torna completa, quando se aprimora a qualidade dos julgamentos; a justiça das decisões deve ser vista como um ideal a ser seguido, a fim de que possa superar as dificuldades que muitas partes vivenciam quando necessitam ingressar em juízo.

Jamais existirá tutela jurisdicional se o comando da sentença existir somente na sentença e não sair para se fazer eficaz na realidade prática da vida dos litigantes, os quais, de qualquer forma, procuraram se esforçar para garantir a permanência do seu direito subjetivo, enfrentando todas as condições da ação e todos os requisitos que, provavelmente, levarão ao mérito.

Tudo depende, agora, da consciência de cada magistrado para o resultado

prático da efetividade da tutela jurisdicional e para a pacificação social. Este resultado prático ao qual nos referimos é o que deve o processo moderno produzir na vida das pessoas, ou seja, nas suas possíveis relações com outras pessoas ou com os bens da vida. Trata-se da efetiva preservação dos direitos do homem na via judicial.

O processo deve conceder a quem tem um direito, na medida do possível, tudo aquilo que tem de obter precisamente. Contudo, na prática, verificamos, ainda, óbices à efetividade do processo e, conseqüentemente, à efetiva utilidade prática das decisões. Inúmeros fatores contribuem para que isso ocorra. Algumas vezes, são obstáculos puramente legais, quando não econômicos, culturais, religiosos ou psicológicos. São fatores que impedem o próprio ingresso em juízo e influenciam no modo de ser do processo, tornando-o lento, complicado ou com decisões injustas.

Além disso, um outro fator de suma gravidade para o processo civil moderno que causa grande óbice para a sua efetividade é o acúmulo de litígios em juízo. Essa é uma situação, onde o próprio Estado se contradiz aos preceitos elencados solenemente na Constituição Federal. É por isso, que outras reformas, mais recentes, foram realizadas nos anos de 2001, 2002, 2005 e 2006 com o intuito de dinamizar o procedimento dos atos processuais trazendo, inclusive, o processo e procedimento eletrônico.

Com estas recentes reformas, o art. 461 do CPC, por exemplo, procurou conceder, através das chamadas medidas necessárias, como as multas cominatórias por tempo de atraso (*astreintes*), a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente do processo.

Pode, então, o juiz determinar tais medidas de ofício ou a requerimento da parte interessada, sendo proferidas como forma de apoio ou de reforço ou, então, como meio coercitivo a ser imposto àquele que descumprir o comando judicial. Somente será descartada esta multa se for inócua ou desnecessária, em virtude de fatos concretos.

Também, como exemplo, o art. 461-A permite que nos próprios autos, de forma simples e objetiva, o credor alcance o seu objetivo apenas munido do título judicial, que outrora somente era conseguido mediante processo de execução. Sendo assim, nas demandas para entrega de coisa, o próprio juiz deverá fixar na sentença um prazo para cumprimento espontâneo da respectiva obrigação, estando o autor munido da busca e apreensão, da imissão na posse de bem imóvel, do bloqueio judicial via BACENJUD, dentre outros.

Visto isso, percebemos que, para a obtenção de uma pretensão de forma satisfativa, a qual possa tornar eficaz o processo civil moderno necessitamos, além de obedecer a todos os requisitos exigidos por lei, de regular a apresentação eficiente das provas, na jurisdição contenciosa.

Além do mais, precisamos aliar os fatos ao direito e exigir, principalmente, do julgador que a lide seja apreciada da melhor forma possível, a fim de que injustiças não sejam cometidas. Para tanto, precisamos estar sempre atentos a todas as condições da ação que são requisitos para que o processo siga o seu curso e chegue a um resultado prático e definitivo.

6. CONCLUSÃO

Como a relação processual é uma relação jurídica, apresenta as seguintes características: a) é uma relação de direito público, regulada pelo Direito Processual Civil; b) é uma relação autônoma, pois existe independente da relação jurídico-material contida na lide; c) é uma relação unitária, pois os atos existentes se reúnem e se congregam em razão da causa final do processo; d) é trilateral ou triangular, pois deriva da relação entre autor e juiz, entre este e o réu e entre o autor e o réu; e) é complexa, por conter um conjunto de vínculos jurídicos, objetivando uma finalidade comum; f) é progressiva, visto se movimentar à medida que o processo se movimenta para atingir o seu resultado final.

Em virtude de toda essa complexidade jurídica, alguns doutrinadores argumentam se as condições da ação serviriam para pôr entraves ao direito de ação, ao invés de facilitar o caminho para se chegar a um resultado prático e definitivo. Porém, as formas e requisitos dos atos processuais são necessárias, principalmente, para a segurança das partes que estão litigando.

Contudo, pudemos perceber que para se compreender bem a natureza do direito de ação, devemos examiná-la juntamente com os institutos da jurisdição e do processo, por formarem um conjunto unitário e estarem totalmente interligados.

A jurisdição é provocada através da ação, constituindo esta um direito subjetivo, mais ainda, um poder ofertado a todo cidadão em exigir do Estado a prestação jurisdicional, seja de uma pretensão resistida, conhecida também como jurisdição contenciosa, seja aquela posta pela vontade da lei, chamada jurisdição voluntária, até se chegar ao processo.

A ação, em si, esgota-se no poder de acionar o Estado, de provocar a

jurisdição. Primeiro se exercita o direito público subjetivo de ação e depois o direito material subjetivo que foi violado ou ameaçado de violação.

A pretensão está relacionada ao pedido formulado pelo autor e é este dividido em mediato e imediato, respectivamente, pedido de direito material e de direito processual, onde o primeiro está ligado ao mérito da demanda e o seu não acolhimento gera a improcedência do pedido. Já, o pedido imediato está relacionado à condição da ação e pode levar à carência de ação, caso não tenha obedecido aos requisitos da lei.

Posto isto, da interação entre o direito material e o processo se demonstra que as condições da ação devem ser encaradas como aquelas que procuram satisfazer a tutela jurisdicional, ao estabelecerem vínculos intensos entre este e aquele.

Pela teoria adotada pelo CPC, alguém irá possuir o direito de ação quando demonstra que satisfaz as condições da ação. Quando estas condições não são satisfeitas, a parte se acha carecedora de ação e o juiz, com base no art. 267, extingue o processo sem exame do mérito. Mesmo o autor da ação satisfazendo as condições exigidas por lei, não é suficiente para que garanta uma sentença favorável, concluindo-se que a ação é, nada mais nada menos, um direito a uma sentença de mérito, podendo ser esta favorável ou desfavorável.

Assim, a procedência da ação vai depender e muito da comprovação do direito material, amparado pela satisfação dos requisitos exigidos pela lei até se chegar a tão sonhada efetividade.

THE INFLUENCE OF MATERIAL RIGHT ON THE INSTITUTE OF CONDITIONS OF ACTION

ABSTRACT: According to the evolution of the law, were granted powers to the judge, representing the State in order to assess the evidence offered by the parties, in the midst of a complex procedural rules, and to achieve justice decisions, trying to give more speed and dynamism to procedural acts, leaving the judge to be a mere spectator of the glory of the most skilled litigator. Thus, the modern procedural law said with great relevance to the effectiveness of judicial protection, offering more support to the parties when they met to debate with bad decisions or not met at all. Thus, the right of action was recognized as the one that every citizen has to ask the judiciary

to compel the author of the injury to repair the damaging act committed. And being found in the right of action to the concrete fact, the analysis will be on material the author claims, as the general rules of substantive law. So when there is a lack of action, missing one of the conditions of action, the magistrate denied the author the right of action, ending the case without examining the claim of substantive law. That's why, when the author develops his initial claim in part, through a pretense resisted, he must clearly formulate two applications, one mediate and another immediately. The first of the substantive law is made against the defendant and seeks to deliver the objective law violated. Being the second of a procedural nature are made against the State court, from the requirement that an award of merit is given. For all that, there is the certainty that the substantive law would not exist without the right adjective, the inverse, since the process is a legal relationship that forms the structure of the organization, which is divided into two layers: a substantial and material, which side by side forever cherish for effectiveness.

KEYWORDS: Formal. Material. Parts. Speed. Desire. Complex rules. Conditions of action. Action. Process. Effectiveness.

Notas

¹ De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico* ed. 18, 2001, p. 275 e 277.

² DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. Ed. Dialética, 1997, São Paulo, p. 93.

³ CALAMANDREI apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I, 31ª ed., Rio de Janeiro, 2000, p. 39.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I, 5ª ed., Malheiros, p. 308-309.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Sinopses Jurídicas. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Código de processo civil*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

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

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas. *Ementário de jurisprudência alagoana*. Ementas de 1997/1998. Vol. IX, nº 12. Maceió: 2002.

- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Jurisprudências paulistas*.
Internet: <http://www.tjsp.jus.br>.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. *Jurisprudências sergipanas*.
Internet: <http://www.tjse.jus.br>.
- BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) *Impactos processuais do direito civil*.
São Paulo: Saraiva, 2008.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*.
São Paulo: Dialética, 1997.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas Sobre a Garantia Constitucional do Acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 27, n. 108, p. 23-31, outubro/dezembro, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 5ª edição. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1977.
- ROCHA, Paulo Felisberto da. *Como fazer uma pesquisa científica? Uma abordagem teórico-prática*. Maceió: Edições Catavento, 2002.
- PASSOS, J.J. Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 26, n. 102, p. 55-57, abril/junho, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 31ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SISTEMA PENAL E MÍDIA: BREVES LINHAS SOBRE UMA RELAÇÃO CONFLITUOSA

Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara*

RESUMO: O presente trabalho objetiva verificar a influência da Mídia no Sistema Penal, com ênfase na repercussão sobre o devido processo legal e sobre o veredicto derradeiro. Será analisada a função da Mídia nos dias atuais, a forma como ela interfere na formação da opinião pública e o fenômeno do sensacionalismo. A partir desta análise, verificar-se-á que o modo como fatos supostamente criminosos são expostos pelos meios de comunicação pode acarretar um conflito entre a liberdade de imprensa e direitos da personalidade. Concluir-se-á que não existe uma solução única e pré-estabelecida para resolver o embate, devendo ser buscado no princípio da proporcionalidade o equilíbrio necessário para harmonizar os direitos constitucionais conflitantes.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia. Sistema penal. Opinião pública. Sensacionalismo. Devido processo legal.

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, as notícias sobre fatos ou comportamentos socialmente reprováveis e as sanções decorrentes exercem um fascínio sobre a sociedade.

Em sua origem mais remota, a pena é associada ao sentimento de vingança privada, despertado como uma forma de reação social àquele que romperia com a ordem da comunidade. Os castigos (em sua grande parte, corporais) impostos aos desviantes eram concretizados aos olhos do público, que se aglomerava ao redor dos cadafalsos com o fito de assistir aos espetáculos teatrais montados para punir o transgressor da lei.

Ao longo do tempo, a pena foi perdendo esse caráter retributivo – ou o escopo de restaurar a ordem atingida pelo delito – para adquirir um

* Assessora da Procuradoria de Justiça do Estado de Sergipe, Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela PUC/SP.

cunho preventivo e ressocializatório. No entanto, essa mudança de viés não implicou o arrefecimento do interesse da população por fatos violentos e sua consequente punição.

Em meio a esse processo evolutivo da sociedade e do Direito Penal, os meios de comunicação de massa revelaram-se sucedâneos dos antigos pelourinhos. A criminalidade, seus protagonistas e as sanções a eles infligidas passaram a ser objetos constantes dos noticiários jornalísticos. Consectariamente, a atuação do Poder Judiciário em casos que mobilizam o sistema penal passou a ser atentamente fiscalizada.

O apelo emocional impingido às reportagens carrega o risco de deturpação dos fatos expostos. Essa conjuntura é deveras temerária quando se trata de incidentes que serão submetidos ao crivo do Judiciário Criminal, pois tem o condão de instalar uma série de conflitos entre valores jurídicos.

A cobertura reiterada de crimes, com ênfase no suposto agente delitivo, enseja, de plano, a tensão entre o direito de se expressar livremente e os direitos da personalidade do acusado, ambos de magnitude constitucional.

Outrossim, o furor despertado pelos meios de comunicação quando do exercício da atividade informativa pode subverter o rito pelo qual deve seguir o processo e até mesmo comprometer a imparcialidade do julgador, influenciando o veredicto a ser prolatado ao final do julgamento.

Diante desse panorama, o presente trabalho pretende, ainda que de maneira breve, verificar se a mídia tem o condão de ditar o trâmite e modificar o resultado de um processo penal, analisar a real ameaça dos veículos de comunicação às garantias constitucionais do suposto autor de um delito e investigar o ponto de equilíbrio entre os valores em conflito.

2. A MÍDIA COMO GESTORA DO ESPETÁCULO SOCIAL

O termo *mídia* comporta uma miscelânea de diferentes significados. Trata-se, pois, de perfeito exemplo de polissemia. Sob essa rubrica, segundo o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* (19--?, n.p.), abarca-se

todo suporte de difusão da informação que constitui um meio intermediário de expressão capaz de transmitir mensagens; meios de comunicação social de massas não diretamente interpessoais (como p.ex. as conversas, diálogos públicos e privados) [Abrangem esses meios o rádio, o cinema, a televisão,

a escrita impressa (ou manuscrita, no passado) em livros, revistas, boletins, jornais, o computador, o videocassete, os satélites de comunicações e, de um modo geral, os meios eletrônicos e telemáticos de comunicação em que se incluem também as diversas telefonias.]

Já a palavra *imprensa* tem, em regra, seu conteúdo significante desdobrado em “qualquer meio utilizado na difusão de informações jornalísticas; conjunto dos processos de veiculação de informações jornalísticas por veículos impressos ou eletrônicos”.

O ponto de partida para a compreensão da temática em foco, no entanto, não se esgota em definições semânticas. Alberto Dines (1996/1997, p. 58) noticia que o vocábulo *mídia* provém do latim. E, transcendendo explicações meramente lexicais, pondera: “*Medium é meio*, modo, maneira, forma, via, caminho, condição em que se executa uma tarefa. Na linguagem técnica da comunicação *medium* designa o canal através do qual o *emissor* passa a sua *mensagem* ao *receptor*, a audiência”.

Assim, o jornalista representa o elo entre a realidade e a audiência que a desconhece. Ao exercer essa atividade mediadora, não se limita a reproduzir fatos mecanicamente, mas os interpreta, dimensiona, hierarquiza (e, por que não dizer, *maquia*). Nessa perspectiva, o jornalista oferta a matéria-prima necessária à lapidação dos juízos individuais, denotando a função social e política da intermediação midiática.

Independentemente de concepções conceituais, impende frisar que a imprensa – aqui utilizada como sinônimo de mídia - agasalha sob sua batuta um poderio político e econômico de dimensão não reproduzível nos domínios de qualquer outra agência executiva¹. A massificação dos meios de comunicação contribuiu para o fortalecimento desse poder, que, ao driblar qualquer forma de institucionalização, não se subjeta ao controle social.

A correlação cada vez mais estreita e imbricada entre os meios de comunicação e sua audiência tem o condão de manietar a opinião pública, alterando seu processo de formação de maneira a repercutir no sistema penal.

O conceito de opinião pública, segundo Matteucci (1992, p. 842), alberga

um duplo sentido: quer no momento da sua formação, uma vez que não é privada e nasce do debate público,

quer no seu objeto, a coisa pública. Como “opinião” é sempre discutível, muda com o tempo e permite a discordância: na realidade, ela expressa mais juízos de valor do que juízos de fato, próprios da ciência e dos entendidos. Enquanto “pública”, isto é, pertencente ao âmbito ou universo político, conviria antes falar de opiniões no plural, já que nesse universo não há espaço apenas para uma verdade política, para uma epistemocracia. A opinião pública não coincide com a verdade, precisamente por ser opinião, por ser *doxa* e não *episteme*; mas, na medida em que se forma e fortalece no debate, expressa uma atitude racional, crítica e bem informada.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a opinião pública, considerada como o amálgama de ideias e valores que externam o modo de pensar de determinados grupos sociais acerca de assuntos específicos, é edificada sobre o tripé sujeito-experiência-intelecto. Com a difusão da comunicação de massa, foi acrescida a esse contexto a informação mediatizada, que, conjugada ao analfabetismo funcional que assola a população brasileira, passou a ditar unilateralmente o quadro fático-valorativo a ser absorvido pela massa populacional.

As premissas até aqui assentadas permitem concluir que a opinião pública não representa o somatório de juízos individuais. Com efeito, o ideário que rege a população está diluído numa relação grupal gerenciada por um grupo dominante que tem na mídia seu maior protagonista. Nesse sentido, pondera Habermas (1984, p. 208-281):

O atributo de “ser público” só é conquistado por uma tal opinião através de sua correlação com processos grupais. A tentativa de definir a opinião pública como “*colection of individual opinions*” é logo corrigida mediante a análise de relações grupais: “*we need concepts of what is both fundamental or deep and also common to a group*”. É considerada “pública” a opinião de um grupo quando ela subjetivamente se impôs como a opinião dominante: o membro individual do grupo tem uma (provavelmente errônea) concepção quanto à importância da sua opinião e do seu comportamento, ou seja, de quantos dos demais

membros, e quais deles, partilham ou rejeitam o hábito ou a perspectiva por ele defendida.

Constata-se, pois, que a opinião pública reflete, na verdade, uma opinião *publicada* pelos *mass media*. Esse fenômeno se faz sentir, de modo especial, nos sítios do sistema penal, onde a opinião pública representa um poder determinante na definição da política criminal.

A opinião pública (leia-se *publicada*) finca as balizas de uma realidade virtual, que manietta a atuação do Judiciário Criminal. A estereotipagem de criminosos rotula os supostos infratores da lei penal do modo mais conveniente aos comandantes do conglomerado midiático, propositalmente ignorando, por exemplo, delinquentes de colarinho branco.

Nesse âmbito, a influência perniciosa exercida pelos meios de comunicação manifesta-se precipuamente pelos fatos que estes deixam de enunciar - isto é, pelo “*não-dito*” - do que pelos acontecimentos efetivamente expostos. O mutismo jornalístico obsta a reação do espectador e consagra o olhar unilateral do problema noticiado, impondo ao agente investigado a pena do silêncio.

Outrossim, o lineamento da imagem de suspeitos pela mídia incute na população, de forma precipitada, uma cólera punitiva que exige a imediata condenação. Em meio a esse ambiente de altercação, o magistrado deve buscar manter a serenidade diante de discursos reacionários a cobrarem julgamentos açodados, condenações severas, sem qualquer compromisso com o respeito às garantias do devido processo penal.

Dentre a dinâmica que move os órgãos jornalísticos emerge o *sensacionalismo*, consistente num modo de veicular a notícia que extrapola os lindes do fato realmente ocorrido, acabando por se imiscuir numa fantasia novelesca.

O fenômeno é descrito pela Promotora de Justiça Ana Lúcia Menezes Vieira (2003. p. 52-53), com acurada propriedade:

A linguagem sensacionalista, caracterizada por ausência de moderação, busca chocar o público, causar impacto, exigindo seu envolvimento emocional. Assim, a imprensa e o meio televisivo de comunicação constroem um modelo informativo que torna difusos os limites do real e do imaginário. Nada do que se vê (imagem televisiva), do que se ouve (rádio) e do que se lê (imprensa jornalística) é indiferente ao consumidor

da notícia sensacionalista. As emoções fortes criadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O sujeito não fica do lado de fora da notícia, mas a integra. A mensagem cativa o receptor, levando-o a uma fuga do cotidiano, ainda que de forma passageira. Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional.

O Judiciário é um campo fértil para o espetáculo visado pelos meios de comunicação. O próprio ambiente que circunda o trâmite dos processos já possui um viés cênico, considerando que no âmbito penal estão em confronto a liberdade individual e o poder punitivo estatal com toda a carga de dramaticidade que tal equação comporta.

A dramatização derramada sobre os noticiários que veiculam notícias do âmbito criminal finda por criar ondas artificiais de violência e avultar o pânico social e a sensação de insegurança. À medida que os órgãos midiáticos intensificam a dimensão das desgraças que acometem terceiros, incute-se na população o sentimento de que os fatos negativos ocorrem com frequência maior que a habitual. Os cidadãos são tragados pela densa carga emocional embutida na notícia, revivendo o ocorrido como se dela fossem personagens.

Por conseguinte, a apresentação da realidade através de maniqueísmos deflagra uma demanda por maior intervenção do Direito Penal. A sanha por um recrudescimento do sistema penal é fomentada de modo mais incisivo pela televisão, que, com a transmissão de uma imagem que retrata um suposto comportamento contemplado em norma penal por seu melhor ângulo, dispensa a utilização de qualquer palavra como meio veiculador de mensagens.

O programa *Linha Direta*², outrora parte integrante da programação da Rede Globo, é o capítulo mais sórdido da espetacularização da violência através da televisão. Mediante um novo formato de exposição, informações de cunho jornalístico acerca de eventos com repercussão criminal eram entrecortadas por “reconstituições dos acontecimentos” encenadas por atores profissionais, em tomadas que facilmente poderiam ser confundidas com cenas da novela transmitida pela emissora poucos minutos antes. A produção do programa providenciava a coleta de depoimentos (devidamente editados) de parentes e amigos da vítima e o âncora, iteradamente, mostrava a foto do criminoso (não seria mero suspeito?) foragido e divulgava um número

de telefone para o qual deveriam ligar as pessoas que o avistassem.

Os efeitos deletérios produzidos pela atração televisiva em comento para o acusado não estão ligados necessariamente à narrativa empreendida pelo apresentador, mas sobretudo pelo silêncio eloquente em torno de versões que pudessem favorecer o increpado ou apaziguar a indignação vingativa da audiência.

A ojeriza do cidadão para com o criminoso retratado nas telas, imposta midiaticamente, impregna de modo peremptório o caso que doravante será levado ao crivo do Judiciário. A ligação telefônica que, ao localizar o suspeito, franqueia à polícia a concretização de uma prisão é recebida aos olhos do público como uma sentença condenatória, que será submetida à Justiça como mera formalidade. Entrementes, o entretenimento jornalístico explorado através de matérias sensacionalistas pode descambar para o *denuncismo*.

É nesse contexto que avança e consolida-se o chamado *jornalismo investigativo*, atividade na qual o repórter traveste-se de polícia e passa a apurar informações sobre atos desviantes que afrontam o interesse público, prejudicando a sociedade.

Não se objeta que o jornalismo investigativo funcione como relevante elemento impulsionador de debates acerca do combate ao crime pelos órgãos estatais, evidenciando conjunturas de indiscutível interesse público. Todavia, tal função ultrapassa os limites da ponderação e da ética e é desvirtuada quando o jornalista veste a roupagem de detetive e deflagra uma atuação policial amadorística, passando a atuar politicamente.

Entrementes, o jornalismo investigativo em algumas ocasiões não se concilia com os desideratos da administração pública e acaba sobrepujando os direitos individuais. Donde, a necessidade de perquirir tal conceito sob uma perspectiva ética. Eugênio Bucci (*apud* MORETZSHON, 2002, p. 307) aborda o assunto com propriedade:

A rigor, a ética do profissional de imprensa exige que ele sempre se identifique como tal e que não adote dissimulações na apuração. Quem fala para uma reportagem tem o direito de saber que está falando para uma reportagem. Quem aparece numa gravação em vídeo que depois será exibida na TV tem o direito de saber do que é que está participando. A câmera oculta atropela esse direito das fontes. A câmera oculta tapeia as fontes e aqueles que são objeto da reportagem. Embora não constitua obrigatoriamente

um crime como a violação de correspondência (art. 194 do Código Penal), é uma forma grave de invasão de privacidade. É análoga, em termos éticos, à escuta clandestina de ligações telefônicas (que também é crime). Ou seja: constitui um método que pode até ser empregado por espíões ou detetives (numa prática extremamente discutível, é verdade), mas nunca por um jornalista.

Consectariamente, o público absorve uma versão calcada em indícios e deduções e, a partir de exposições tendenciosas, cria pré-conceitos face à pessoa retratada como criminosa. Esta última, por seu turno, é acometida por um linchamento moral numa fase em que ostenta a condição de simples investigada, e tem seu veredicto cunhado de forma antecipada e inapagável (ainda que o Judiciário se manifeste diversamente *a posteriori*).

3. O VÍNCULO ENTRE MÍDIA E SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

3.1 O PAPEL DA MÍDIA NA VULNERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE

A atividade jornalística é movida por disposições legais que garantem a liberdade de informação. Trata-se de garantia constitucional alvissareiramente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, buscando a legitimação do Estado Democrático de Direito então instaurado através da publicização da atividade estatal, permitindo, destarte, um maior controle por parte dos cidadãos.

Em que pese a coloração constitucional da liberdade de informação – ou liberdade de imprensa -, não há como se reconhecer um caráter absoluto no seu exercício. Ao revés, o direito a exercer livremente a atividade jornalística não raro esbarra em outros direitos fundamentais.

A título exemplificativo, quando um órgão midiático divulga uma matéria de índole penal e, em seu cerne, ventila o nome e a imagem do pretenso autor de uma conduta criminosa, tem início um embate entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade do indivíduo retratado.

Os contornos da liberdade de informação são assegurados no Texto Constitucional em dispositivos diversos, a exemplo do art. 5º, incisos IV,

IX, XIV e art. 220. A relevância do preceito em comento para a legitimação de uma ordem jurídica democrática é bem salientada por Sérgio Ricardo de Souza (2008, p. 103):

Realmente, a informação como forma de obtenção de conhecimento, como meio de poder controlar os fatos que ocorrem no meio ambiente em que o indivíduo atua é hoje mais que um direito: é uma necessidade irrenunciável, sem a qual não há participação, não há liberdade, desmorona-se a igualdade, obstaculiza-se a existência da democracia e afasta-se a possibilidade de alcançar-se uma sociedade justa e participativa, por propiciar uma indesejável e mesmo inaceitável exclusão – consistente em excluir a possibilidade de o indivíduo interagir socialmente, de forma tal que lhe seja permitido entender a própria sistemática de funcionamento social e de agir criticamente – afrontando a Constituição Brasileira em seus próprios fundamentos.

A liberdade de imprensa apresenta-se como uma ferramenta de defesa contra a arbitrariedade estatal, tendo em vista que descortina a atuação governamental e, como consequência, franqueia à sociedade os instrumentos necessários ao revide contra os desmandos da Administração Pública. A título de reflexão, vale trazer à baila as palavras de Marx, rememoradas por José Afonso da Silva (2005, p. 246):

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria.

Por outro lado, não se pode olvidar a existência de limites internos à liberdade de imprensa, traduzidos no dever de divulgar fatos *verdadeiros*

como pressuposto para o cumprimento da função social da mídia e da outorga de uma conotação material à liberdade em estudo.

A exigência de veracidade, entretanto, tem se arrefecido face ao ritmo frenético imprimido à atividade midiática. A presteza na divulgação do “furo jornalístico” subtrai do profissional o tempo necessário à checagem das informações obtidas. Semelhante panorama fez com que o compromisso com a verdade se transmudasse no comprometimento de buscar qualquer verdade.

Por conseguinte, a velocidade que move a atuação da imprensa e, por muitas vezes, põe em xeque a veracidade das notícias propagadas, finda por conflitar com direitos individuais ínsitos à personalidade humana. Tal problematização revela o ponto nevrálgico da relação entre Mídia e Poder Judiciário: trata-se do embate entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade do criminalmente acusado, ambos de índole constitucional.

Quando a cobertura jornalística recai sobre acontecimentos afetos ao sistema penal, o funcionamento desse mecanismo difusor de notícias esbarra em direitos individuais expressamente agasalhados pela Carta Magna. Trata-se de valores como a imagem, a intimidade e a honra que, amalgamados sob a rubrica de *direitos da personalidade*, representam limites à liberdade de imprensa.

Os direitos da personalidade são entendidos como os atributos físicos, intelectuais e morais imanentes ao homem e sua projeção no seio da coletividade, garantindo ao indivíduo autoridade sobre si mesmo. Em suma, o termo em foco abarca direitos cuja falta teria o condão de comprometer as potencialidades da pessoa humana como tal considerada.

Esse cipoal de direitos eminentemente subjetivos emana do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inciso III). O preceito em tela pode ser identificado como “o respeito a um conjunto de valores que propiciem a cada ser humano, conviver em sociedade usufruindo dos direitos inerentes à sua personalidade, até o limite em que o exercício desses direitos venham a colocar em risco a possibilidade dessa convivência harmônica” (SOUZA, 2008, p. 07-08).

Ora, deve se ter em mente que o regime democrático visa assegurar a máxima eficácia dos direitos fundamentais de primeira geração, tais quais a honra, a imagem e a vida privada. Há quem defenda – como Aury Lopes Jr. (2006, p. 196-197) - a operacionalização de uma *censura garantista*, de forma a garantir o exercício de tais direitos. Evita-se, assim, que a liberdade

de informação jornalística, cujo nascedouro histórico se deu como forma de combate ao autoritarismo, se transmude num algoz.

Todavia, a tutela dos direitos fundamentais em apreço também não se reveste de caráter absoluto. Cuida-se de assertiva deveras compreensível, porquanto o homem, como membro de uma coletividade, não pode intentar viver sua vida entre tabiques. Afigura-se legítima, por exemplo, a propagação da imagem de suspeitos quando estes, expressa ou tacitamente (quando da concessão de entrevistas, por exemplo), o autorizarem. Por conseguinte, a harmonização do embate entre os sobreditos valores deve ser buscada tendo como tempero a proporcionalidade.

3.2 IMEDIATISMO MUDIÁTICO X MOROSIDADE JURISDICIONAL

A ingerência espetacularizada dos meios de comunicação nos acontecimentos afetos ao sistema de justiça criminal arreda o Direito Penal de seus alicerces teóricos intrínsecos (tais quais o princípio da intervenção mínima e o princípio da fragmentariedade, entre outros), conferindo ao mesmo uma conotação meramente simbólica.

Tal engrenagem é irrompida porque “o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza” (BATISTA, 2002, p. 272-274). A mídia, ao incutir crenças na população e silenciar sobre outros fatos importantes, atua como ferramenta legitimante dessa forma de controle, propagandeando o “dogma da criminalização provedora”³.

Assim, manifesta-se no âmbito penal uma publicidade enganosa que, segundo Maria Lúcia Karam (1993, p. 200-201), primeiro concebe “o fantasma da criminalidade, para, em seguida, ‘vender’ a ideia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão sendo solucionados”.

O *direito penal simbólico*, pois, lança seus tentáculos sobre a política criminal, dando azo ao recrudescimento de penas e criminalização de condutas. Tal panorama é engranzado a partir de casos-símbolos que inflamam o movimento de lei e ordem, ocasionando um distanciamento do Direito Penal com o caráter fragmentário que deveria regê-lo. Esses casos são eleitos dentre aqueles que causam maior repercussão social, em consonância

com o que Filippo Sgubbi (*apud* SILVEIRA, 2000, n.p.) denominou de “lógica das vedetes”⁴.

Outro aspecto criador de tensão no vínculo entre mídia e Judiciário atine à imediatidade que caracteriza a primeira e a morosidade que identifica o segundo. A velocidade imprimida na atividade jornalística é reflexo da atmosfera mercadológica que tomou conta das empresas de comunicação.

Engendra-se um processo de reificação da notícia, que passa a ser pensada como um produto perecível, cujo consumo há de ser imediato, sob pena de falência dos conglomerados midiáticos. Aos jornalistas, é imposto um sistema de *fast journalism*, em que a notícia deve ser ofertada para consumo fácil e rápido. Nessa perspectiva, é inarredável a presença constante de novas informações, uma vez que o pioneirismo na divulgação de “furos” é o principal ingrediente para a liderança do mercado comunicacional.

Semelhante cultura tolhe do profissional de jornalismo o tempo necessário à reflexão sobre os fatos a serem veiculados, fomentando o senso instintivo em detrimento da afeição racional. Esse quadro é deveras temerário quando se trata de um processo penal em curso ou na iminência de ser instaurado, em face da possibilidade de marcar indelevelmente a pessoa investigada com a atribuição de fatos desabonadores não necessariamente ligados ao fato supostamente criminoso apurado, atribuindo-lhe qualidades altamente depreciativas, que comprometem significativamente seu *status dignitatis* e em total desrespeito ao princípio do estado de inocência.

A conjuntura apontada deságua no chamado *direito penal de emergência*, que, despido do viés subsidiário, é produzido de forma açodada e urgente para fundamentar uma política penal retribucionista e eficientista suplicada pela população diante de casos específicos, particularmente chocantes. Criam-se, num curto interstício temporal, mecanismos especiais para combatê-los, sobretudo apresentados mediante expedita produção legislativa.

Essa influência se fez sentir na promulgação da Lei nº 8.072/90, a chamada Lei dos Crimes Hediondos, que estabeleceu um disciplinamento mais rigoroso aos tipos penais catalogados pelo legislador⁵.

Anos depois, a catarse popular motivada pelo assassinato da atriz global Daniela Perez, ocorrido em 28 de dezembro de 1992, tornou a pressionar o legislador⁶. O crime em questão foi reiteradamente explorado pelos veículos midiáticos e, conjugado à mobilização empreendida pela novelista Glória Perez - mãe da vítima - através de um “abaixo-assinado”, logrou incluir o homicídio qualificado no rol de crimes hediondos, por meio da Lei nº

8.930/94.

Nos casos abarcados pela esfera penal, o trâmite cadenciado do processo é percebido como um atestado de incapacidade do Judiciário, contrastando com a eficiência e a presteza da mídia, que, de fato, atende às expectativas sociais. Por conseguinte, a velocidade transfigura-se no sopro de vida de que necessita o Poder Judiciário para manter hígida sua credibilidade aos olhos da população.

Como corolário da urgência, opera-se uma reviravolta na marcha processual: o encarceramento - medida sabidamente punitiva - precede a análise meticulosa do caso, a qual é desencadeada como forma de dar tempo ao magistrado de arregimentar elementos suficientes para lastrear a condenação prematuramente decretada em forma de prisão cautelar. O contraditório, além de diferido, é franqueado como mera formalidade, e não como garantia.

O procedimento judicial com sua marcha se prolongando no tempo é desqualificado e passa a ser apontado como mecanismo de contenção da pressão do povo levando a um julgamento final tardio e, frequentemente, com absolvições ou condenações amenas a recaírem sobre o acusado. Desperta-se na coletividade um furor vingativo traduzido em pressão para que os juízes decidam de forma ágil e os legisladores criem procedimentos céleres.

O direito a ser julgado num prazo razoável, assegurado pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, traz como conclusão inarredável o enjuntamento dos extremos. Se por um lado o réu não pode ser castigado com a delonga no andamento do processo, a configurar um sancionamento temporão, sob outro ângulo não pode ser subtraído do acusado o tempo necessário a promover amplamente sua defesa, de maneira a concretizar o princípio da presunção de inocência.

3.3 A COBERTURA MEDIÁTICA DA PERSECUÇÃO PENAL E O TRIAL BY THE MEDIA

Numa ordem jurídica democrática, o processo penal tem o desiderato de servir como instrumento de contenção do poder estatal e de maximização da eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em detrimento de movimentos de lei e ordem (LOPES JUNIOR, 2006, p. 1).

O processo não pode se render à ideia de que as garantias constitucionais

configuram obstáculos ao combate à criminalidade. Semelhante concepção finda por furtar a racionalidade do sistema, já que infunde no âmbito infraconstitucional uma postura de negação ao modelo garantista delineado pela Carta Magna.

A ingerência midiática nos meandros jurisdicionais tem início antes mesmo da deflagração da ação penal. Já na fase inquisitória, a exposição prematura de um mero suspeito através de discursos categóricos que na verdade externam meras hipóteses a guiarem o procedimento apuratório tem a potencialidade de produzir efeitos deletérios tanto para a polícia como para o investigado.

A um, porque compromete o sigilo que deve permear as investigações, como preconiza o Código de Processo Penal em seu art. 20. Tal segredo é necessário para não obstruir as diligências realizadas com o intuito de descortinar os pormenores do crime ultimado e, “em si mesmo, não significa uma burla ao Estado Democrático de Direito, mas sim sua imposição abusiva, sem fundamento no interesse público ou social, ou em outro valor constitucionalmente relevante” (VIEIRA, 2003, p. 195)⁷. Ademais, a divulgação da estratégia policial serve como um aviso ao suposto agente delitivo, permitindo que este se antecipe às autoridades e logre êxito em suas esquivas.

A dois, porque a publicização da fase inquisitorial não apenas exhibe como troféu a identidade de um mero suspeito, como também atinge por extensão seus familiares, os quais são vitimados pela maledicência da coletividade, numa manifesta violação ao princípio da intranscendência, a preconizar que a reprimenda não pode ultrapassar a pessoa do agente delitivo.

Os meios de comunicação de massa, ao infundirem em suas reportagens um juízo prévio acerca dos fatos criminosos perscrutados pela autoridade policial, findam por condenar precocemente o investigado.

A “sentença midiática” prescinde de formalidades e “transita em julgado” perante a opinião pública sem que seja franqueada àquele sentado no banco dos réus a oportunidade de se defender ou, ao menos, ter conhecimento de todas as acusações que lhe são imputadas (VIEIRA, 2003, p. 168).

Conquanto não haja, nesse ponto, uma sentença condenatória definitiva, a exposição midiática do caso já vaticina o veredicto popular - na maioria das vezes, é desfavorável ao réu - que, por seu turno, é condicionado pelo retrato cuidadosamente pintado pela imprensa.

A reverberação jornalística em acontecimentos desse jaez perdura tão-somente até meados do processo, vez que o tempo acarreta a lassidão da

atmosfera emotiva que envolve a audiência, fazendo com que esta perca o interesse sobre o evento tantas vezes reiterado nas telas de TV ou nas páginas de jornais e revistas.

A sentença proferida, mesmo que de cunho absolutório, não tem força para desvanecer as nódoas cravadas pelo processo, cuja formulação de hipóteses que caracteriza seu início é transmutada em certeza pela ação da imprensa. “É muito mais fácil abrir uma ferida do que fechá-la, sem deixar marcas ou cicatrizes” (LOPES JR., 2006, p. 7).

Essa face justiceira da Mídia é examinada por Márcio Thomaz Bastos (1999, p. 115-116):

Levar um réu a julgamento no auge de uma campanha de mídia é levá-lo a um linchamento, em que os ritos e fórmulas processuais são apenas a aparência da justiça, encobrindo os mecanismos cruéis de uma execução sumária. Trata-se de uma pré-condenação, ou seja, a pessoa está condenada antes de ser julgada, tal como bem definido no *Black's Law Dictionary*; no verbete Trial by news media: “É o processo pelo qual o noticiário da imprensa sobre as investigações em torno de uma pessoa que vai ser submetida a julgamento acaba determinando a culpabilidade ou a inocência da pessoa antes de ela ser julgada formalmente”.

A concretização do fenômeno do *trial by media* acarreta a mudança do *locus* de julgamento: cria-se um juízo paralelo que, embora mais célere, repudia as garantias do increpado. Em meio a esse quadro, opera-se uma inversão na mente das pessoas, já que o “comando sentencial condenatório” é passado em julgado antes mesmo do fim da instrução processual.

Os ingredientes para a implementação do *trial by media* são hauridos dos efeitos decorrentes do princípio da publicidade. Tal preceito tem sido usado pela mídia como algoz dos direitos processuais do penalmente acusado, vez que a transformação do processo em espetáculo possui uma tendência de privilegiar a versão acusatória. Habermas (1984, p. 241-242) diagnostica no fenômeno uma inversão no princípio crítico da publicidade: ao invés de servir como freio ao exercício arbitrário do *jus puniendi* estatal, os *mass media* laboram cada vez mais com o intuito de trabalhar os processos para atender ao desejo de entretenimento dos consumidores.

Dentre as garantias processuais constitucionais esmorecidas pela cobertura midiática do processo penal, figura o *princípio do estado de inocência*. Ora, a presunção ou estado de inocência nada mais é que uma presunção política, assegurando o *status libertatis* do acusado em face do interesse coletivo de punição criminal (VIEIRA, 2003, p. 171). Nessa perspectiva, “o processo penal deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade” (SCHREIBER, 2008, p. 189).

Ocorre que a imprensa, ao exibir pessoas acusadas de envolvimento em fatos criminosos numa fase incipiente das investigações, monta uma exposição de tal forma deturpada que acaba por neutralizar o princípio da presunção de inocência e, ao submeter o indivíduo a um precoce julgamento público, subverte o preceito em foco em privilégio de uma verdadeira presunção de culpabilidade.

O sensacionalismo midiático desperta na sociedade um arroubo vingativo e, conseqüentemente, uma demanda irascível por uma resposta repressiva do Direito Penal. A opinião pública vislumbra o encarceramento provisório como uma antecipação da pena⁸, antepondo o término do processo penal ao seu início.

Pressionados pelo alarma social fomentado pela mídia, os magistrados socorrem-se do conceito aberto da expressão *ordem pública*, elencado pelo art. 312 do Código de Processo Penal como fundamento da prisão preventiva, para decretar a prisão de réus com o implícito propósito de atender ao clamor público.

O clamor social, por vezes, esconde-se sob o conceito de ordem pública, cabendo ao magistrado avaliar se esta foi realmente afetada ou se o foi apenas pelo noticiário (TOURINHO FILHO, 2006, p. 614). Quando o segregamento preventivo é decretado com o escopo precípua de abrandar o rogo popular pela antecipação da punição ao suposto culpado, a prisão perde o viés de cautelaridade que deveria circundá-la, vez que um provimento cautelar visa assegurar a eficácia do processo principal.

Não obstante a interferência dos *mass media* seja mais notória *durante* o trâmite do inquérito processual e do processo penal, é mister atentar também para a exposição midiática de indivíduos já sentenciados.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), com o propósito de impedir investidas tendentes a frustrar a reintegração social do preso, catalogou a “proteção contra o sensacionalismo” no rol de direitos do preso (art. 41,

inciso VIII) e proscreeu a exposição do preso “à inconveniente notoriedade durante o cumprimento da pena” (art. 198).

Donde, a doutrina aventa a existência de um *direito ao esquecimento* como limite à liberdade de informação jornalística. Através do direito ao esquecimento, objetiva-se reintegrar o ex-presidiário na sociedade, que poderia ser comprometido com a indiscrição da imprensa durante a fase executória da pena.

3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO PACIFICADOR

A harmonização do choque axiológico entre liberdade de expressão e garantias individuais do acusado deve ser feita com cautela, haja vista que, se por um lado aquela é um dos baluartes do regime democrático, por outro, estas também não podem ser amesquinhasadas, por serem princípios reitores do Estado de Direito.

Considerando que ambos os valores supra aludidos têm raízes constitucionais, torna-se imperioso fazer uma leitura dialética da Carta Magna, em busca de fundamentos também constitucionais para dirimir o prélio axiológico posto. Sobre o assunto, preleciona Barroso (2008, p. 357-358):

A dificuldade que se acaba de descrever já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar *técnica da ponderação*.

Percebe-se que o desenlace desse suposto conflito de normas principiológicas deve ser perquirido à luz da realidade concreta subjacente, já que as normas aplicáveis estão abstratamente no mesmo plano hierárquico.

Portanto, os direitos fundamentais que, sacramentados sob a roupagem de princípios constitucionais, coabitam harmonicamente num espectro abstrato (externando a unidade do sistema jurídico), por vezes se apresentam em posições antagônicas quando transpostos para o plano concreto, razão pela qual demandam a intervenção de um fator compatibilizante.

Esse ingrediente harmonizador é encontrado na técnica da ponderação, assim entendido o procedimento racional que, a partir da identificação de uma conjuntura normativa colidente, passa a aferir o peso que cada princípio vai exercer diante de um caso concreto, ditando a prevalência de um preceito em detrimento do outro na hipótese examinada.

Nessa atividade “eletiva”, deve se ter em mente a preservação máxima do núcleo essencial de cada um dos princípios em pauta, vez que a preterição de um deles num caso específico não implica seu alijamento da ordem jurídica; pelo contrário, o preceito “rejeitado” – em parte ou no todo – mantém-se hígido e passível de ser aplicado em outras situações.

Ora, não há preceitos absolutos, passíveis de serem acatados irrestritamente em qualquer ocasião. A existência de uma situação colidente em potencial faz emergir a necessidade lógica de um princípio da proporcionalidade, como forma de preservação dos direitos fundamentais em jogo.

Em sentido estrito, a proporcionalidade traduz a obrigação de que a ingerência em um direito fundamental seja motivada por causas tão graves quanto o vilipêndio a ele imposto. Em outras palavras, deve haver um equilíbrio entre os efeitos positivos do valor sobrelevado e o ônus infligido ao preceito antagônico.

Assim, no que tange à exploração midiática de incidentes de repercussão criminal, deve ser perquirido se o escopo de garantir o devido processo legal justifica eventual restrição à cobertura da imprensa. Trata-se de indagações palpitantes: “As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?” (ÁVILA, 2005, p. 124).

Esse estágio da ponderação requer maior cautela, vez que dá margem à subjetividade do intérprete, influenciado por seu repertório de valores e impressões pessoais. Para evitar essa “contaminação”, há de ser perquirida uma solução que se pretenda universal e busque a concordância prática,

diminuindo ao máximo o sacrifício do direito fundamental em oposição (SCHREIBER, p. 41-42).

Conclui-se, pois, que o ordenamento jurídico não profetizou soluções apriorísticas em matéria de colisão de princípios constitucionais. Ao refletir sobre o sopesamento dos preceitos colidentes quando a mídia passa a se ocupar ativamente de eventos delitôgenos a serem apreciados pelo Poder Judiciário, Sérgio Ricardo de Souza (2008, p. 143-144) obtempera:

Essa é uma situação típica onde a melhor solução se encontra na aplicação da ponderação de valores, através do critério exalado do princípio da proporcionalidade, como forma de definição do bem jurídico que deve preponderar, se a proteção da honra, refletida através do nome ou da imagem vinculados a um fato caracterizar infração de natureza penal e, por via de consequência, a própria garantia da personalidade como um reflexo da dignidade da pessoa humana daquele investigado, ou, a liberdade de informação jornalística, exercida neste caso com o objetivo precípua de bem informar à sociedade sobre os riscos que cada um de seus membros estaria correndo em face de o investigado encontrar-se solto; ou mesmo da desmoralização do sistema judiciário estatal em face de um remisso em cumprir as normas sociais se esquivar de submeter-se ao procedimento estatal legalmente criado para investigar a sua conduta.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se, enfim, como o instrumento pacificador das tensões detectadas ao longo do presente estudo. Para se chegar a um desenlace mais próximo ao ideal de justiça, é mister enxergar a problemática sob a lente da dignidade da pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mídia, assim como o sistema penal, constitui uma forma de controle social institucionalizado. Em face do hiato existente entre o Judiciário e o homem comum, os veículos midiáticos assumem a função de decodificar a linguagem técnico-jurídica e, no exercício desse mister, findam por se travestir num verdadeiro tribunal popular.

Por um lado, a liberdade de informação jornalística é princípio inarredável de um Estado que se pretende democrático, pois, ao tornar transparente a atuação dos órgãos estatais, permite o engendramento de uma sociedade participativa. Donde, deve ser arredada qualquer tentativa de estabelecer uma censura às atividades dos meios de comunicação.

Porém, sob outro prisma, urge reconhecer que a desmesurada cobertura jornalística sobre um fato penalmente acoiável pode acarretar graves danos aos direitos da personalidade da pessoa exposta como suspeita. Se os pormenores do incidente delitogênico não forem narrados de maneira responsável, corre-se o risco de atingir a intimidade, a honra e a imagem do indivíduo investigado ou processado, num flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É imperioso que a comunidade jurídica comece a refletir sobre a ingerência dos meios de comunicação no funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, a fim de identificar os problemas que hodiernamente fragilizam o Estado Constitucional de Direito num viés de recrudescimento da sanha punitiva estatal.

Enfim, o liame entre mídia e sistema penal é permeado, em toda sua extensão, por conflito de valores de matiz constitucional, não existindo parâmetros preestabelecidos e absolutos para o equacionamento da relação. Donde, a solução desse enfrentamento deve ser buscada à luz da casuística e através da técnica da ponderação. Apenas o sopesamento de princípios diante do caso concreto poderá conduzir o aplicador do Direito a uma solução mais afinada com os ideais de justiça.

PENAL SYSTEM AND THE MEDIA: SHORT LINES ON AN ADVERSARIAL RELATIONSHIP

ABSTRACT: The present work aims to verify the influence of the media in the criminal justice system, with emphasis on repercussion on the due process of law and the ultimate verdict. It will be analysed the media function nowadays, the way it interferes in the public opinion formation and the sensationalism phenomenon. From this analysis, it will be verified that the manner as facts alleged criminals are exposed by the means of communication may cause a conflict between liberty of the press and personality rights. In conclusion, it will be perceived that there is not a

single and pre-established solution to solve the collision and that it should be searched in the principle of proportionality the needed balance to harmonize the constitutional rights in conflict.

KEYWORDS: Media. Penal system. Public opinion. Sensationalism. Due process of law.

Notas

¹ Segundo o escólio de Zaffaroni (1991, p. 137), agências executivas do sistema penal consistem em “segmentos institucionalizados não judiciais” que atuam de forma compartimentalizada, dispoendo de armas e discursos próprios para operacionalizar sua parcela de poder. O sistema penal, então, finda por ser a resultante do somatório do exercício independente desses “poderes”.

² O programa televisivo em questão era transmitido nas noites de quinta-feira entre 1999 e 2008.

³ A expressão cunhada pelo autor traduz o credo infundido na coletividade de que a solução dos problemas sociais está em criminalizar condutas. Eis como Nilo Batista (2002, p. 274) detalha a construção teórica em apreço: “na forma de uma deusa alada onipresente, vemos uma criminalização que resolve problemas, que influencia a alma dos seres humanos para que eles pratiquem certas ações e se abstenham de outras – e sempre com o devido cuidado – que supera crises cambiais, insucessos esportivos e é mesmo capaz de semear lavouras, não nos desmintam as penitenciárias agrícolas. A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou”.

⁴ Versa a “lógica das vedetes” sobre a preferência dedicada à repressão simbólica, mediante a atuação penal em face de sujeitos mais representativos, criando no cidadão comum a ideia de certeza do castigo e infalibilidade da pena.

⁵ Tal diploma legislativo teve como pedras de toque o sequestro do empresário Paulo Medina, além do caso Abílio Diniz, que despertaram um sentimento de insegurança e pânico social, inflamando na população uma cólera punitiva que deflagrou a atuação do Poder Legislativo.

⁶ À época com 22 anos de idade, a atriz foi assassinada por Guilherme de Pádua – colega de elenco na novela *De Corpo e Alma* – e por sua mulher, Paula Thomaz. O homicídio foi concretizado com dezoito golpes de punhal.

⁷ Saliente-se que o teor do art. 7º, inciso XIV da Lei nº 8.906/94, que assegura aos advogados a prerrogativa de analisar autos de inquérito em repartições policiais, não representa um empecilho ao sigilo das investigações. Consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, recentemente cristalizado na Súmula Vinculante nº 14, o direito de vista do causidico abarca os documentos já encartados nos autos, não atingindo as diligências ainda em andamento.

⁸ Segundo Batista (2002, p. 276), a pena, no capitalismo tardio, apresenta-se como “um recurso epistemológico, como instrumento de compreensão do mundo”. Tratar-se-ia a sanção penal, portanto, de um recurso para restabelecer a confiança do cidadão no sistema judiciário.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal*. Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos*

- princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Os direitos do preso e a mídia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 10, nº 114, p. 7-10, mai. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BASTOS, Márcio Thomaz. Júri e Mídia. In: TUCCI, Rogério Lauria (org). *Tribunal do Júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 112-116.
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Caso Isabella: violência, mídia e direito penal de emergência. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 15, nº 186, mai. 2008.
- _____. Os discursos de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 16, nº 190, p. 17, set. 2008.
- BONJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- BUCCI, Eugênio. Sociedade de consumo ou consumo de preconceitos. In: LERNER, Julio (ed). *O preconceito*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997. p. 33-55.
- CARVALHO, Natália Oliveira de. Trial by media: o sistema penal é a pauta! *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 15, nº 185, abr. 2008.
- CASTELLAR, João Carlos. Violência, imprensa e mudanças na lei penal. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 319-323, 2º semestre de 2002.
- CENEVIVA, Walter. In: SEGISMUNDO, Fernando (Coord.). Dois “ismos” perigosos: denunciismo e sensacionalismo. *Revista CEJ*, Brasília, nº 20, p.17-22, jan.-mar. 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero20/artigo3.pdf>>. Acesso em: 26 mai 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- DINES, Alberto. Mídia, Civilidade, Civismo. In: LERNER, Julio (ed). *O preconceito*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997. p. 57-72.

- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e Justiça criminal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10768>>. Acesso em: 13 mai 2008.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica Constitucional, Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 391-412.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- IBIAPINA, Humberto. A mídia versus o direito à imagem, na investigação policial. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 4, nº 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=151>>. Acesso em: 26 mai 2008.
- IMPRESA. In: Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://www.houaiss.uol.com.br>>. Acesso em 26 mai 2008.
- KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2ª ed. Niterói: LUAM, 1993.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4ª ed. rev, atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MATTEUCCI, Nicola. Opinião Pública. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org). *Dicionário de política*. Vol. 2. Trad: Carmem C. Varriale et. al. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. p. 842-845.
- MENDONÇA, Kleber. A não-voz do criminoso: o Linha Direta como crônica moral contemporânea. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 333-346, 2º semestre de 2002.
- MÉRO, Carlos. *A prestação jurisdicional, mídia e opinião pública*. Disponível em:<<http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto>>.

- phtml?cod=1192&cat=Ensaio>. Acesso em: 26 mai 2008.
- MÍDIA. In: Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://www.houaiss.uol.com.br>>. Acesso em 26 mai 2008.
- MOREIRA, Reinaldo Daniel. Mídia, liberdade de expressão e direito penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 15, nº 182, p.8, fev. 2008.
- MORETZSOHN, Sylvia. *O fetiche da velocidade no jornalismo do “tempo real”*. Sala de Prensa – Web para profissionais de La comunicacion iberoamericanos, año III, vol. 2, nº 38, dez 2001. Disponível em: <<http://www.saladeprensa.org/art295.htm>> Acesso em 26 mai 2008.
- _____. O caso Tim Lopes: o mito da “mídia cidadã”. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 291-314, 2º semestre de 2002.
- NALINI, José Renato. A formação do juiz e seu relacionamento com as partes, servidores e a imprensa. *Revista CEJ*. Brasília, nº 13, p. 163-167, jan-abr 2001. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero13/painel5.pdf>>. Acesso em 30 mai 2008.
- PALMA, Marcio Gestteira. Os tribunais da mídia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 13, nº 158, p. 10-11, jan. 2006.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Mídia, processo penal e dignidade humana. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 11, n.n. esp., p. 2-3, out. 2003.
- SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. 1ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- SENA, Marta Pinheiro de Oliveira. *Lei de crimes hediondos: um modelo de legislação simbólica*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 08 out 2008.
- SENDEREY, Israel Drapkin. *Imprensa e criminalidade*. Trad. Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1983.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. A Finalidade da Sanção Penal. In: _____. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 124-150.
- _____. Mídia e Crime. In: _____. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 374-392.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 45, p. 16, ago. 1996.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A mídia e a lei da mordação. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 94, set. 2000.
- SODRÉ, Muniz. A sedução dos fatos violentos. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, nº 1, p. 207-214, 1º semestre de 1996.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- STOPPINO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org). *Dicionário de política*. Vol. 1. Trad: Carmem C. Varriale et. al. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 585-597.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Série Concursos Públicos. Vol. 1. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2006.
- TORON, Alberto Zacharias. Imprensa investigativa ou instigativa? *Revista CEJ*. Brasília, nº 20, p. 9-16, jan-mar 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero20/artigo2.pdf>>. Acesso em 26 mai 2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

NULIDADE DA INCLUSÃO DO SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA NA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA COMO CORRESPONSÁVEL

Cléverson Chevel dos S. Faro*

RESUMO: Este trabalho examina a nulidade da inclusão do sócio da pessoa jurídica na Certidão da Dívida Ativa como corresponsável, sem que se tenha intimado o interessado para apresentar defesa em processo administrativo.

PALAVRA-CHAVE: Nulidade. Sócio corresponsável. CDA.

1. LEADING CASE. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE REVELA UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.

Examinando a questão atinente à legitimidade passiva *ad causam* no âmbito da execução fiscal, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 01/04/2009, submetido ao rito da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.678/2008), em meio ao REsp nº 1104900, REsp nº 1102552 e REsp nº 1103050, assentou posicionamento que se revela em verdadeiro *leading case*.

Para melhor compreensão é imperioso que se transcreva a ementa que deu corpo ao acórdão, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes, Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes-RJ, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/SE.

PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. **A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.** 2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras. 3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. *(Destaque nosso)*

O ponto que merece a nossa atenção diz respeito à responsabilidade pessoal do sócio da empresa em face da automática inclusão de seu nome na Certidão da Dívida Ativa (CDA).

Diante da decisão assentada pelo STJ, e considerando a necessidade de dilação probatória a fim de examinar a responsabilidade do sócio, a exceção de pré-executividade deixou de ser instrumento hábil a ofuscar a execução fiscal, desde quando o nome do sócio esteja consignado na CDA.

Como se observa, à unanimidade a 1ª Seção do STJ decidiu que os sócios, cujos nomes estejam consignados na CDA, atrairão para si o ônus

de provar que não agiram com excesso de poderes ou infração de contrato social ou estatuto.

Embora a doutrina tenha se manifestado de forma arredia em relação ao pensamento do Superior Tribunal de Justiça, nada há de anormal, pois que o ato administrativo goza de presunção de legitimidade. Nesse sentido o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello dá os contornos deste atributo, assim dizendo:

Presunção de legitimidade – é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade.¹

Ocorre, todavia, que esta “presunção de legitimidade” não é apta a soterrar o princípio do *devido processo legal*, sendo este o contraponto que merece ser cotejado com a inclusão do sócio na Certidão da Dívida Ativa.

2. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. CAMINHO PERCORRIDO PARA SE CHEGAR À CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA.

Partindo do lançamento tributário, passando pela inscrição da Dívida Ativa, e culminando com a expedição da Certidão da Dívida Ativa, há um verdadeiro “*procedimento administrativo*”, que nos leva a realizar ponderações tendentes a confirmar esta conclusão.

O lançamento tributário, nas modalidades estatuídas nos art. 147 e seguintes do Código Tributário Nacional, guarda peculiaridades que tocam o sujeito passivo que realizou o fato imponible, o fato gerador do tributo.

No momento em que o sujeito passivo incide no fato gerador do tributo, abre-se a via para o lançamento de ofício, por declaração ou por homologação, dando lugar à obrigação tributária.

Nada de novidade, desde que o tributo tenha sido lançado em face do sujeito passivo da obrigação tributária, ou mesmo em relação ao terceiro que se afigure ao sujeito passivo por substituição tributária, por estar vinculado ao fato gerador da respectiva obrigação (art. 128 do CTN).

Questão que deve ser debatida diz respeito à responsabilidade de terceiro **que não esteja vinculado ao fato gerador do tributo**. Nesse sentido, os arts. 129 *usque* 138 do CTN traçam os contornos da “responsabilidade

dos sucessores”, da “responsabilidade de terceiros”, e da “responsabilidade por infração”.

Notadamente se pretende esclarecer as questões atinentes à **responsabilidade do sócio**, no âmbito do Código Tributário Nacional, sendo oportuno aventar que nenhum outro diploma legal, sem *status* de Lei Complementar, pode regular a matéria.

Abre-se um parêntese para advertir que “*responsabilidade tributária*” é matéria adstrita à Lei Complementar, não podendo ser regulada por Lei Ordinária. Destarte, o STF, através da Súmula Vinculante nº 8, afirmou ser inconstitucional as leis ordinárias lá referidas, por ofensa ao art. 146, inciso III da *Lex Mater*, tendo em vista que a obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários são matérias reservadas a lei complementar.

Vale dizer, responsabilidade tributária, tema afeto à obrigação tributária, somente pode ser regulado por lei complementar. De efeito, em se tratando de responsabilidade tributária, tudo que não esteja em sintonia com o Código Tributário Nacional é ofensivo à Constituição Federal.

Fecha-se o parêntese.

Superado este ponto, e voltando-se para o CTN, lá se avista que o sócio da empresa é pessoalmente responsável pela obrigação tributária nas seguintes hipóteses:

- Quando o sócio de empresa extinta der continuidade à atividade sob firma individual ou outra razão social (art. 132, § único);
- No caso de liquidação de sociedade de pessoas, em relação aos atos em que o sócio tenha intervindo ou por suas omissões (art. 134, inciso VII);
- Em relação aos atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto (art. 135, incisos I e III, *c/c* art. 134, inciso VII);
- Quanto às infrações que decorram de dolo específico (art. 137, inciso III, alínea “a” e “c”, *c/c* art. 134, inciso VII);

Destarte, a condição de sócio somente leva à responsabilidade tributária quando estiver presente alguma das hipóteses acima delineada, à exclusão de qualquer outra.

Portanto, as circunstâncias que conduzem à responsabilidade do sócio

devem ser aferidas pela administração, em procedimento próprio, a fim de se constatar a incidência de algumas das hipóteses que determine a responsabilidade tributária do sócio.

Pois bem. Outra fase importante que mereceu nossa atenção, agora para constituição do título extrajudicial, que viabiliza a execução fiscal, reside na inscrição na Dívida Ativa da União.

A esse respeito a Lei nº 6.830/80 estabelece, no § 3º do seu art. 2º, que a inscrição “*se constitui no ato de controle administrativo da legalidade*”. O texto legal mereceu o comentário de Alberto Xavier, *verbis*:

O *controle de legalidade* do lançamento, efetuado pelo ato de inscrição da dívida, não tem natureza de uma revisão do lançamento, por iniciativa da autoridade administrativa, ainda que por órgão distinto do competente para o lançamento, não representando, pois, o reexercício do poder de lançar.²

Noutras palavras, a inscrição na Dívida Ativa inaugura uma nova fase, em que se reexaminará a legalidade do lançamento efetuado pelo agente fiscal. Advirta-se que não está a se falar de “lançamento”, nem em “reexercício do poder de lançar”, nas palavras de Alberto Xavier, acima citado. É nesta fase que se dá a constituição do título executivo, por ato unilateral, observado o controle de legalidade.

De tudo se observa que desde o lançamento tributário, até a inscrição na Dívida Ativa, culminando com a expedição da Certidão da Dívida Ativa, há um *iter*, há um caminho, há um procedimento a ser seguido.

O esboço panorâmico acima debatido, partindo do lançamento tributário até a inscrição na Dívida Ativa, tem por objetivo demonstrar a existência conjuminada de condutas, dentro de um **procedimento administrativo** (*processo* administrativo para alguns), tendente a resultar na formação do título executivo extrajudicial.

A consagração do título executivo extrajudicial consubstanciado na Certidão da Dívida Ativa nasce de um **processo administrativo de controle**³, “*em que a Administração realiza verificações e declara situação, direito ou conduta do administrado ou de servidor, com caráter vinculante para as partes*”.

Estabelecida esta premissa, qual seja, de que a Certidão da Dívida Ativa nasce de um processo administrativo, é momento de examinar o vício que inviabiliza a formação do título executivo extrajudicial.

3. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO EM COTEJO COM O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FLAGRANTE NULIDADE.

Já se esboçou que a constituição da Certidão da Dívida Ativa se dá por ato administrativo que goza de presunção de legitimidade. De efeito, ao co-responsável consignado na Certidão da Dívida Ativa cabe provar, em face da execução fiscal, que não incidiu nas hipóteses de responsabilidade tributária previstas no CTN, através dos embargos do devedor, ou por ação anulatória de crédito fiscal.

Em seguida ficou igualmente demonstrado que a Certidão da Dívida Ativa emana de um processo administrativo.

Estabelecidas estas duas assertivas, impõe-se concluir no seguinte sentido: **é nula a inscrição na Dívida Ativa, cujo sócio tenha sido incluído como corresponsável da obrigação tributária, desde quando não se tenha intimado o sócio para se defender em procedimento administrativo, por ofensa ao devido processo legal.**

Esta é a conclusão a que se pretende chegar, ou seja, se a inscrição na Dívida Ativa se origina de um processo administrativo ofensivo ao devido processo legal, por ausência do contraditório no âmbito administrativo, é evidente que a Certidão da Dívida Ativa também está maculada, por ser um substrato de um processo contaminado.

Neste diapasão, basta provar que o corresponsável não tenha sido intimado para se defender no processo administrativo, então a inscrição na Dívida Ativa deve ser anulada por decisão judicial, e com ela a Certidão da Dívida Ativa.

Insista-se. A questão aqui é preliminar, é anterior ao mérito. A prova de que o corresponsável não teria incorrido nas circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, que não tenha agido “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, *somente* deve ser enfrentada, no âmbito judicial, quando se constatar regularidade no processo administrativo que ensejou a Certidão da Dívida Ativa.

Provado que o corresponsável não tenha sido intimado para se defender antes da expedição da CDA, então é nula a inscrição na Dívida Ativa, sendo esta a conclusão que se pretende demonstrar.

4. NORMA JURÍDICA QUE CHANCELA A QUESTÃO EM DEBATE. PRINCÍPIO DO *DUE PROCESS OF LAW*.

É imperioso bradar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁴; e bradar mais ainda para dizer que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁵.

A inscrição do sócio na Dívida Ativa, como corresponsável, sem que nunca tenha sido intimado para se defender no âmbito administrativo, notadamente não respeito o devido processo legal, corolário da ampla defesa e do contraditório.

Se a *Lex Mater* não bastou para se chegar a este entendimento, a norma infraconstitucional veio expungir qualquer dúvida.

Neste diapasão, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em harmonia com a Constituição Federal, deflagrou mandamentos que foram adrede selecionados, *verbis*:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
[...]

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

[...]

Uma pergunta precisa ser respondida: **imputar a alguém a responsabilidade por ato exclusivo de terceiro, sem que seja ouvido em processo administrativo, respeita o devido processo legal?**

Resposta. Não e renão.

O sócio da empresa, quando recebe o *status* de corresponsável, não decorre do fato de estar vinculado ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, nos termos do art. 128 do CTN. Não.

Não se trata de um critério objetivo diretamente ligado ao fato gerador. A circunstância que conduz à corresponsabilidade do sócio decorre de fato alheia ao fato gerador do tributo. Daí a necessidade de se aferir as causas que levam o sócio à condição de corresponsável pela obrigação tributária.

Para que o sócio seja gravado pelo ônus da corresponsabilidade, a Administração Pública deve reunir provas, em **processo administrativo**, que responda positivamente a pelo menos uma das seguintes questões:

- O sócio de empresa extinta deu continuidade à atividade sob firma individual ou outra razão social (art. 132, § único) ?
- Ocorreu liquidação de sociedade de pessoas, em que os atos ou omissão do sócio, participando diretamente do fato gerador, deram causa a exigência tributária não suportada pela empresa (art. 134, inciso VII) ?
- A exigência tributária decorreu de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto (art. 135, incisos I e III, c/c art. 134, inciso VII) ?
- Cuida-se de infrações que decorram de dolo específico (art. 137, inciso III, alínea “a” e “c”, c/c art. 134, inciso VII)?

Assim, não havendo a notificação do sócio da pessoa jurídica para apresentar manifestação, explicação e justificativas no bojo de um *processo administrativo* que tenha culminado com a Certidão da Dívida Ativa, dá-se a nulidade. O Estado Democrático de Direito não admite a figura do procedimento administrativo *sigiloso*, sem que possa ofertar qualquer possibilidade de defesa.

No Estado Democrático de Direito os atos administrativos somente podem gozar de legitimidade, higidez e exigibilidade na hipótese de vir a ser respeitado o devido processo legal administrativo, com os seus desdobramentos e consectários lógicos – contraditório e ampla defesa – a teor do art. 5º, LV, da *Lex Fundamentalis*.

Insista-se: se a pessoa interessada não foi notificado – com a concessão de prazo razoável - para ofertar qualquer tipo de explicação ou esclarecimento a respeito da sua inclusão na CDA como corresponsável pela obrigação tributária, não se respeitou o devido processo legal.

Inexistindo qualquer prova de que se tenha comunicado o corresponsável de sua inclusão na CDA, ou que se tenha oportunizado o direito de defesa e recurso, em respeito ao art. 2º e 56 da Lei nº 9.784/99, não se pode falar em validade do título executivo consubstanciado na Certidão da Dívida Ativa.

Referida hipótese, configura, sem qualquer dúvida, nulidade do ato administrativo e das ressalvas produzidas, por flagrante cerceamento de defesa.

A garantia constitucional da ampla defesa é, sem a menor fagulha de dúvidas, não somente aplicável como também imprescindível em sede de processo administrativo, ainda que em sede de fiscalização tributária e inscrição na Dívida Ativa da União.

Sobre o temário a especializada doutrina profere sábias palavras que ora se transcrevem, *in litteris*:

O exercício irrestrito do direito de defesa deve ser observado em qualquer procedimento apuratório,

por mais leve e branda que seja a punição imposta. O princípio do contraditório, também com assento constitucional, proporciona o exercício da ampla defesa, dando a parte o direito de defender-se de cada imputação feita contra ela, ou seja, de contraditar as alegações da outra parte, criando uma movimentação dialética processual, que assegura o equilíbrio entre a acusação e a defesa. (Grifo nosso).

A defesa restrita não é defesa. Deve ser ampla, sem limitações, pois é meio eficaz para a busca da verdade real. Não há como conceber a apuração dos fatos com frações de defesa. (...).

A doutrina e a jurisprudência, sobre a violação ou cerceamento de defesa, são uníssonos no sentido deste ser o vício mais comum nos procedimentos disciplinares⁶. (*Original desprovido de grifos*).

Na formação do ato administrativo, seja ele qual for, inclusive no procedimento preparatório para a expedição da Certidão da Dívida Ativa, deve-se observar a ampla defesa.

Trata-se de um braço de atuação do não menos relevante princípio da igualdade na seara do Processo Administrativo.

A respeito do sacrossanto princípio da igualdade, válido é transcrever

abalizado entendimento doutrinário, *verbis*:

No processo administrativo o Estado é, ao mesmo tempo, parte e juiz, evidenciando, de plano, uma desigualdade fundamental. Mas essa inamovível desigualdade deve ser compensada por uma atuação a mais isenta possível na condução do processo, tendo como norte a igualdade entre as partes⁷.

Não é menos importante ventilar, sendo antes necessário, que no âmbito da Administração Federal a Fazenda Pública deve se curvar as disposições da Lei nº 9.784/99, que regula as normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Nos termos do art. 2º da Lei do Processo Administrativo, acima referida, além da ampla defesa e do contraditório o administrado tem direito a apresentar alegações finais, produzir provas, bem como interpor recurso de decisão que possam lhe impor encargo.

Mais ainda. Na dicção do art. 3º, incisos II e III da Lei nº 9.784/99, o administrado tem direito de

“ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”, além de poder “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”.

Devido processo legal. Basta segui-lo. Basta cumpri-lo.

Esta é a obviedade que o legislador incorporou de maneira redundante no corpo da Lei nº 9.784/99, e que mesmo assim não tem sido suficiente para orientar a conduta da Fazenda Pública na prática do ato administrativo, consubstanciado na inscrição da Dívida Ativa, eis que o fisco insiste na arbitrariedade de inscrever os sócios das empresas, administradores ou não, como corresponsáveis pelas dívidas tributárias das pessoas jurídicas de que fazem parte.

O mesmo vem ocorrendo no âmbito das Fazendas Públicas estaduais e municipais.

Melhor conduta seria intimar os interessados a se manifestarem antes da inscrição na Dívida Ativa, em homenagem ao devido processo legal, e em respeito ao princípio da economicidade, para de tudo afastar o abuso cometido contra os particulares, bem como evitar prejuízos ao erário, evitando propositura de ações judiciais inúteis, que tendem a falecer sem deixar qualquer utilidade para a sociedade.

INVALIDITY OF INCLUSION OF MEMBERS OF LEGAL ENTITY IN THE CERTIFICATE OF ACTIVE DEBT AS CO-RESPONSIBLE

ABSTRACT: This paper examines the nullity of the inclusion of social entity in the Certificate of Active Debt as co-responsible, unless the person has been summoned to present their defense in an administrative proceeding.

KEYWORDS: Nullity. Membership co-responsible. CDA.

Notas

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 407.

² XAVIER, Alberto. *Do lançamento no direito tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 396.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Dêlcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 652.

⁴ Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV.

⁵ Constituição Federal, art. 5º, inciso LV.

⁶ REZENDE, Adriana Menezes de. *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed., 2002, p.27 e 36.

⁷ FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.

MEDIAÇÃO: APLICABILIDADE E EFETIVIDADE NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Sylvera Salles de Santana Aragão*

RESUMO: O presente trabalho objetiva fixar uma análise da aplicabilidade e efetividade quando da utilização da mediação no âmbito do processo civil. Dessa forma, busca-se abordar as implicações práticas da utilização deste método na solução dos conflitos, inserido no sistema jurídico brasileiro com o propósito de melhor atender aos reclames sociais, levando em consideração a necessidade de qualificar a prestação jurisdicional. Este instituto insere-se dentre os Meios Alternativos de Conflitos (MARC's). Na busca de melhor atender aos anseios da sociedade, além de tentar aproximar o Estado da população, busca-se a utilização de meios eficazes e ágeis que permitam o acesso à Justiça. Dessa forma, na atualidade, a prática deste meio alternativo de solução de conflitos tem sido muito difundida, com finco em amenizar a crise que o Poder Judiciário brasileiro vive e que apresenta, dentre outros fatores, morosidade na prestação jurisdicional, sobrecarga de leis, quadro restrito de funcionários, dificultando a celeridade no atendimento dos que a este recorrem.

PALAVRAS CHAVES: Mediação. Poder Judiciário. Meios Alternativos. Efetividade. Solução de conflitos.

1. INTRODUÇÃO

Partindo do objetivo geral, esta pesquisa busca analisar a mediação, sua aplicabilidade e efetividade na solução de conflitos no âmbito do processo civil brasileiro, uma vez que o tema vem instigando a curiosidade dos operadores do Direito, apresentando-se como possibilidade de dirimir conflitos e desafogar o Judiciário.

Importantes mudanças ocorrem no mundo moderno. As transformações tecnológicas e industriais, a globalização da economia, a facilidade de

*Bacharela em Direito graduada pela Faculdade de Sergipe (Estácio-FaSe); Pós-graduanda no Curso de Especialização lato sensu em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (Uniderp).

comunicação, a disseminação da notícia, exigem, contudo, uma rápida e efetiva solução para os conflitos de interesses decorridos destas novas relações, que envolvem o indivíduo e a sociedade.

De maneira oposta, o Judiciário brasileiro demonstra uma crise que perpassa pela estrutura tecnológica e organizacional dos Tribunais. Destarte, problemas atinentes à morosidade da prestação jurisdicional, sobrecarga de leis processuais que dificultam uma prestação célere e a distância do Judiciário de grandes segmentos da população são fatos que dispensam a preocupação tanto do Poder Público, quanto dos cidadãos.

Refletindo esse novo quadro, com finco na alteração desse modelo, as reformas constitucionais referentes ao aparelho jurisdicional foram significativas no Brasil e em toda América Latina, já que tiveram o intuito de aproximar o Estado da população através de meios eficazes e ágeis para o acesso à Justiça. A Emenda Constitucional 45/2004 representou um grande marco desses novos conceitos, pois teve o objetivo de construir, dentro de um Estado Democrático de Direito, modificações relativas ao processo à luz dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Silvania Cristina Bonifácio Souza (2010), em breve explanação acerca da Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, no que concerne à efetividade do processo e acesso à Justiça, aduz que a reforma garantiu expressamente os princípios da celeridade processual e do acesso à Justiça ao inserir o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal, que versa que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Seguindo o movimento gerencial e administrativo do Judiciário, o art. 103-B da Constituição Federal instituiu a criação do Conselho Nacional de Justiça que tem por objetivo planejar políticas públicas, modernizar o Poder Judiciário, ampliar o acesso à Justiça e garantir o efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.

Segundo Pietro de Jesus Lora Alarcón (2009, p. 79), a Emenda Constitucional nº 45/2004 modificou, ainda, o aspecto técnico do Judiciário, uma vez que o mesmo deixou de ser visto como um mero instrumento de persecução de um rol político, passando a ser um meio de fortalecimento e construção de democracia e do respeito aos direitos humanos.

O Conselho Nacional de Justiça, na tentativa de buscar fortalecer a

implementação da política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesse, editou a Resolução nº 125, publicada em 29 de novembro de 2010.

A resolução impõe que no prazo de quatro meses a partir da publicação, sejam implantados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pela realização de sessões de conciliação e mediação, conduzidas por profissionais devidamente habilitados nas técnicas de solução alternativa de litígios, os quais devem passar por um processo de capacitação continuada.

Cumprir apontar que a aplicação do ativismo judicial gerou variadas incongruências, o que exigiu a criação de mecanismos capazes de otimizar a prestação jurisdicional, a exemplo, a previsão dos princípios do acesso à Justiça e da celeridade processual. Neste sentido, os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos passaram a exercer enorme importância como meios de efetivação de direitos.

O acesso à Justiça nos remete a um número importante de aplicações e permeia a reforma de todo o aparelho judicial. Dessa forma, a citada abordagem pode surgir da análise da concessão da assistência judiciária gratuita, eliminação de custas do processo, representação dos interesses difusos e individuais por entes públicos, atuação do Ministério Público e Defensoria Pública, reformas processuais, especialização por matérias, entre outras infindáveis possibilidades.

No universo das opções acima elencadas destaca-se a criação de alternativas utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais como acontece no juízo arbitral e na conciliação. Em virtude disso, já que necessitam de abordagens menos complexas, os chamados “Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos” podem envolver litígios individuais que versam sobre direitos disponíveis até relacionamentos interpessoais continuados.

Alguns juristas propõem o aperfeiçoamento e ampliação não só destes métodos, bem como a preservação e reestruturação dos Tribunais. Importa dizer que o objetivo das reformas não é substituir as Cortes regulares, porém ampliar estas vias alternativas, já que os litígios complexos necessitam de formas tradicionais de solução de conflitos.

Conforme já apontado, o Direito Contemporâneo mostra-se propenso à abertura de espaço no intuito de fortalecer e institucionalizar meios menos complexos de solução de conflitos, como forma de combate à

crise do Judiciário. Alternativas como instalação de Procon's, Termos de Ajustamento de Condutas, Justiça itinerante e Restaurativa servem como exemplos de incentivos a práticas que não sejam apenas técnico-jurídicas. Convém ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça vem contribuindo de maneira significativa na difusão dos Marc's no Brasil, uma vez que representam uma forma mais econômica, célere e eficiente de solução de litígios. Vislumbra-se esta assertiva através do Movimento pela Conciliação, além da instituição de Políticas Públicas de Treinamento Adequado para combate aos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em que pese a cultura jurídica, bem como a resistência de sua propagação, verificou-se que os operadores do direito estão cada vez mais empenhados em promover este instituto de maneira a buscar uma alternativa à crise do Judiciário. Tal fato prepondera como consequência das exigências feitas pelo Conselho Nacional de Justiça no sentido de que seja colocada em prática tais meios.

Insta salientar, em reforço ao já exposto, que não se espera a ocorrência de mágica para a solução dos problemas do Judiciário. Os Marc's funcionam como meio complementares à Jurisdição e não são adequados para todos os litígios. Assim sendo, faz-se necessário a criação de políticas públicas capazes de viabilizar as vias alternativas mediante a informação generalizada sobre o seu cabimento, limites e consequências, bem como profissionalizar os operadores de resolução para que ofereçam meios de qualidade para dirimir conflitos.

Igualmente, os Marc's devem ser incentivados pelas demais esferas do poder estatal, e não só pelo Judiciário, para os casos que sejam compatíveis com essas formas de solução de conflitos, A manutenção e o restabelecimento da paz social é um interesse geral, sendo, portanto, merecedor de tutela por parte dos três poderes, que devem agir harmônica e conjuntamente para tanto.

Analisaremos, portanto, a mediação judicial e os aspectos que envolvem sua aplicabilidade e efetividade na solução dos conflitos no âmbito do processo civil brasileiro.

Como pontuado por Gil (1999), para que um conhecimento possa ser considerado científico, torna-se necessário identificar as operações mentais e técnicas que possibilitam a sua verificação, ou seja, deve-se determinar o método que possibilitou chegar a esse conhecimento.

De acordo com Lakatos e Marconi (2001), método de pesquisa consiste em uma série de regras com a finalidade de resolver determinado problema ou explicar um fato por meio de hipóteses ou teorias que devem ser testadas experimentalmente, podendo ser comprovadas ou refutadas.

Segundo Severino (2002), a pesquisa bibliográfica é a pesquisa que se utiliza da análise e interpretação de textos de livros, artigos, resenhas, revistas especializadas, periódicos e demais trabalhos que existam sobre determinados assuntos na área de um saber qualquer. Ao ser feito sistematicamente possibilita importantes informações para os estudos acadêmicos, pesquisadores, trabalhadores etc.

Sendo assim, o método utilizado para o desenvolvimento desta pesquisa será essencialmente bibliográfico. A origem das informações obtidas partirá de conteúdos extraídos de livros e artigos disponibilizados em revistas e em meio eletrônico sobre a temática da pesquisa. Conforme salienta Gil (1999), a análise das informações tem como objetivo principal organizar os dados a fim de fornecer as respostas para os problemas propostos para a investigação.

No desenvolvimento deste trabalho monográfico, partiremos da análise dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos e sua aplicabilidade nos dias atuais, a fim de chegarmos a uma conclusão sobre a questão da efetividade na solução dos conflitos no âmbito do processo civil brasileiro e suas implicações na sociedade e no mundo jurídico.

O método analítico será o categórico dedutivo, isto é, partindo-se do geral para o específico, com resultados projetáveis para o universo.

O trabalho ora apresentado tem grande relevância jurídica e social, pois objetiva o estudo de utilização de novas formas de solução de conflitos que busca uma melhor prestação jurisdicional.

Trata-se de um assunto instigante e atual, que vem sendo discutido pelos estudiosos da área, o que torna de extrema importância o presente estudo, que servirá de referencial teórico e bibliográfico para futuros estudantes e pesquisadores.

Por fim, cabe ressaltar que a difusão deste movimento, apesar de não ser a solução para todos os problemas do Judiciário, sem dúvida representa um grande passo para viabilizar o acesso à Justiça, eis que representa uma maneira mais equânime de solucionar conflitos sem formalismos jurídicos excessivos, com celeridade e economia.

2. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – MARC’S

2.1 MEDIAÇÃO X CONCILIAÇÃO X ARBITRAGEM

Pertine trazer a lume considerações sobre Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC’S), sobretudo a Mediação, já que nosso trabalho se ancora neste método.

Segundo Larissa Affonso Mayer (2010, p. 5), os MARC’S são, teleologicamente: “expressão do acesso à justiça enquanto direito fundamental previsto na Constituição Federal e, portanto, merecedores de aprimoramento em homenagem ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais”

Segundo Didier Júnior (2009, p.78),

A mediação é uma técnica não-estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução autocomposta. O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las. Trata-se de técnica para catalisar a autocomposição.

Convém salientar que a mediação diferencia-se da negociação pela presença do terceiro mediador, uma vez que este exercerá a função de auxiliar as partes com o escopo de solucionar o conflito. Segundo Humberto Dalla Bernadina de Pinho (2010, p.12), a mediação pode ser classificada como passiva e ativa, sendo que, na primeira, o mediador figura apenas como um facilitador na resolução do litígio, enquanto na segunda, mais conhecida como “Conciliação” em nosso ordenamento, o conciliador além de facilitar o diálogo entre as partes, apresenta propostas e soluções para o litígio.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2010, p.06-07) assevera que:

A postura do terceiro é que diferencia a conciliação da mediação, eis que na primeira há o oferecimento de alternativas de sacrifício mútuo entre as partes, enquanto na segunda, o mediador estabelece um

diálogo entre os envolvidos, de forma que os mesmos possam resolver o conflito, sem necessariamente abdicar de parcela do direito.

Importa destacar que a mediação pode ser definida como um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cuja finalidade é restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo. Segundo Buarque (1986, p. 1.109), a mediação importa em procedimento que visa à composição de um litígio, de forma não autoritária, pela interposição de um intermediário entre as partes em conflito.

Convém ressaltar que tal método possui natureza extrajudicial ou judicial e pode contar com a atuação de profissionais de diversas áreas, como psicólogos, advogados, psiquiatras, assistentes sociais. Tem como característica a voluntariedade, pois as partes não são obrigadas a utilizá-la. A aplicação poderá ser feita em diversas áreas, entre elas a cível, comercial, trabalhista, ambiental e família.

Pertinente à natureza jurídica, cumpre salientar que a mediação extrajudicial possui natureza contratual, conforme destaca Cachapuz (2003, p. 41),

É firmada na soberania da vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos, devendo constituir-se de objeto lícito e não defeso em lei, razão pela qual estão presentes os elementos formadores do contrato, tem como objeto o comportamento humano, pois sua finalidade é a resolução dos conflitos relativos à interação do ser na sociedade.

Impende indicar que, enquanto procedimento, a mediação privilegia a conciliação entre as partes e o restabelecimento das relações sociais, sendo seu objetivo principal o apaziguamento das partes envolvidas no conflito percebendo-se como indivíduos sociais.

Warrat (2009, p. 45), neste sentido, faz uma análise do desenvolvimento da mediação entre os indivíduos:

À diferença do que ocorre em um processo judicial, no qual na realidade são os advogados que intervêm e manejam o conflito, na mediação são as partes os principais atores, as donas do conflito que mantêm, em todos os momentos, o controle do mesmo, dizendo quais são as questões que estão envolvidas, assim como o modo de resolvê-las. O acordo decorrente de uma mediação satisfaz, em melhores condições, as necessidades e os desejos das partes, já que estas podem reclamar o que verdadeiramente precisam e não o que a lei lhe reconhecera. Permite o encontro de alternativas que escapam das possibilidades que a justiça ou o árbitro podem oferecer, limitados pelas disposições legais e jurisprudenciais.

A mediação apresenta-se como maneira hábil de solução de conflitos em oposição ao formalismo existente no procedimento judicial, que necessita de formulação de pedidos e defesas por escrito, de baixo custo, já que a única despesa é com honorários do mediador, que deverá ser pago pelas partes, isento de despesas judiciais vez que não há custas a serem pagas.

A mediação judicial vem sendo muito propagada no cenário nacional, inclusive sendo objeto de projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional. Atualmente é praticada de maneira incidental nos processos judiciais em alguns Estados do país, a pedido das partes, advogados ou encaminhamento pelo próprio juiz. Tal procedimento visa adequação às orientações oriundas do Conselho Nacional de Justiça, o qual editou Resolução 125/2008, a fim de que os Tribunais pátrios criem os seus próprios centros de mediação.

Importante destacar outras características indicadas como vantagens oferecidas pelo instituto, entre elas a privacidade, pois se desenvolve em ambiente sigiloso, sendo divulgado somente mediante autorização das partes; a economia de tempo, uma vez que o conflito é solucionado no menor lapso temporal possível e a reaproximação das partes, considerando que enquanto o processo judicial tem como escopo impor uma decisão às partes através da sentença, a mediação, como justiça informal, tem por objetivo prevenir conflitos pacificando as relações sociais.

Releva notar que, enquanto meio de resolução de conflitos, visa reaproximar os envolvidos para que vislumbrem seus verdadeiros conflitos e interesses, gerando de maneira consciente e inconsciente a percepção de

inúmeros aspectos da mesma questão, que várias vezes passam despercebidas por se apresentarem, as partes, em posição opostas no conflito, almejando não só a busca de resolução dos problemas, mas também o relacionamento entre elas. Nota-se, na mediação, a transcendência da solução do conflito com a transformação do contexto adversarial em colaborativo, de modo a proporcionar o restabelecimento da relação social entre as partes.

Instrumento de pacificação social através da composição de conflitos, a mediação promove a autonomia do indivíduo, a cidadania e a concretização da democracia, princípio basilar do Estado, pois tem a virtude de educar para as diferenças entre os indivíduos e estimular a tomada de decisões sem a intervenção de terceiros que imponham suas decisões aos litigantes, representando um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania.

Assevera Muniz (2008, p. 56):

Atualmente quando falamos de cidadania nos referimos ao principal fundamento da finalidade do Estado Democrático de Direito, cujos pilares de sustentação encontram-se na admissão, na garantia e na efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, o Estado deve possibilitar aos seus habitantes a possibilidade de desenvolvimento pleno através do exercício de um grande conjunto de direitos e deveres.

Convém salientar que a mediação proporciona um aprendizado que contribui na formação do indivíduo como cidadão responsável por seus atos e consequências concomitantes, valoriza a responsabilidade de cada um, a apropriação das escolhas pessoais, o respeito a si e ao outro, a aceitação do diferente, a cooperação e a tolerância.

Neste diapasão, deve-se considerar a mediação como um novo paradigma a ser instituído na resolução de conflitos, visto como uma forma de resolução de problemas mais ampla e com maior potencial de transformação da sociedade, educando-a para a aceitação das diferenças individuais, produzindo crescimento e mais felicidade para todos.

A conciliação é uma forma de resolução de controvérsias administrada por um conciliador, investido de autoridade, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, aparar arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens. O objetivo do conciliador é sempre o

de estabelecer uma composição do litígio pelas partes. Apresenta como características: administração do conflito por um terceiro imparcial e a possibilidade do conciliador poder sugerir um possível acordo.

Assevera o Juiz José Anselmo de Oliveira (2012, p. 19), em artigo intitulado *Os Juizados Especiais no Planejamento e Orçamento dos Tribunais: Necessidade e Adequação*:

Outro princípio estruturante essencial ao sistema dos juizados especiais é a vocação para a conciliação como atividade primeira, e somente se procedendo ao julgamento quando esta não for alcançada. Significa dizer que o papel da jurisdição nos juizados especiais não é apenas dar uma resposta ao Estado em forma de sentença, mas de pacificação dos conflitos ali apresentados, devendo ser muito mais valorada a capacidade de conciliar as partes pondo fim ao conflito por inteiro do que a decisão terminativa através de uma sentença que põe fim ao processo e nem sempre ao conflito. Eis uma diferença salutar entre o sistema dos juizados especiais e o processo comum, embora lá se preveja a possibilidade da conciliação, e isto é saudável, entretanto a cultura da litigiosidade sempre leva o conflito às últimas instâncias.

A propósito da conciliação nos juizados especiais quase todos os doutrinadores a exemplo de Rémoletto Letteriello e Manoel Aureliano Ferreira Neto reconhecem a importância da conciliação para o microsistema constituindo-se em pedra de toque dos juizados especiais, sem a qual ficariam totalmente desnaturados.

Impende destacar que a conciliação tem conceito similar ao da Mediação, onde podemos constatar que se trata de um esforço das partes para a resolução de controvérsias, utilizando-se do auxílio de um terceiro conciliador de forma imparcial na condução de uma solução ao conflito, opinando soluções quando as partes não conseguirem um entendimento. Destaca-se a diferença da intervenção do conciliador na proposição da solução, o que não temos na mediação, onde as partes são responsáveis na

determinação das soluções. Todavia, na conciliação, as partes continuam com sua autonomia no que se refere à solução indicada, ou seja, aceitam se quiserem, pois o conciliador apenas propõe saídas, quem decide são as partes de acordo com a conveniência.

Segundo Nazareth (2006, p. 130): “A conciliação é mais eficaz em conflitos que chamamos de pontuais e novos, isto é, de pouca idade”.

A conciliação possui vantagens similares à mediação, ou seja, redução de custo financeiro e emocional, agilidade, rapidez na lide, são apenas alguns que apontamos.

A arbitragem surge no momento em que as partes não resolveram de modo amigável a questão. Trata-se de um procedimento de natureza contenciosa e informal. O árbitro decide a controvérsia, um especialista sobre o tema avalia a situação e profere sua decisão. Em geral, o árbitro é eleito pelas partes ou indicado pela câmara arbitral porque tem um grande conhecimento sobre o assunto tratado.

Segundo Moore (1998, p.23): “A arbitragem é um processo voluntário em que as pessoas em conflito delegam poderes a uma terceira pessoa, de preferência especialista na matéria, imparcial e neutra, para decidir por elas o litígio”.

Oportuno salientar que as partes escolhem quem decidirá por elas a lide. Dessa forma, a nomeação decorre da vontade dos envolvidos no processo, minimizando o impacto negativo da solução que vier a ser adotada pelo árbitro nomeado.

Na arbitragem, as partes permitem que um terceiro decida a controvérsia que não pode ser superada mediante acordo. Os interessados querem uma solução e não precisam procurá-la na Justiça Comum.

A decisão proferida pelo árbitro obrigará as partes, tendo em vista que, a partir do momento em que as mesmas optam pela via extrajudicial para solucionar seu conflito, presume-se que elas possuem uma real intenção de cumprir o que lhes foi imposto. As partes, não querendo utilizar-se das vias judiciais, optam pela arbitragem como uma alternativa para a solução do litígio.

A arbitragem também possui vantagens similares à mediação e conciliação. Uma das mais consagradas vantagens é a celeridade. Além da celeridade, tem-se a confidencialidade. O conflito encaminhado à arbitragem não tem publicidade, os documentos e os fatos de interesse apenas das partes não são divulgados. Este método tem origem anterior à jurisdição pública.

Esta foi norma primitiva de justiça e os primeiros juízes nada mais foram do que árbitros.

Após a edição da Lei nº 9.307/96 foi resgatado de nossas instituições jurídicas o acordo de vontades, através do qual as partes optam por não se submeterem à decisão estatal e confiam aos árbitros a solução de seus conflitos de interesses. Os próprios interessados, por meio de concessões mútuas, dirimem suas controvérsias de comum acordo. Significa uma forma rápida e racional de solução paralela a do Poder Judiciário, dando celeridade à aplicação da Justiça.

A sentença, sendo condenatória, constitui título executivo e independe de homologação. Um dos pontos que constituem atração ao Juízo Arbitral é a inexistência da homologação judicial, bem como o seu caráter sigiloso.

Não há impedimento para que a sociedade se ampare em alternativas menos dispendiosas e mais ágeis como a arbitragem, podendo sempre que necessário, recorrer ao Poder Público para obrigar os vencidos a cumprirem a decisão proferida. Abaixo disposição legal:

Art. 3º da Lei nº 9.307/96 As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Neste sentido, o profissional deverá estar preparado através de especialização, buscando ampliar os conhecimentos nas áreas de atuação, com o intuito de atuar nesta forma de solução de conflitos e litígios, oriundos de relações contratuais ou extracontratuais originária da vontade das partes.

Oportuno salientar que a arbitragem se eleva pela informalidade de seu procedimento, direciona-se na dispensabilidade de um rigor legal; pela confiabilidade do árbitro, já que a escolha deste não é consequência da imposição estatal, e sim da vontade dos litigantes; pela especialidade do árbitro, pois às partes é possibilitado escolher um especialista no assunto em questão; e, por último, pelo fato do árbitro não se prender aos textos legais, possibilitando ainda que a decisão possa ser proferida com base na equidade.

2.2 TIPOS DE CONFLITOS E SUA ADEQUAÇÃO AOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO

Os conflitos intersubjetivos podem adquirir as mais variadas feições, dependendo do seu objeto, da capacidade de entendimento entre as partes etc. É de fácil compreensão que um conflito familiar possui características diferentes de um conflito entre empresas e que ambos requerem tratamentos diversos. Diante dessa constatação, faz-se necessário explicitar que para cada tipo de conflito é mais apropriado determinado método de solução.

Como já explicitado, há conflitos que requerem conhecimentos extremamente técnicos. Em outros, não se vislumbra a menor possibilidade de acordo e há necessidade da força coercitiva do Estado para a sua resolução. Por sua vez, existem conflitos decorrentes de relações que as partes querem preservar e conflitos decorrentes de relações continuadas, como as relações familiares, que se perpetuam no tempo. Existem, também, conflitos mais simples, que se extinguem com um acordo celebrado entre as partes, sem se perpetuarem no tempo. Cada situação adequa-se, de alguma forma, aos vários métodos de resolução de conflitos, consensuais ou não. Os métodos consensuais mais utilizados serão definidos a seguir, a começar pela mediação, por ser o objeto de estudo desse trabalho.

A mediação é o método de resolução de conflitos mais adequado para os casos provenientes de relações continuadas, como as relações familiares, empresariais, trabalhistas ou de vizinhança, uma vez que facilitará o restabelecimento ou melhora das mesmas. Verifica-se que a mediação é mais adequada, o que não quer dizer que outros métodos não possam ser utilizados ou que este não possa servir para a solução de outros tipos de conflitos.

Observa-se ser o método mais indicado para esses casos, por possibilitar a compreensão do conflito pelas partes, para que estas possam administrá-lo mais satisfatoriamente e consigam evitar novas desavenças no futuro. Considera-se que uma mediação foi bem-sucedida, quando se consegue facilitar o diálogo, despertando a capacidade das partes de entenderem-se sozinhas, ainda que não culmine em um acordo.

Nesse ínterim, conclui-se que o fim da mediação não seria o acordo, mas a transformação do conflito. Parte-se do pressuposto de que o conflito não é fruto de situações objetivas, mas da maneira como as pessoas enxergam uma situação e reagem a ela, de maneira que se torna possível alterar o

próprio conflito a partir da modificação do modo como as partes envolvidas o percebem. Trata-se de uma percepção e compreensão dos interesses e sentimentos, e não de uma simples negociação de interesses. Nas palavras do próprio Warat (2001, p. 76):

A mediação é um trabalho de reconstrução simbólica do conflito, que é capaz de promover uma transformação no conflito por meio de uma (re) interpretação que, conferindo novas significações à relação conflituosa, recrie a possibilidade de uma convivência harmônica das diferenças.

Importante ressaltar que, na mediação, os conflitos devem envolver direitos patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis, já que poderiam ser objeto de acordo extrajudicial. Após o acordo, em se tratando de mediação judicial, este será homologado pelo Judiciário.

Vale dizer, que a mediação também pode ser feita em se tratando de matéria penal, nos casos de delitos submetidos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada. Nestes casos, a mediação poderá culminar na renúncia da queixa-crime ou da representação. Nos casos passíveis de ação penal pública incondicionada, a mediação poderia servir para preservação de uma relação, ao permitir um contato e diálogo entre as partes, nunca para que se transacione sobre o direito de ação, que pertence ao Estado.

Na conciliação, busca-se um acordo, que permite o fim da controvérsia através de concessões mútuas. Caso não haja acordo, a conciliação é considerada inexitosa. O conciliador pode sugerir às partes o que fazer, pode emitir sua opinião sobre o caso; o que difere do mediador, que busca facilitar o diálogo entre as partes, a comunicação, sem sugerir a solução, para que possam, sozinhas, administrar seu conflito. É um método de resolução de conflitos mais recomendada para ser utilizado nos casos em que não há interesses afetivos envolvidos e a obtenção do acordo signifique o fim de uma lide, sem consequências emocionais futuras.

De acordo com Warat (2001, p. 9):

“A mediação relaciona-se a conflitos com uma forte dimensão emocional e que envolvem um agir eticamente comprometido, enquanto a conciliação aborda conflitos com dimensão afetiva anêmica

ou inexistente e envolve um agir estratégico-indiferente. Com isso, a função da mediação é de intervir basicamente no aspecto emocional, buscando transformar uma relação conflituosa em uma relação saudável, auxiliando as partes a compreender o conflito de forma mais aprofundada (o que implica compreender os seus próprios desejos e interesses), para que, com isso seja possível converter um comprometimento negativo em um comprometimento positivo ou aumentar o nível de cooperação entre as partes”.

Afirmam Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos (2006, p.80):

A conciliação, pela forma como é conduzida, é aplicada de maneira mais eficiente nos conflitos em que existe relacionamento entre as partes ou que essa relação não seja continuada, mas esporádica (como uma colisão de veículos), haja vista que, em tal procedimento, a discussão dos problemas é superficial. [...] A principal finalidade da conciliação é a consecução do acordo, evitando que este conflito se estenda ao longo do tempo.

O método da arbitragem, regulada pela Lei 9.307/96, as partes submetem a solução de seus litígios a um terceiro, alheio à lide, que decidirá de acordo com a lei ou com a equidade. A referida decisão deverá ser acatada pelas partes, já que o laudo arbitral tem força de título executivo judicial e subordina-se à apreciação pelo Judiciário apenas nos casos de nulidade previstos na lei. Este método, é mais adequado para aqueles conflitos que necessitam de conhecimentos extremamente técnicos/científicos para sua solução.

Segundo Alexandre Araújo Costa (2004, p.186):

[...] O reconhecimento dos limites da arbitragem fez com que a lei brasileira limitasse a sua aplicação aos direitos disponíveis, especialmente os patrimoniais, vedando a sua utilização em conflitos que envolvem

direitos indisponíveis, como a vida, a liberdade, vários direitos ligados à família, entre outros. Nesses casos, como o direito é considerado indisponível (a pessoa não pode abdicar dele nem negociá-lo, ainda que o deseje), o Estado reserva a si a possibilidade de resolver os conflitos a ele relativos, por via jurisdicional. Assim, a arbitragem fica praticamente restrita às questões patrimoniais – as quais não são poucas em número, relevância ou complexidade.

Por fim, a negociação é a forma de solução de um litígio pelas próprias partes, pela via do diálogo direto, sem a participação de um terceiro. Por isso, considera-se que a mediação é uma negociação assistida. A aplicação deste método não demanda tempo ou matéria específica. Ocorre sempre que se prenuncia um conflito de ordem jurídica ou moral, motivo pelo qual, geralmente, antecipa outras formas de resolução de conflitos.

É imperioso ressaltar que a lei, em determinados casos, prevê a utilização da negociação, a exemplo da negociação coletiva prevista nos art.8º, VI, da Constituição Federal de 1988: “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, e art. 513, b, da Consolidação das Leis do Trabalho: “são prerrogativas dos Sindicatos: [...] b) celebrar convenções coletivas de trabalho”.

A despeito desta matéria Alfred J. Ruprecht *apud* José Claudio Monteiro de Brito Filho (2005, p.174) assevera que tem sido considerada “o melhor sistema para solucionar os problemas que surgem entre o capital e o trabalho, não só para fixar salários e estabelecer condições laborais, mas também para regular todas as relações de trabalho entre empregado e empregador”.

Frise-se que não há, entre as formas de solução de litígios, umas melhores que as outras. Cada qual possui peculiaridades que as tornam mais adequadas para este ou aquele tipo de conflito, como já exposto.

3. MEDIAÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

3.1 LEGISLAÇÃO

Apesar da notória importância da mediação na prestação jurisdicional, não há previsão expressa no nosso ordenamento jurídico relacionada a este instituto. Todavia, a nossa Constituição Federal prevê a solução de

controvérsia de forma pacífica.

No Brasil é inequívoco o avanço dos mecanismos extrajudiciais de prevenção e solução de controvérsias, bastando para tanto lembrar das notórias experiências das Conciliações instauradas nos Juizados, demonstrando de forma evidente a aspiração social por métodos que pudessem servir para a resolução dos conflitos sociais fora dos meandros do Poder Judiciário, que sabidamente está sobrecarregado e cuja atuação muitas vezes não alcança a pacificação das partes.

Dessa forma, visando atender o clamor social e com fim em fortalecer a extrajudicialidade na solução das controvérsias, surge a Lei 9.307/96, que revitalizou a arbitragem. Por outro lado, na vertente judicial, os poderes conciliatórios do juiz foram reforçados, enaltecendo essa prática no curso do processo, com a edição da Lei 8.952/94 que alterou, entre outros, os artigos 125 e 331 do Código de Processo Civil.

Todavia, no campo judicial, vislumbra-se que a conciliação sofre contemporaneamente diversas pressões adversas, obtendo assim resultados práticos insatisfatórios: pautas dos juízes lotadas, de modo que estes tem dificuldade para deter-se no trabalho naturalmente lento da mediação; a atividade desenvolvida pelo juiz na conciliação não é reconhecida para efeito de promoção por merecimento; o juiz é direcionado para a cultura da solução adjudicada do conflito e não para a sua pacificação; são apenas algumas das situações constatadas.

Tais obstáculos já haviam sido percebidos pelo legislador, o qual procurou amenizá-los com a edição da lei 7.244/84, que implantou os Juizados Especiais de Pequenas Causas, enaltecendo o papel dos conciliadores. Com a edição da Lei 9.099/95, que atualmente disciplina os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o papel do conciliador foi consolidado.

Em contrapartida, a mediação ganhou força no Brasil, ampliando-se em todo país, apoiada por instituições e entidades especializadas em mediação e por mediadores independentes. Apesar da proximidade, por tenderem a autocomposição, diferenciando-se da arbitragem, já que esta é um meio de heterocomposição de controvérsias em que o juiz privado substitui o juiz togado, conciliação e mediação distinguem-se porque, na primeira, o conciliador após ouvir as partes, indica a solução consensual do litígio, e na segunda o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem dessa forma, por si só, à prevenção ou solução da controvérsia.

Nesse quadro, a mediação começa a se fortalecer legislativamente e surge um Projeto de Lei, resultado da harmonização de duas propostas legislativas: o Projeto de Lei de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, aprovado pela Câmara dos Deputados e atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, e o Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura. Após um trabalho em conjunto dos envolvidos, chegou-se à versão consensuada de um novo Projeto, que reúne as ideias fundamentais do Projeto e do Anteprojeto acima indicados tornando mais completo e satisfatório o resultado final. Por iniciativa do Dr. Sérgio Renault, Secretário da Reforma do Judiciário junto ao Ministério da Justiça, o Projeto foi apresentado e debatido em audiência, pública contando com a participação dos autores do primitivo Projeto e Anteprojeto e de membros do Poder Judiciário, da Advocacia e das Instituições, entidades e pessoas especializadas em mediação.

Nos moldes atuais, o projeto, investe em duas espécies de mediação, sendo a primeira, intitulada de mediação prévia sempre facultativa, e terá duas formas: extrajudicial ou judicial, tentando fazer com que os interessados busquem o meio consensual da mediação; a segunda, incidental, que tem como característica a obrigatoriedade da tentativa, surgirá sempre que for distribuída a demanda, com exceção das previstas no art. 6º, senão veja-se:

Art. 6º A tentativa de mediação incidental é obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos I- na ação de interdição; II- quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III- na falência, na concordata e na insolvência civil; IV- no inventário e no arrolamento, quando houver incapazes; V- nas ações de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel; VI – na ação de retificação de registro público; VII- quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII- na ação cautelar; IX- quando a mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido, sem resultado, nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Insta ressaltar que a obrigatoriedade da mediação incidental não fere

o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe a respeito da inafastabilidade do acesso aos tribunais, já que, de forma contrária ao que acontece com outros diplomas legislativos, esta ocorrerá em momento posterior ao ajuizamento da lide, já tendo ocorrido a distribuição desta e a intimação dos litigantes, efeitos que, pelo próprio Código de Processo Civil, são próprios da citação; e ainda porque a parte interessada poderá solicitar a retomada do processo judicial, decorrido o prazo de 90 (noventa) dias da data do início do procedimento de mediação.

Em 29 de novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução de nº 125, que visa incentivar as práticas da mediação, conciliação e outras formas consensuais de solução de litígios, pois acredita que estes institutos são instrumentos aptos a proporcionar a pacificação social, ajudando na diminuição da excessiva judicialização dos conflitos.

3.2 PROCEDIMENTO

Pertine trazer a lume considerações acerca do procedimento da mediação no momento atual. Conforme indicado no trabalho ora apresentado, na nossa legislação não temos previsão expressa referente a este meio alternativo de solução de conflitos. Todavia, esta vem sendo utilizada no Brasil, judicialmente, de acordo com as orientações do Conselho Nacional de Justiça.

Conforme o *Manual de Mediação Judicial*(2010, pg.53):

“É comum que os Manuais de Direito Processual Civil façam distinções entre processo e procedimento. Nesses textos se indica que o processo possui uma força que justifica e direciona a prática dos atos do procedimento, sua manifestação extrínseca, a fim de alcançar a composição da lide submetida ao poder jurisdicional. É como se o processo fosse trilhos que assegurassem a prática sucessiva e lógica dos atos do procedimento [...] Na esfera da mediação, o processo tem como finalidade a solução de um conflito pelas partes que dele são parte e a superação, em definitivo, dos fatores que levam à disputa. O procedimento consiste nas etapas que o mediador segue com intuito de alcançar essa finalidade”.

Ainda de acordo com este Manual, exemplificativamente, o procedimento utilizado para a realização das mediações é dividido em: início da mediação; reunião de informações; identificação de questões, interesses e sentimentos; esclarecimento das controvérsias e dos interesses; resolução das questões e registro das soluções encontradas.

O início da mediação consiste na apresentação do mediador às partes, que diz como prefere ser chamado, faz uma breve explicação do que constitui a mediação, quais são as suas fases e quais são as garantias. Após, deve perguntar às partes como elas preferem ser chamadas e estabelece um tom apropriado para a resolução de disputas. A linguagem corporal do mediador deve transmitir serenidade e objetividade para a condução dos trabalhos.

Na reunião de informações, após uma explanação feita pelas partes de seus anseios, onde o mediador, dentre outras posturas, as terá escutado ativamente, haverá a oportunidade de elaborar perguntas que lhe auxiliarão a entender os aspectos do conflito que estiverem obscuros.

Na fase de identificação de questões, interesses e sentimentos, o mediador fará um resumo do conflito, utilizando uma linguagem positiva e neutra, a fim de deixar claro às partes que ouviu as suas questões e as compreendeu. O referido resumo também imporá ordem à discussão e servirá como forma de recapitular tudo o que foi exposto até o momento.

No momento de esclarecimento das controvérsias e interesses, o mediador utilizará determinadas técnicas para formular, nesta fase, diversas perguntas para as partes, a fim de favorecer a elucidação das questões controvertidas.

Após ter sido alcançada a adequada compreensão do conflito durante as fases anteriores, na etapa de resolução de questões, o mediador conduzirá as partes a analisarem as possíveis soluções.

Por último, na fase de registro das soluções encontradas, o mediador e as partes irão testar a solução alcançada e, sendo ela satisfatória, redigirão um acordo escrito se as partes assim o quiserem. Em caso de impasse, será feita uma revisão das questões e interesses das partes e também serão discutidos os passos subsequentes a serem seguidos.

Segundo a professora Deborah Rhode (*Manual de Mediação Judicial*, 2010, p. 19), a maioria dos estudos existentes indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o processo foi justo. Outra importante conclusão foi no sentido

de que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas aumenta a percepção de confiabilidade (*accountability*) no sistema.

Verifica-se que a autocomposição estatal está se desenvolvendo independentemente de uma distorcida orientação de que o sistema processual jurídico apenas evolui através de reformas procedimentais impostas em alterações legislativas. Com a evolução de importantes projetos-piloto bem-sucedidos em autocomposição judicial, conclui-se que é possível o desenvolvimento de processos construtivos sob os auspícios do Estado.

4. TÉCNICAS UTILIZADAS NA MEDIAÇÃO JUDICIAL

A mediação de conflitos é considerada uma técnica multidisciplinar, já que envolve algumas ciências sociais, tais como o direito, a psicologia, a comunicação social, a administração e a sociologia, que oferecem ótimas teorias e exemplos práticos que servem de base para as diversas técnicas de mediação.

Dentre as técnicas difundidas nacionalmente, de acordo com o *Manual de Mediação Judicial* elaborado pelo Ministério da Justiça(2010), o qual vem sendo utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça nos diversos cursos que estão sendo ministrados nos Estados da federação, podemos destacar:

A técnica do *Rapport*, cuja palavra tem origem francesa que significa concordância, afinidade, analogia. Tenta-se estabelecer uma afinidade (*rapport*) com as partes e entre as partes, empatia, sintonia de relações.

Nada mais é do que o estabelecimento de uma relação de confiança. A comunicação entre as partes e entre estas e o mediador somente será alcançada de forma eficaz, se este for capaz de conquistar a confiança de ambas e obtiver empatia que estimule cada uma a se expressar sobre o problema que as une.

Conforme o *Manual de Mediação Judicial* (2010, pág.129 e 130):

[...] é possível categorizar as formas de disputa a partir de seus objetivos. Esses objetivos são trabalhados durante toda a mediação, muito embora, há certos

momentos que são mais propícios para determinadas formas de atuação do mediador. São vários objetivos do mediador: o controle do processo; o suporte às partes, o estímulo à recontextualização da disputa como um fenômeno natural passível de resolução e a resolução das questões propriamente ditas. [...] Quando as partes sentem que seus sentimentos e emoções foram bem recebidos e compreendidos pelo mediador, acreditam que podem confiar no processo e no mediador. Os efeitos de uma boa relação de confiança promovem uma melhor eficiência do processo no sentido de que facilitam a obtenção de informações e tornam a atuação do mediador muito mais simples.

No que se refere à técnica da Ouvida Ativa, nos termos do que orienta o autor André Goma (2010, pag.131):

Ouvir ativamente significa escutar e entender o que está sendo dito sem se deixar influenciar por pensamentos judicantes ou que contenham juízos de valor – ao mesmo tempo deve o ouvinte demonstrar, inclusive por linguagem corporal, que está prestando atenção ao que está sendo dito. (...). Além disso, apenas ouvindo ativamente poderá o mediador identificar as questões mais importantes, as emoções e a dinâmica do conflito – o que faz com que as intervenções do mediador sejam muito mais eficientes e oportunas”.

Assim, deve o mediador manter uma postura receptiva com a parte interlocutora, evitar sinais de tensão, demonstrar uma atitude positiva de atenção física, buscar manter um contato visual e, sobretudo, estar preparado para ouvir as partes também do ponto de vista emocional e comportamental.

Para tanto, a linguagem corporal é muito importante; o mediador deve captar as palavras ditas pelas partes, enfatizar os pontos positivos e devolver as mesmas palavras à mesa de negociação para que as partes apresentem a melhor solução para o conflito.

Pertinente à técnica do silêncio, André Goma (2010, p.43) faz abordagem

no sentido de que o silêncio pode ser utilizado com vários objetivos no processo de resolução de disputa.

Normalmente, o silêncio do mediador provoca nas partes a reflexão, ainda que momentânea, sobre a forma como estão agindo. Assim, quando uma parte dá sinais de que dará um passo importante para resolução de controvérsia (que pode ser uma concessão, o reconhecimento de um erro ou um pedido de desculpas, por exemplo), é interessante que o mediador teste esta técnica. Ou seja, ao invés de fazer perguntas na ânsia por solucionar a controvérsia o quanto antes, em algumas ocasiões o silêncio do mediador provoca uma inquietação na parte e a faz concluir, após esta breve pausa, o pensamento que não estava bem estruturado no início de seu discurso.

No que se relaciona a técnica do Resumo, impende destacar que após a abertura e devidas explicações das partes e suas expectativas quanto à resolução do problema, o mediador deve resumir o que acabou de ouvir, questionado os mediandos sobre a correta interpretação dos fatos. Deve, ainda, verificar as principais questões presentes, como também os subjacentes juntamente com as partes.

O resumo é de fundamental importância, ao fazer com que as partes sintam o modo e o interesse com que o mediador focalizou a compreensão do que foi exposto. Ao organizar a discussão, fica clara a melhor visualização dos progressos obtidos até então.

Preceitua André Goma, (2010,p.103) que:

O mediador, no entanto, deverá ter a cautela ao relatar às partes o resumo, uma vez que qualquer incorrência ou exposição que não seja neutra poderá gerar a perda de percepção de imparcialidade que o mediador começou a adquirir com a declaração de abertura. Desse modo, recomenda-se que mediadores anotem os principais aspectos que cada uma das partes expressou – identificando questões, interesses, necessidades e sentimentos – e, ao relatar sumariamente tais aspectos, busquem apresentar organizadamente e de modo neutro e imparcial tais informações às partes”.

Essa técnica deve ser reutilizada sempre que as partes se desviem do foco do acordo ou se exaltem por qualquer motivo.

A técnica das sessões individuais ou privadas é uma técnica que o conciliador deve empregar, sobretudo, no caso de as partes não estarem se comunicando de modo eficaz. Isso se verifica em diversas hipóteses, tais como um elevado grau de animosidade entre as partes, uma dificuldade de uma ou outra parte se comunicar ou expressar adequadamente seus interesses e as questões presentes no conflito, a percepção de que existem particularidades importantes no conflito que somente serão obtidas por meio de uma comunicação reservada, a necessidade de uma conversa com as partes acerca das suas expectativas quanto ao resultado de uma sentença judicial.

Preceitua André Goma (2010, p. 127) que na sessão privada é comum a parte começar a ter uma proximidade mais acentuada com o mediador e, em razão desse fato, é possível que ela passe a acreditar que ele possa estar do seu lado. Deve, portanto, ter o mediador cautela ao demonstrar compreensão pelo que a parte está sentindo e, ao mesmo tempo, não deixar parecer qualquer sinal de parcialidade. Todavia, em hipótese alguma, pode o mediador fazer algum comentário que transpareça estar dando apoio a sua posição ou assessorando a parte como se seu advogado fosse.

Dessa forma, apesar de proceder com técnicas como afago, inversão de papéis ou validação de sentimentos, o mediador jamais poderá transmitir implícita ou explicitamente posicionamento em favor de uma ou de outra parte quanto à matéria em disputa.

Recomenda, ainda, o referido manual que o mediador sempre que realize uma sessão privada com uma das partes faça-o também com a outra. E caso venha a realizar mais de uma sessão privada com uma das partes tenha o cuidado de também realizá-la sem igual número com as outras.

A técnica da troca ou inversão de papéis consiste em técnica voltada a estimular a empatia entre as partes por intermédio de orientação para que cada uma perceba o contexto também sob a ótica da outra parte.

As pessoas se colocam no lugar das outras e dizem o que sentiriam na posição do outro. O objetivo é fazê-las refletir sobre a situação do outro. Abre a possibilidade de nova solução para o problema em comum, uma vez que as partes são tendenciosas a perceber apenas o foco que lhes interessa.

Empatia é uma palavra originada do inglês “empathy”, sendo em psicologia a tendência para sentir o que sentiria caso estivesse na situação e circunstâncias experimentadas por outra pessoa. Nesse sentido, aproxima muito da misericórdia (*miser+cordia*), de derivação latina, que traduz o experimentar no coração a miséria de outrem.

Técnica da Tempestade de Ideias ou *Brainstorming*, palavra de origem inglesa que pode significar também “tempestade mental”, ou ainda, chuva de palpites. Esta técnica é usada para exploração de ideias ou sugestões apresentadas pelas partes, sem julgamento de prévios, visando a obtenção de melhores soluções, pois, dentre as diversas propostas emergidas, uma poderá amoldar-se melhor e satisfazer os interesses mútuos e individuais das partes.

A função do mediador não é apresentar soluções, mas incentivar as partes a pensarem em novas opções para composição da demanda. O objetivo é extrair da mediação o papel educativo, uma vez que se a parte aprender a buscar, sozinha, soluções em futuros conflitos ela tenderá a conseguir entrar algumas novas soluções.

O ideal é que as partes ofereçam o maior número de sugestões possíveis, não se adentrando, em um primeiro momento, no mérito das sugestões. É sempre importante a indução do mediador para que cada parte pense no interesse da outra.

Pertinente a técnica do Afago, também conhecida como Reforço Positivo, aduz André Goma (2010, p.167 e 168):

Consiste em uma resposta positiva do mediador a um comportamento produtivo, eficiente ou positivo da parte ou do próprio advogado. Por intermédio do afago, busca-se estimular a parte ou o advogado a continuar com o comportamento ou postura positiva para a mediação. [...] Vale destacar que muitas vezes um mediador mais experiente fará um afago simplesmente por meio de uma expressão facial ou com linguagem corporal. Outro aspecto que merece registro consiste na forma com que se exercita o afago: o mediador deve identificar um comportamento eficiente e apresentar a resposta positiva (afago) especificamente quanto a tal comportamento.

Esta técnica é utilizada no sentido de valorizar o que merece ser valorizado; estimular a criatividade; despolarizar a relação para interromper o espiral do conflito.

A técnica da Validação dos Sentimentos consiste em uma técnica muito utilizada durante a mediação, principalmente quando se busca estabelecer uma relação de confiança com as partes. É identificar os sentimentos, ainda

que as partes não os revelem explicitamente, reconhecendo-os perante as partes e recontextualizando-os em uma perspectiva positiva, identificando os interesses reais que estimularam o referido sentimento.

Ainda segundo André Goma (2010, p.135 e 175) que:

Esse tipo de técnica, ao mesmo tempo em que demonstra que o mediador se preocupa com os sentimentos envolvidos, tira um grande peso das partes, que muitas vezes acham reprovável a maneira como elas mesmas se comportam diante daquela situação e, em razão disso atribuem a culpa por estarem em contexto de conflito com a outra parte. O papel do mediador ao validar sentimentos consiste em demonstrar às partes que é natural em qualquer relação haver conflitos e que se faz mais eficiente buscar soluções do que atribuir culpa. A expressão das emoções é de grande valia para as partes não só apenas para que estas se sintam mais descarregadas e tranquilas no processo de mediação, mas também para que demonstrem à outra parte a intensidade de seu sentimento com relação à determinada questão.

Dessa forma, é importante que o mediador identifique os sentimentos desenvolvidos no decorrer do conflito e aborde-o como uma consequência natural de interesses legítimos que a parte tem. É a identificação do sentimento com a validação que pode ser feita ao identificar a provável intenção da parte.

Esta técnica também deve ser utilizada em uma sessão individual para sentimentos que somente uma parte venha a manifestar, sendo utilizada em sessões conjuntas somente se as partes estiverem com sentimentos semelhantes.

Outra técnica muito utilizada é a de Recontextualização ou Paráfrase e tem como ponto positivo o fato de o mediador poder enfatizar os aspectos favoráveis afirmados implicitamente pela parte que, ditos de outra maneira, servirão para desatar a contenda.

Repetir o que a pessoa disse, usando outras palavras, enfatizando os pontos positivos, incluindo todas as pessoas, permitindo que ouçam suas histórias contadas por um terceiro neutro e imparcial.

Através desta técnica, o mediador estimula as partes a prestarem atenção

a determinado contexto fático por outro enfoque. Assim, a parte tende a considerar ou entender uma questão, um interesse, um comportamento ou uma situação de forma mais positiva, para que assim possa extrair soluções também positivas.

Por último, fazemos alusão a técnica da Formulação de Perguntas que indica que as primeiras perguntas sejam delicadas, para estabelecer um contato (perguntas de contato), deixando o interlocutor à vontade, ajudando a criar um ambiente harmonioso e básico para as questões mais relevantes. Esse ambiente permite, ainda, estabelecer um padrão de normalidade para os gestos não-verbais, indispensável para a interpretação correspondente.

Para um correto perguntar, é necessário desde o cuidado na formulação das questões, até na interpretação das respostas, passando pelo aprimoramento das técnicas de perguntar e interpretar.

5. MEDIADOR

A atuação do mediador, embora a autocomposição esteja prevista em várias disposições legais, não está disciplinada. Este fato ocorre em virtude desta atividade estar mais relacionada à adequada aplicação de técnicas oriundas de esferas de conhecimento humano, como comunicação, administração, semiótica, psicologia, do que primordialmente à interpretação e à aplicação do direito.

Aduz indicar que isto se associa também aos princípios da mediação, dos quais se destacam a informalidade e oralidade do processo e a autonomia das partes, cuja aplicação é incompatível com a existência de regras rígidas previstas em leis ou outras fontes normativas.

Todavia, não implica a negação da importância do mediador no processo. O mediador tem papel reconhecido como auxiliar da justiça e desempenha papel relevante no desenvolvimento da cidadania conforme dispositivo que segue: art. 7º da Lei nº 9.099/1995: Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados os primeiros, preferencialmente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5 (cinco) anos de experiência.

Insta indicar que este exerce uma atividade importante no desenvolvimento da cidadania, já que não apenas facilita o entendimento entre os cidadãos na busca da mais acertada solução dos conflitos, mas também na condução dos processos, no aspecto técnico, mantendo a

imparcialidade, dando maior objetividade ao processo, caso não haja acordo.

O mediador, de acordo com o já explicitado, é o terceiro neutro, que deve ter conhecimento técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo e tem como função restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações. Segundo BACELLAR *apud* Manual de Mediação (2010, p. 67), é função do mediador instruir as partes quanto à maneira mais conveniente a portarem-se perante o curso do processo, a fim de obterem a sua efetiva concretização. Garante, assim, que a discussão gere um acordo fiel ao direito da comunidade, moral e justo.

É crucial que o autocompositor, responsável pelo bom andamento do processo, se comunique muito bem, com capacidade de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes, sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimiu. Afinal, é com as informações que recebe das partes que o autocompositor poderá trabalhar e trará à tona as possíveis soluções do conflito. Apenas com a comprovação de que o mediador sabe ouvir e compreender as partes é que elas realmente prestarão as informações necessárias a fim de o autocompositor desenvolver o seu trabalho.

Assim, é evidente que para o mediador exercer sua função deve ter treinamento e conhecimentos específicos, pois esta atividade relaciona-se com relevantes valores sociais e com a intimidade dos indivíduos, necessitando de regulamentação específica.

6. CONCLUSÃO

De todo o articulado, é de fácil constatação que os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos são garantias constitucionais do acesso à Justiça e perseguem o atendimento da efetividade de direitos sob uma visão humana, haja vista que não se prendem a soluções estritamente técnico-jurídicas.

Convém apontar que na prática os MARC'S encontram obstáculos para a sua difusão, sobretudo em consequência da cultura paternalista do nosso ordenamento jurídico, mas já se vislumbra um maior empenho, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, dos operadores do direito, em promover este instituto de forma a encontrar uma alternativa

à crise do Judiciário.

A ênfase excessiva ao Poder Judiciário enfraquece os outros meios capazes de proteger e efetivar os direitos constitucionais. Existe uma idealização à figura do juiz e adota-se uma postura paternalista diante de uma sociedade infantilizada, gerando uma dependência da população ao Judiciário. O exagerado ativismo judicial ocasionou o engessamento da estrutura do Judiciário, diante da sobrecarga do trabalho, precariedade da distribuição de tribunais em toda extensão territorial brasileira, decisões que se arrastam, causando o comprometimento da efetividade dos direitos.

Mediante estes obstáculos, os operadores do Direito perceberam urgência em encontrar formas simplificadas e céleres aptas a dirimir dasavenças. Dessa forma, aparecem os meios alternativos de pacificação de conflitos, notadamente a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Estes são meios alternativos de dissolução de controvérsias, ou seja, meios não jurisdicionais. Apresentam igual objetivo, a pacificação extrajudicial de litígios. Todavia, cada um apresenta características peculiares.

Como consequência de uma cultura deturpada e por falta de conhecimento, os cidadãos têm a errônea ideia de que os conflitos apenas podem ser solucionados perante o Poder Judiciário e mediante um advogado.

Tal ideia vem sendo modificada com a implementação dos Juizados Especiais, após o advento da Lei de Arbitragem e com a utilização da mediação. Ocorre assim, a instauração de mecanismos de pacificação de forma gradativa no ordenamento jurídico.

Para que ocorra esta mudança no cenário jurídico nacional, é primordial que a sociedade seja esclarecida sobre tais meios, através de palestras, propagandas, aulas expositivas, com o objetivo de conduzi-la a utilização destas formas de resolução de conflitos.

A utilização de novas formas de solução de litígios, com o objetivo de melhorar o quadro deficitário que se nota na prestação jurisdicional, não importa em resolução de todos os problemas relacionados ao acesso à Justiça. Ter essa visão demonstra uma falsa ideia, visto que as amarras que imobilizam a celeridade no atendimento aos reclames da sociedade, pertinentes a busca de justiça, são seculares e afetam inúmeros países.

Constata-se que os Marc's são meios adicionais à Jurisdição e não são adequados para todos os litígios.

Por fim, a mediação é um paradigma que pode ser desenvolvido para

garantir um efetivo acesso à Justiça. Além de resolver conflitos de forma mais satisfatória e mudar a cultura existente de que apenas a justiça estatal possui a solução para os problemas, mostra que estes podem ser resolvidos através de um simples diálogo, gerando mais harmonia e promovendo satisfação aos conflitantes.

MEDIATION: APPLICABILITY AND EFFECTIVENESS IN THE SOLUTION OF THE CONFLICT IN THE CONTEXT OF BRAZILIAN CIVIL PROCESS

ABSTRACT: This paper aims to establish an analysis of the applicability and effectiveness when the use of mediation in civil proceedings. Thus, we seek to address the practical implications of using this method in solving conflicts, inserted into the Brazilian legal system in order to better serve social advertisements, taking into account the need to qualify the judicial assistance. This institute falls among alternative means of conflict-MARC'S. In seeking to better meet the expectations of society, and try to approach the state of the population, seeking to use agile and effective means to provide access to justice. Thus, in actuality, the practice of alternative means of dispute resolution has been widespread, with nail alleviate the crisis in the Brazilian Judiciary lives and that provides, among other factor, delays in adjudication, burden of laws, framework restricted to employees, making the speed of those in attendance at this resort.

KEYWORDS: Mediation. The Judiciary. Alternative Media. Effectiveness. Conflict Resolution.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Eliana Calmon. *Poder Judiciário: enfoque para as soluções alternativas de Conflito*. Biblioteca Digital Jurídica- STJ 2012. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/advanced-search>. Acesso em: 13 abr. 2012.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Perspectivas brasileiras no campo de solução alternativa de conflitos*. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25173/Perspectivas_Brasileiras_Campo.doc.

pdf?sequence=1 Acesso em 19 de novembro de 2011.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Mediação*: um instrumento judicial para a paz social. Biblioteca Digital Jurídica- STJ 2012. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/advanced-search>. Acesso em: 02 abr. 2012.

_____. *A paz social na Constituição de 1988*: o preâmbulo da constituição como porta de acesso à mediação. Biblioteca Digital Jurídica- STJ 2012. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/advanced-search>. Acesso em: 02 abr. 2012.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). 2010. *Manual de mediação judicial*, (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD).

BARROS, Verônica Altesf. *Mediação*: forma de solução de conflito e harmonia social. Biblioteca Digital Jurídica- STJ 2012. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/advanced-search>. Acesso em: 02 abr. 2012.

BRASIL. *Código de processo civil*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FISCHER, Roger. URY, William e BRUCE, Patton. *Como chegar ao sim*: negociação de acordos sem concessões; tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges – 2ª ed. Revisada e ampliada – Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2010. p. 06-07

OLIVEIRA, José Anselmo de. *Os juizados especiais no planejamento e orçamento dos tribunais*: necessidade e adequação. Revista da Esmese, Aracaju, n. 16, p 15-24, 2012.

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LEI DE BIOSSEGURANÇA - LEI Nº 11.105/2005

Elisa Bastos Frota*

1. INTRODUÇÃO

Em 24/03/2005 o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei nº 11.105, conhecida como a Lei de Biossegurança.

A Lei nº 11.105/2005 veio regulamentar os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal, bem como estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados. Ela também criou o Conselho Nacional de Biossegurança e reestruturou a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. Além disso, ainda dispôs sobre a Política Nacional de Biossegurança.

Ressalta-se que com a promulgação da Lei nº 11.105/2005 foram revogados a Lei nº 8.974/1995, a Medida Provisória nº 2.191-9/2001 e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814/2003.

Diante da complexidade, seriedade, abrangência e gravidade dos temas presentes na Lei de Biossegurança, revela-se a sua extrema importância para o país e para a segurança da biodiversidade nacional. Os seus dispositivos acarretam uma série de consequências ambientais, jurídicas, sanitárias, econômicas, sociais, agrícolas e culturais para a nação brasileira.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 HISTÓRICO

De acordo com a Convenção-Quadro sobre a Diversidade Biológica, assinada em 1992 e promulgada pelo Brasil em 1998 através do Decreto 2.519, “cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da Biotecnologia, que provavelmente provoquem

*Bacharela em Direito pela UFS, Especialista em Direito Ambiental pela PUC-RS e em Gestão Empresarial pela FGV.

impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana”¹.

O governo brasileiro, buscando objetivo similar ao que fora disposto na citada Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgou, em 1995, a primeira lei nacional voltada para o assunto: a Lei nº 8.974. Nela foram regulamentados os incisos II e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal, normatizando-se sobre o uso de técnicas de Engenharia Genética e a liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGMs). Através dela também se autorizou o Poder Executivo, no âmbito da Presidência da República, a criar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

2.2 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

A Lei nº 11.105/2005 inovou o sistema jurídico de proteção ambiental pátrio ao dispor expressamente sobre o princípio da precaução, adotando-o em seu primeiro artigo, o qual estabelece o seguinte:

Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do **princípio da precaução** para a proteção do meio ambiente.² (Grifo nosso).

Pontua-se que o princípio da precaução, desenvolvido inicialmente a partir de sua adoção e aplicação pelo direito alemão desde o começo da década de 1980, gradativamente passou a direcionar e ser adotado em diversas declarações e tratados internacionais, tendo uma importância

crescente no Direito Ambiental Internacional.

A finalidade do princípio da precaução é a proteção ambiental através da cautela. Sua definição consiste em aplicar medidas precautórias em casos nos quais haja risco de significativos impactos ambientais negativos, mesmo em situações nas quais exista o desconhecimento científico acerca da sua probabilidade de ocorrência. Sua aplicação advém, assim, da conjugação da incerteza científica somada à possibilidade de riscos ambientais graves.

Como afirmam Freestone e Hey, o princípio da precaução é um dos princípios norteadores de um grande número de instrumentos ambientais tanto de caráter global quanto regionais, bem como suas principais diretrizes são cada vez mais utilizadas em regimes nacionais e internacionais³. Do mesmo modo, asseveram que o princípio “... tem sido tão amplamente aceito em instrumentos internacionais e, de forma crescente, em nacionais, que poucos, atualmente, tentariam negar sua importância”⁴.

2.3 ASPECTOS JURÍDICOS

As leis são necessárias para a regulação da convivência social e para a definição das atividades de interesse público a serem protegidas e priorizadas, delimitando-se os direitos e deveres individuais, coletivos e difusos. Através delas se regula o que é possível fazer com os bens existentes, fixando-se regras para a sua apropriação, uso e descarte. Portanto, é através das leis que se regulamenta o uso dos recursos naturais, sua preservação e distribuição na sociedade, penalizando-se aqueles que não seguirem as normas jurídicas estabelecidas.

Especificamente no aspecto da biossegurança nacional, assunto de grande interesse público, é a Lei 11.105/2005 que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização para as atividades que envolvem organismos geneticamente modificados.

A referida Lei, em seu art. 1º, discrimina sobre quais atividades recaem essas normas de segurança e mecanismos de fiscalização. Dispõe-se sobre quatorze modalidades de atividades, as quais passam a estar liberadas no país dentro dos limites disposto na Lei e regulamentados pelos órgãos competentes.

As atividades abrangidas pela Lei 11.105/2005 no uso de organismos geneticamente modificados são: construção, cultivo, produção, manipulação, transporte, transferência, importação, exportação, armazenamento, pesquisa,

comercialização, consumo, liberação no meio ambiente e descarte de organismos geneticamente modificados e seus derivados.

Ampliou-se, assim, o rol das atividades abrangidas pela anterior Lei nº 8.974/1995, a qual não contemplava as atividades de produção, transferência, exportação, armazenamento e pesquisa de organismos geneticamente modificados e seus derivados.

Outrossim, quanto às diretrizes da Lei, também dispostas no seu art. 1º, observa-se que, além de acolherem o princípio da precaução, destacam o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, bem como a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal.

Essas diretrizes demonstram sobre quem recaem as preocupações do legislador. A vida e a saúde humana, animal e vegetal são suas prioridades. Interessante observar que a Lei não se limitou a ressaltar a vida e saúde humanas, lembrando da importância e valor das vidas dos outros seres, sem os quais a própria vida humana estaria ameaçada. Por outro lado, regrediu a nova Lei ao não incluir a expressão meio ambiente, tal qual dispunha a Lei nº 8.974/1995 em seu artigo 1º, ignorando-se a interdependência e interligação existente entre homens, animais e plantas.

As diretrizes asseveram ainda que o legislador deu destaque especial à pesquisa científica na área de biossegurança e biotecnologia, buscando estimulá-la.

Por outro lado, convém observar que a Lei 11.105/2005, ao normatizar não apenas de uso de organismos geneticamente modificados e seus derivados, mas também a utilização de células-tronco embrionárias, abordou no mesmo instrumento assuntos de aspectos absolutamente distintos. Pela gravidade e distinção das matérias, deveriam ter sido reguladas em leis diferentes, onde seriam melhor observadas as especificidades de cada matéria, garantindo-se melhor análise e resultados.

2.4 ASPECTOS AMBIENTAIS

A Lei 11.105/2005 está diretamente relacionada à conservação da biodiversidade.

A enorme biodiversidade existente no Brasil faz com que o país seja um importante ator no cenário internacional. A grande quantidade de riquezas potenciais que pode estar presente na flora e fauna brasileiras tem tal magnitude que alguns chegam a compará-la ao cartel dos países produtores

de petróleo. Cerca de 23% de toda a biodiversidade conhecida em nosso planeta está no Brasil, o que, obviamente, não exclui a interdependência entre o nosso país e o resto do mundo⁵.

Diante da responsabilidade brasileira em conservar a biodiversidade que possui, é essencial conhecer os efeitos que os organismos geneticamente modificados e seu uso, especialmente na agricultura, podem causar no meio ambiente.

A contaminação genética das espécies é um dos efeitos que podem advir do uso de organismos geneticamente modificados na agricultura. Pode também ocorrer a contaminação do solo pela toxina de *Bacillus Thuringiensis* e uma tendência à homogeneidade ambiental, o que acaba por desestimular a biodiversidade. Há também a possibilidade do incremento do uso de agrotóxicos e de outros efeitos adversos decorrentes da acumulação de agrotóxicos nos seres vivos. Podem haver ainda consequências desconhecidas dos transgenes sobre as plantas silvestres. Além desses, há o risco da perda total de todo banco de germoplasma nativo ao se cultivar organismos geneticamente modificados em áreas de grande importância ambiental, bem como o risco de se perder o banco de germoplasma nativo para o uso em outros fins⁶.

A partir do conhecimento desses efeitos é possível adequar parâmetros jurídicos e tomar decisões na gestão dos recursos ambientais. Daí o significado e papel da nova Lei de Biossegurança no cenário nacional, pois dela surge a regulamentação para assegurar o uso da biotecnologia e prevenção de ameaças ao meio ambiente.

2.5 ASPECTOS SANITÁRIOS

A Constituição Federal brasileira estabelece a saúde e a sadia qualidade de vida como direito de todos. Com tal fim, determina a criação de políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças. Da mesma maneira, no inciso V do parágrafo 1º do art. 225, obriga o Poder Público a controlar a produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, sendo este um dos incisos regulamentados pela Lei 11.105/2005.

Preservar a saúde humana e zelar pela integridade física dos seres humanos é, portanto, um dever público. Por isso, cabe perquirir quais efeitos na saúde humana podem decorrer da utilização de organismos geneticamente

modificados.

Alguns efeitos apontados são: a aparição de novas alergias, devido à introdução de novas proteínas; o aumento da contaminação de alimentos causado pelo maior uso de agrotóxicos; crescimento de resistência às bactérias patogênicas, antibióticos diversos, etc; o aparecimento de disfunções hormonais aparentemente associadas ao uso de organismos geneticamente modificados; o surgimento de evidências que associam o consumo desses organismos ao câncer.⁷

A nova Lei de Biossegurança estabelece em seu art. 7º, inciso I, por exemplo, com o fim de evitar riscos à saúde pública, aos animais, plantas e ao meio ambiente em geral, que é obrigatória “a investigação de acidentes ocorridos no curso de pesquisas e projetos na área de engenharia genética e o envio de relatório respectivo à autoridade competente no prazo máximo de 5 (cinco) dias a contar da data do evento”.

2.6 ASPECTOS AGRÍCOLAS

A busca constante pelo “desenvolvimento” agrícola, colocado como prioridade pelo governo, tem colocado em risco a biodiversidade de diversos locais. Muitas vezes por tomadas de decisões imediatistas não são observadas as especificidades dos ecossistemas e sua fragilidade, adotando-se práticas inapropriadas e que acabam por degradar o meio ambiente, prejudicando toda a biodiversidade e também a população.

Ademais, na avaliação de risco das atividades agrícolas em geral desconsidera-se a interligação entre os aspectos locais e sistemas ambientais mais amplos e complexos, focando-se apenas os fatores locais, o que também acaba por afetar os ecossistemas envolvidos, ameaçando-os.

A utilização e produção de organismos geneticamente modificados têm sido muito estimuladas nas atividades agrícolas. Diante da interligação entre os diversos sistemas e da adoção de práticas inadequadas, tais atividades podem gerar a perda da biodiversidade, o que afeta todos os sistemas dela dependentes e impossibilita sua utilização para diversos usos, alguns deles até mesmo ainda desconhecidos.

Dentre os diversos efeitos derivados do uso de organismos geneticamente modificados na agricultura, destaca-se: riscos de contaminação genética; rendimentos das colheitas inferiores aos das culturas convencionais; efeitos adversos em animais não alvo; contaminação do solo, com efeitos adversos

na microflora e fauna do solo, gerando implicações inclusive na fertilidade do solo; aparecimento de resistência a agrotóxicos, o que estimula o aumento de seu uso; surgimento de spp resistentes; aumento do consumo de água devido à necessidade de implantação de sistemas adicionais de manejo causado pela maior dependência dos organismos geneticamente modificados em relação aos aspectos climáticos de calor e seca; maior risco de necessidade de utilização de insumos adicionais, como fungicidas e inseticidas.⁸

A partir do conhecimento de que efeitos nocivos podem advir da utilização e produção de organismos geneticamente modificados nas atividades agrícolas, busca-se através da Lei 11.105/2005 regulamentar o controle e utilização de desses organismos com o fim de evitar danos e a disseminação de efeitos negativos.

2.7 ASPECTOS ECONÔMICOS

Da apropriação e uso dos recursos naturais advém a fonte de riqueza econômica da sociedade em que vivemos. Por esta razão, as práticas financeiras, políticas econômicas, demandas do mercado e os recursos naturais estão interligados.

Em relação à biotecnologia, em especial a utilização de um de seus usos - os organismos geneticamente modificados, muitos sustentam que eles podem trazer benefícios econômicos, enquanto outros advertem para riscos sociais, econômicos, culturais e ambientais a médio e longo prazos.

Aqueles que defendem seus benefícios argumentam que eles podem gerar o aumento da produtividade agrícola, o desenvolvimento de novos usos medicinais, o aumento da produção de tecidos, bem como benefícios na produção energética, nas indústrias químicas finas e nos processos antipoluição.

Do outro lado, aqueles que advertem para os seus riscos, destacam a possibilidade de contaminação de lavouras por sementes transgênicas, a contaminação de centros de origem, como o algodão no Brasil, assim como a redução e perda da biodiversidade e de toda a sua riqueza. Salientam que a perda da biodiversidade é imensurável, inclusive economicamente, pois além de se perder o que o homem já conhece, perde-se também a possibilidade de novas descobertas de espécies vegetais e animais, as quais poderiam ser usadas para a produção de remédios ainda desconhecidos.

Outras considerações feitas e com implicações econômicas referem-se à

necessidade de desenvolvimento de tecnologia para utilizar a biodiversidade e gerar benefícios e renda para os países. Sem investimento e uso de tecnologia avançada não há como aproveitar a diversidade de benefícios da biodiversidade.

Além disso, observa-se que a existência de patenteamento de genes por poucas e dominantes empresas de biotecnologia podem gerar o monopólio de poucos sobre patrimônio genético necessário para toda a humanidade.

Especificamente quanto à soja geneticamente modificada ainda questiona-se se o modelo de desenvolvimento baseado no estímulo ao plantio desse único produto é uma boa estratégia de negócio para o país. Cabe-se considerar os altos custos envolvidos com a produção e pagamento de patentes; as possíveis perdas de mercados que não aceitem produtos geneticamente modificados, como no caso da China em relação a produtos para consumo humano; além dos riscos envolvidos na agricultura, como a contaminação das lavouras; a dependência de empresas estrangeiras fornecedoras de sementes; e a perda da biodiversidade.

Diante de tantos argumentos, situações e possibilidades, ressalta-se a importância da promulgação da Lei 11.105/2005 na área econômica, pois as regulamentações, limites e liberações contidas na Lei recaem diretamente sobre interesses econômicos, principalmente no uso dos organismos geneticamente modificados na agricultura, em especial no cultivo da soja transgênica.

2.8 ASPECTOS SOCIAIS

A sociedade atual é marcada por uma enorme exclusão social, pelo crescimento populacional e aumento do consumo humano, superiores aos limites de suporte dos ambientes que sustentam as necessidades humanas, gerando uma distribuição desigual e degradação dos recursos naturais.

Nesse quadro, a biossegurança é assunto que afeta diretamente a sociedade, pois seus efeitos recaem inevitavelmente sobre a população, a qual pode ter sua própria sobrevivência afetada, a partir dos riscos ao ambiente, riscos à sua saúde, riscos econômicos.

A fome e a falta de água podem ser dois dos mais desastrosos efeitos decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais. A segurança alimentar da população, em relação aos organismos geneticamente modificados, pode ser seriamente ameaçada pelo domínio por poucas empresas transnacionais

das técnicas de cultivo de alimentos.

Por isso, a existência de controle, rigorosa legislação e fiscalização sobre as atividades que envolvem os organismos geneticamente modificados, além de constantes estudos e discussões públicas, participativas e transparentes sobre a matéria, com acesso à informação por parte da sociedade, visando adaptação das regras existentes aos interesses sociais são necessárias e fundamentais para que aconteça um efetivo controle social sobre assunto de tamanha importância e consequências e para que se evite o aumento da exclusão social.

2.9 ASPECTOS CULTURAIS

Durante muito tempo o homem se viu dissociado da natureza. Tratava-se de uma visão baseada no paradigma cartesiano mecanicista, na qual os recursos naturais eram vistos como bens a serem explorados, desvinculados da ação humana, desconsiderando-se a interdependência e inter-relação entre tais bens e os seres humanos.

Esse pensamento linear, fragmentado e analítico dificultou a compreensão clara das complexas intra e inter-relações entre o homem, a sociedade e a natureza. Como consequência dessa dissociação entre o homem e o meio ambiente ocorreram ações comportamentais humanas destruidoras dos recursos naturais e da natureza. Do mesmo modo, essa concepção do meio ambiente dissociado do homem contribuiu para o desenvolvimento de uma filosofia que legitima a exploração e o efeito destrutivo de nossa ação antrópica sobre a natureza e sobre o próprio homem.⁹

Também não se falava em equidade intergeracional, menosprezando-se o direito das futuras gerações a um meio ambiente equilibrado.

A partir da década de 70 surgiram novas discussões sobre o meio ambiente, seu significado e o aprofundamento de sua análise e aspectos. Disso surgiu a concepção do paradigma ambiental, em contraposição à visão compartimentada e mecanicista antiga. Por esta nova visão o meio ambiente passou a ser visto como um sistema interligado de relações e cooperação entre todos os seres vivos, a natureza e a sociedade.

A equidade intergeracional, por exemplo, necessária para o desenvolvimento sustentável, passou a ser trabalhada e defendida. No Brasil ganhou *status* constitucional expresso a partir da Constituição Federal de 1988.

Convém, assim, questionar em que estado de direito ambiental o planeta se encontra hoje, especialmente nos assuntos de biossegurança regulamentados através da Lei 11.105/2005 no Brasil. Cabe à sociedade analisar a adequação dos dispositivos promulgados, sua utilidade e capacidade de precaução, observando os limites éticos para a pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico aprovados.

Igualmente, destaca-se o acesso à informação como um aspecto de grande relevância e vital importância para a educação e cultura social. O direito à informação não é tratado com a seriedade que deveria. Pouco se sabe sobre o que se utiliza e ingere. Pouquíssimos cidadãos brasileiros sabem o que é biotecnologia, o que se conhece sobre o assunto, quais os efeitos comprovados de seu uso e quais os riscos desconhecidos. Os consumidores, por exemplo, não sabem a origem dos produtos que compram, se eles advêm de modificações genéticas ou não.

A rotulagem dos produtos ainda não funciona no país e nem foi regulamentada, apesar do art. 40 da Lei de Biossegurança dispor que “os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento”. O trabalho de divulgação dos fabricantes nacionais que fazem uso de soja geneticamente modificada tem sido feito pela sociedade civil através do Greenpeace.

Além disso, não são divulgadas quais as estratégias utilizadas pelas empresas de biotecnologia, não se informa sobre o pagamento de *royalties* pelas sementes patenteadas e sobre os custos envolvidos com a produção de organismos geneticamente modificados.

3. CONCLUSÃO

Os aspectos expostos evidenciam o papel do Brasil como portador de grande biodiversidade, sua responsabilidade de preservação do patrimônio existente e a importância da Lei 11.105/2005 para a segurança de toda essa riqueza natural, da sociedade e do meio ambiente como um todo.

Muitos são os riscos reais e potenciais da utilização de organismos geneticamente modificados tanto para uso humano como animal. Eles afetam a saúde e a sobrevivência humana, o meio ambiente e até mesmo o comércio internacional.

A própria soberania nacional é ameaçada ao se autorizar, através da Lei 11.105/2005, o cultivo e produção nacional de alimentos a partir de sementes geneticamente modificadas, cuja comercialização é dominada por fortes empresas transnacionais, considerando-se a possível dependência de tais instituições privadas e a condição do Brasil como grande banco de biodiversidade mundial.

Outrossim, a Lei de Biossegurança foi questionada judicialmente pelo Ministério Público Federal através da interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, por ferir o art. 23 da Constituição Federal ao atribuir competência à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) para “deliberar, em última e definitiva instância, sobre os casos em que a atividade é potencial ou efetivamente causadora de degradação ambiental, bem como sobre a necessidade do licenciamento ambiental” (art. 16, VII, § 3º da Lei 11.105/2005). Argumenta-se que este dispositivo fere a competência comum dos Estados e Municípios ao exigir que peçam autorização à União para aplicar os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81), como o licenciamento ambiental. Ademais, pontua-se que ao deixar a cargo de um órgão da administração federal, a CTNBio, a dispensa do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), a lei quebra o Sistema Nacional do Meio Ambiente e o processo de licenciamento ambiental, retirando do Ibama a competência para analisar as implicações da liberação do cultivo de sementes geneticamente modificadas e condicionando o licenciamento a um juízo prévio da CNTBio.

Por fim, salienta-se que para garantir efetivo controle social e educação da sociedade, faz-se premente e essencial maior transparência e acesso à informação em todos os níveis e segmentos sociais, desde produtores até consumidores.

BIOSAFETY LAW - LAW Nº 11.105/2005

Notas

¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 935.

² BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2005.

³ VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo

Horizonte: Del Rey, 2004. P. ix.

⁴ Id., p. 205.

⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Aspectos jurídicos da diversidade biológica*. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, Adcoas, ano II, vol. 12, p. 1619, abril/2002.

⁶ CHOMENKO, Luiza. *Texto básico 3: biodiversidade e biotecnologia*. 2005. Curso de Especialização em Direito Ambiental, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

⁷ CHOMENKO, Luiza. *Texto básico 3: biodiversidade e biotecnologia*. 2005. Curso de Especialização em Direito Ambiental, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

⁸ CHOMENKO, Luiza. *Texto básico 3: biodiversidade e biotecnologia*. 2005. Curso de Especialização em Direito Ambiental, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

⁹ LEITE, Ana Lúcia Tostes de Aquino; MININNI-MEDINA, Nana (coordenação-geral). *Educação ambiental: curso básico a distância: questões ambientais: conceitos, história, problemas e alternativas*. 2. ed. Brasília: MMA, 2001.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Aspectos jurídicos da diversidade biológica*. *Revista de direitos difusos*, São Paulo, Adcoas, ano II, vol. 12, abril/2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Coletânea de legislação de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2005.

CHOMENKO, Luiza. *Texto básico 3: biodiversidade e biotecnologia*. 2005. Curso de Especialização em Direito Ambiental, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

DIAS, Genebaldo Freire. *Iniciação à temática ambiental*. São Paulo: Gaia, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Mini Houaiss: dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEITE, Ana Lúcia Tostes de Aquino; MININNI-MEDINA, Nana (coordenação-geral). *Educação ambiental: curso básico a distância*:

questões ambientais: conceitos, história, problemas e alternativas. 2. ed. Brasília: MMA, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

A CONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE

Jamisson Francisco Souza Fonseca*

RESUMO: O Direito Constitucional Brasileiro consagra o direito à saúde como um direito fundamental que exige do Estado uma postura positiva, isto é, um *facere* para que garanta o mínimo existencial. Cediço que cabe ao Legislativo o dever de criar a legislação necessária para que Executivo ponha em prática as políticas públicas de satisfação das necessidades vitais do homem. No entanto, tem-se vislumbrado certa insuficiência na atuação desses poderes e uma indevida relativização do princípio da dignidade da pessoa humana sob o fundamento da “reserva do possível”. O não cumprimento por parte do Estado desse dever de promover, proteger e recuperar a saúde dos indivíduos tem ensejado, recentemente, uma calorosa discussão sobre a (im)possibilidade de o Poder Judiciário ser provocado para efetivar o direito à saúde, de modo a controlar as políticas públicas desta área. Existe dissenso acerca da constitucionalidade do controle judicial tanto na seara doutrinária, quanto na jurisprudencial. Obtempera-se, outrossim, os contornos originários e as nuances modernas do clássico princípio da separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional. Direitos fundamentais. Direito à saúde. Reserva do possível. Separação dos poderes.

1. INTRODUÇÃO

É diante da controvérsia existente, tanto no plano doutrinário quanto no jurisprudencial, acerca da (im)possibilidade de o Poder Judiciário poder controlar as políticas públicas da saúde, que surge este trabalho com o intuito de colaborar para a formação de um posicionamento constitucionalmente acertado.

Para tanto, levam-se em consideração as regras consignadas na atual

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduando do Curso de Especialização Telepresencial de “Direito do Estado” – Universidade Anhuera-Uniderp – Rede LFG, Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Carta Política Brasileira, lições doutrinárias pátrias e estrangeiras, além de manifestações jurisprudenciais sobre o tema.

Como primeiro pilar, será brevemente analisada a Teoria Geral da Constituição e dos Direitos Fundamentais, passando por tópicos como a supremacia constitucional e a sua força normativa, as fases do constitucionalismo, os destinatários dos direitos fundamentais e a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Como segundo, observar-se-á o tratamento constitucional dado ao Direito à Saúde e à aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

Como terceiro, por sua vez, serão ponderadas as razões que autorizam o controle judicial das políticas públicas da saúde e apresentada uma proposta de releitura do clássico princípio da separação dos poderes.

No que tange ao método de abordagem, foi utilizado o lógico-argumentativo, no qual se formulam os argumentos fundamentados nas fontes utilizadas, até se chegar à conclusão lógica almejada pelo trabalho.

Quanto à técnica de pesquisa, foram utilizadas fontes primárias e secundárias, quais sejam: dispositivos constitucionais e legais, livros, artigos de revistas científicas de Direito e jurisprudências.

2. TEORIA GERAL DA CONSTITUIÇÃO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Vislumbra-se, nos mais variados sistemas normativos contemporâneos, uma pluralidade de normas jurídicas que se distinguem umas das outras de acordo com o critério adotado (órgão competente para sua elaboração, grau de hierarquia, matéria disciplinada, natureza de suas disposições, etc.). Dentre todas elas, destacam-se, em razão de sua importância, as constitucionais que, por sua vez, também são classificadas em diferentes grupos e subgrupos, com evidência para as consagradas dos direitos fundamentais.

2.2 CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo, entendido como movimento político-social em busca da limitação do poder absoluto do governo (CUNHA JÚNIOR,

2008, p. 29-30), tem origem na antiguidade clássica, mais precisamente no Estado Teocrático dos Hebreus. Desde então, essa ideologia limitadora passou por várias fases até chegar ao atual estágio.

Observando os variados fenômenos políticos pelos quais passou o constitucionalismo, J. J. Gomes Canotilho (1997, p. 48) identificou duas fases: o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno, tendo como acontecimentos de transição a edição das constituições escritas dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791).

Canotilho (1997, p. 48) aduz que o constitucionalismo moderno designa o movimento político, social e cultural que, principalmente a partir do século XVIII, questiona, nos planos político, filosófico e jurídico, os esquemas tradicionais de domínio político, além de sugerir uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

O constitucionalismo antigo, por exclusão, consiste em todo esquema de organização político-jurídica que precedeu o constitucionalismo moderno, marcado por uma noção restrita de constituição, pelo fato de ela não ser escrita, de não prever sanção para os príncipes que desrespeitassem os direitos de seus súditos e de não vincular a todos¹ (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 31-32).

No constitucionalismo moderno, as constituições apresentam-se de forma escrita e rígida, manifestando-se como norma suprema e fundamental porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constituem fundamento de validade que só podem ser modificadas por procedimentos especiais e solenes previstos em seus próprios textos.

Sucedeu que, com a eclosão das Grandes Guerras Mundiais e com a alteração dos cenários econômico e social então existentes, houve uma profunda mudança no constitucionalismo moderno consistente no abandono das ideias liberais para se exigir do Estado uma postura social e intervencionista, de forma que as constituições começaram a tratar dos direitos sociais e econômicos em seu bojo normativo.

A partir de então, vislumbrou-se a metamorfose da Constituição de Garantia do Estado Liberal para a Constituição Social típica do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

2.3 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E SUA FORÇA NORMATIVA

A ideia da supremacia da Constituição provém da constatação de que

ela é soberana, hegemônica e superior no ordenamento jurídico.

Importa ressaltar que essa hegemonia constitucional ocorre em dois diferentes aspectos: no material e no formal (BULOS, 2007, p. 55-56). Neste, à luz da clássica teoria do escalonamento da ordem jurídica de Hans Kelsen, consiste no fundamento supremo de validade de todas as normas jurídicas, representando o escalão de Direito Positivo mais elevado (KELSEN, 2000, p. 247).

A supremacia material remonta à profunda alteração do constitucionalismo moderno ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, quando surgiu, na Europa, um movimento intitulado de Neoconstitucionalismo, responsável por reconhecer a supremacia axiológica da Constituição de forma que o seu conteúdo passou a servir de condicionante de validade e de compreensão de todo o Direito. Desta forma, o verdadeiro acatamento à superioridade dos preceitos constitucionais passava a também depender da realização prática da Constituição (BULOS, 2007, p. 56).

Com o Novo Direito Constitucional, verificou-se a mudança do antigo paradigma do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, de forma que a Constituição, numa acepção puramente axiológica, saía da periferia dos ordenamentos jurídicos para ocupar papel de destaque com toda a sua força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Ademais, foi a partir deste momento que valores sociais foram associados às normas jurídicas, possibilitando a reaproximação entre o Direito e a Ética, a Moral e a Justiça, visto que para serem válidas já não bastava a simples edição pela autoridade competente, mas também a compatibilidade com a matéria disciplinada na Constituição.

No Brasil, a Magna Carta de 1988 é soberana tanto no aspecto formal² quanto no material, dispondo do mecanismo conhecido como Controle de Constitucionalidade para averiguar eventual incompatibilidade das normas infraconstitucionais com as suas disposições.

Relacionada à supremacia constitucional, encontra-se a sua força normativa, ou seja, a energia vital que lhe confere efetividade social. Trata-se de um atributo *in fieri*, ou seja, intrínseco, que só se concretizará quando o intérprete-aplicador conseguir adaptar o seu texto a uma série de fatores naturais³ (BULOS, 2007, p. 57).

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Precisar seu conceito tem se mostrado tarefa árdua em virtude das constantes mutações pelas quais esses direitos passam para acompanhar a evolução da sociedade a que pertencem. Trilhando essas pegadas, sugere Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 522), independentemente do conceito dado, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como norte a ser sempre observado, uma vez que se trata de critério unificador de todos os direitos fundamentais.

Ainda em virtude desse núcleo comum, não se pode olvidar que todos os direitos fundamentais também são normas-princípios visto que, juntos, concretizam o respeito à dignidade humana, conferindo-lhe maior densidade semântica.

Em síntese, são considerados fundamentais por serem imprescindíveis à existência digna e livre e à convivência com outros homens - dimensão subjetiva - e por servirem como parâmetro de modelo de Estado, constituindo-se em seus pilares ético-político-jurídicos, além de impor limitações à atuação estatal - dimensão objetiva.

2.5 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cumprir destacar que as normas constitucionais estão voltadas primeiramente para o próprio Estado, isto é, para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, vez que somente estes podem efetivá-los quando da aplicação dos dispositivos nos casos concretos. Sendo que somente a partir da etapa da concretização é que o povo passa a ser destinatário da Constituição. Daí falar-se que estes são os receptores indiretos, secundários ou mediatos dos direitos fundamentais, enquanto que aqueles são os diretos, primeiros ou imediatos (BULOS, 2007, p. 407-408).

Nessa quadra, sobrepõe advertir que o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não deve ser interpretado literalmente, sob pena de se concluir, de forma equivocada, que apenas os brasileiros (natos ou naturalizados) e os estrangeiros residentes no Brasil são destinatários mediatos dos direitos fundamentais, excluindo-se os estrangeiros de passagem pelo país e as pessoas jurídicas.

Não é esta, entretanto, a conclusão a que se chega quando se realiza uma interpretação sistemática de toda a constituição, mormente à luz do

princípio da dignidade humana. Logo, tanto os estrangeiros não-residentes, quanto os apátridas podem se valer dos direitos fundamentais consignados em nossa *Lex Mater*.

As pessoas jurídicas igualmente são destinatárias dos direitos e garantias fundamentais, ressaltando-se, neste caso, alguns direitos em razão de sua própria natureza. Exemplifica-se: não se concebe a ideia de uma empresa impetrar *Habeas Corpus* em seu benefício; todavia, nada obsta que essa mesma pessoa ingresse com um Mandado de Segurança (BULOS, 2007, p. 409-410).

2.6 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

No Brasil, comumente se traz à baila a Classificação Tricotômica de José Afonso da Silva (2008, p. 86), segundo a qual não há norma constitucional destituída de imperatividade e eficácia. Assim, se todas elas possuem eficácia, o critério diferenciador consiste tão somente nos diferentes graus de seus efeitos jurídicos.

Deste modo, as normas constitucionais agrupam-se nas seguintes categorias: Normas Constitucionais de Eficácia Plena, Normas Constitucionais de Eficácia Contida e Normas Constitucionais de Eficácia Limitada ou Reduzida.

As primeiras devem ser entendidas como aquelas que possuem todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta, são as que produzem, ou que têm possibilidades de produzir, todos os seus efeitos desde quando entrarem em vigor. Tratam-se de normas suficientes em si cuja aplicabilidade é imediata, direta e integral (SILVA, p. 92-96).

As segundas são normas que não necessitam de lei integrativa ulterior para fazer incidir os seus efeitos. No entanto, admitem a restrição de sua eficácia tanto por conceitos indeterminados (exemplos: ordem pública, bons costumes, segurança nacional) quanto por atuação do legislador ordinário. Daí falar-se que são normas de aplicabilidade imediata, direta, mas não integral. (SILVA, 2008, p. 96-99)

Por fim, as Normas Constitucionais de Eficácia Limitada ou Reduzida consistem em normas que exigem intervenção legislativa ordinária para complementação do seu conteúdo e possibilitar o surgimento dos efeitos desejados pelo constituinte. São normas de aplicabilidade mediata, indireta

e reduzida em razão na imprescindibilidade de normatividade ulterior que lhes devolva a eficácia (SILVA, 2008, p. 105-109).

Esta terceira categoria de normas constitucionais divide-se em dois grupos, a saber: (i) normas definidoras de princípio organizativo ou instutivo, “através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo mediante lei” (SILVA, 2008, 119); (ii) normas de princípios programáticos, que são “aquelas em que foram traçados princípios a serem obedecidos pelos órgãos estatais, como programas, visando à realização e persecução dos fins sociais pelo Estado” (MACHADO, 2005, p. 91), elas revelam, pois, “um compromisso entre as forças liberais tradicionais e as reivindicações populares de justiça social” (SILVA, 2008, p. 130).

3. DO DIREITO À SAÚDE

3.1 DA ORDEM SOCIAL

Como já afirmado alhures, a ordem social somente passou a integrar os textos constitucionais com o término da Primeira Guerra Mundial e com o surgimento do Estado Social, prevendo, com fundamento nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, inúmeros direitos sociais como forma de se resolver as profundas desigualdades sociais existentes.

Cediço que esses direitos têm como objeto um *facere* permanente por parte do Estado consistente em prestações positivas em prol dos indivíduos, garantindo-lhes o mínimo existencial⁴ de recursos indispensáveis para uma existência digna, o que se dá através das políticas públicas⁵. É neste ponto que eles diferem dos direitos de defesa, haja vista que estes se caracterizam, de forma genérica, pelo *non facere* do Estado para proteger os particulares das investidas abusivas dos órgãos estatais.

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 695-696):

Os direitos sociais, em suma, são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o

efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

3.2 DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde surge como consequência direta do direito à vida, que deve ser compreendido não apenas como o direito de nascer, mas também o de continuar vivo e com dignidade. É neste íterim que Uadi Lammêgo Buló (2007, p. 1280-1281) aduz que a saúde “é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças”.

Atentos a sua importância, os constituintes de 1988 foram os primeiros, na história do constitucionalismo pátrio, a constitucionalizar a saúde, elevando-a a condição de direito fundamental. Neste sentido, o art. 196 da atual Magna Carta reza que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Assim, não restam dúvidas de que é do Estado Social a obrigação de proporcionar ao indivíduo os recursos necessários à garantia de um padrão mínimo de satisfação das necessidades pessoais, de forma a garantir-lhe uma existência saudável e digna.

Para a efetivação deste direito, bem como de todos os outros direitos sociais, faz-se mister o cumprimento de prestações negativas (abstenção do Estado em praticar atos obstaculizadores para o pleno exercício do direito) e positivas (medidas preventivas ou paliativas adotadas para combate e tratamento de doenças) por parte do Poder Público (BULOS, 2007, p. 1281).

Ressalta-se que quando a Constituição determina que a saúde é dever do Estado, ela se refere ao Estado Brasileiro *lato sensu* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e não apenas aos Estados-membros da Federação.

Tanto assim que o próprio texto constitucional prevê que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único organizado de acordo com as diretrizes: (i) da descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) do

atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (iii) da participação da comunidade (art. 198, CF/88). Evidente, portanto, “o caráter de direito social individual, de um lado, e de direito social coletivo, de outro” (SILVA, 2008, p. 831).

No que tange à formulação e execução de políticas públicas de saúde, a Constituição atribuiu competência comum à União (através do Ministério da Saúde), aos Estados (mediante as Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes) e aos Municípios (por suas Secretarias de Saúde ou entidade correspondente). Isto implica na possibilidade de os três entes que compõem a federação brasileira poderem formular e executar políticas de saúde (art. 23, II, CF/88).

3.3 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Carta Política Brasileira preceitua que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), restando perquirir, no momento, se a referida disposição é aplicável apenas aos direitos elencados no art. 5º ou a todos os presentes na Constituição.

Esclarece a doutrina que a localização topográfica sugere, à primeira vista, que seu destino é somente aos direitos previstos no referido dispositivo, mas, em seguida, adverte que esta não é a melhor hermenêutica, haja vista que uma interpretação sistemática e teleológica leva à conclusão de que “o constituinte não pretendeu excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais”, (SARLET, 2007, p. 275).

No que atine ao grau eficaz dessas normas, doutrina e jurisprudência são pacíficas ao afirmar a necessidade de um estudo mais aprofundado do tema, indicando, para tanto, observância às funções desempenhadas por esses direitos. Neste contexto, de vital importância a classificação em direitos prestacionais e direitos de defesa.

Os direitos de defesa têm por objeto uma conduta negativa do Estado consistente em determinar que seus destinatários (poderes estatais e particulares) se abstenham de intervir na esfera da autonomia pessoal de cada indivíduo. São integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantias, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral.

Os direitos prestacionais, por sua vez, reclamam uma conduta positiva do Estado tanto para que se criem e sejam postas à disposição dos indivíduos

as prestações que constituem o seu objeto, como também para implementar as condições que possibilitem o seu efetivo exercício. A finalidade é uma só: realizar a igualdade material, garantido a participação do povo na redistribuição pública de bens e materiais.

Em razão de os direitos prestacionais causarem maiores repercussões econômico-financeiras em sua concretização, é que há quem, a exemplo de Canotilho, fortemente inspirado no Direito Germânico, defenda que a eficácia e efetivação dos direitos sociais prestacionais está condicionada a uma “reserva do possível”, apontando a dependência à disponibilidade financeira do Estado (KRELL, 2000, p. 40).

O que se faz necessário advertir é a inviabilidade de se importar um instituto jurídico do direito estrangeiro sem que ele se adapte às condições culturais, econômicas, históricas e políticas pátrias. Destarte, se na Alemanha a cláusula da reserva do possível é compreendida como “aquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2000, p. 41), qual seria, então, o seu significado considerando a realidade brasileira?

A respeito do tema, Andreas Krell (2002, p. 107-109) que é alemão e que conhece bem a realidade do Estado Brasileiro, onde vive desde 1993, é preciso quando enfatiza que:

Vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar o maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como ‘mandados’, ‘diretrizes’ ou ‘fins do Estado’, mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais. Afirmam que – seguindo a ‘linha alemã’ – seria teoricamente impossível construir direitos públicos subjetivos a partir de direitos sociais e que o Poder Judiciário não estaria legitimado para tomar decisões sobre determinados benefícios individuais. Essa interpretação é duvidosa e, na verdade, não corresponde às exigências de um Direito Constitucional Comparado produtivo e cientificamente coerente. Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem. [...] Devemos nos lembrar também

que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram os seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente *excluídos*. Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar a sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de ‘assistência social’ que recebem, etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta de condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).

O posicionamento de Andreas Krell não é isolado, outros estudiosos do tema como, por exemplo, Dirley da Cunha Júnior⁶, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, Flávia Moreira Guimarães Pessoa e Clara Cardoso Machado⁷, comungam do mesmo entendimento, segundo o qual a reserva do possível não se constitui em um limite válido para a não efetivação dos direitos sociais prestacionais, visto que não foi esta a vontade do constituinte e também pelo fato de ir de encontro aos ideais do Estado do Bem-Estar Social.

Em se tratando do direito à saúde, há de se atentar para o fato de ele ser decorrência do direito à vida e que ao Estado é vedada a prática de qualquer ato tendente a tirar a vida dos indivíduos (caráter negativo), também é imposto a ele o dever de proteger a vida humana (caráter positivo), já que “esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental ou não)” (SARLET, 2007, p. 373).

Considerando a magnitude do direito à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 346) afiança que:

A mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea *a*). Cumpre lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.

Com efeito, considerando o princípio da máxima efetividade da Constituição, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que o art. 5º, § 1º de nossa Constituição Federal também é aplicável aos direitos sociais prestacionais, mormente ao direito à saúde, independentemente de seu grau de eficácia e de qualquer intermediação concretizadora, lembrando ser este o entendimento da jurisprudência moderna⁹. (MACHADO; PESSOA, 2008, p. 1).

4. DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE

4.1 DA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Considerando que as normas constitucionais são dotadas do atributo da imperatividade e desprovidas de cunho meramente sugestivo e/ou

recomendativo, tem-se que, se descumpridas, por ação ou por omissão, causam violação e exigem do próprio sistema constitucional e/ou do infraconstitucional meios para prover a tutela do direito ou do bem jurídico afetado, além da restauração da ordem jurídica.

Nesta senda, de bom alvitre relembrar o conteúdo do art. 196 de nossa Magna Carta:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Interpretando o dispositivo, facilmente perceptível, como já afirmado anteriormente, que é obrigação do Estado promover, proteger e recuperar a saúde.

Com referência à amplitude e ao significado do termo Estado ali consignado, José Afonso da Silva (2008, p. 831) assevera que a referida palavra expressa tanto a ideia do Estado Brasileiro num sentido amplo para designar a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, quanto a de que esse dever é atribuído aos três Poderes estatais, ou seja, ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário.

Estabelecida a competência do Judiciário, insta salientar que sua atuação não deve ocorrer em termos absolutos, tanto assim que ela recebe severas críticas da doutrina e da jurisprudência. Sobre o tema, Luiz Roberto Barroso (2009) suscita algumas objeções à judicialização excessiva.

A primeira delas tem fundamento no mesmo art. 196 de nossa *Lex Maxima* e consiste na ideia de que a referida norma foi positivada de forma programática, isto é, para ser efetivada mediante políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais, o que condicionaria a atuação do Judiciário à mediação legislativa.

A segunda diz respeito à inadequação de se atribuir o problema a uma questão meramente hermenêutica, visto que se trata, antes de tudo, de questões institucionais. Assim, se é conferido ao Poder Executivo avaliar a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde, bem como a tomada de decisões, em razão de sua visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem supridas, não incuberia ao Judiciário

modificar a “alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988” (BARROSO, 2009).

A terceira objeção atine à legitimidade democrática. Considerando que os recursos públicos têm origem nos impostos pagos pelo povo e considerando que o poder do povo é exercido indiretamente por seus representantes, apenas aos poderes Executivo e Legislativo é que competiria decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos, visto que somente eles são legitimados pelo voto popular. Desta forma, pode o povo preferir priorizar medidas preventivas ao invés de curativas.

A quarta censura é referente à questão financeira, que encontra no fato de as receitas públicas estarem aquém das demandas sociais o seu grande argumento. Assim, em razão de os recursos públicos serem insuficientes para atender todas as necessidades sociais, impõe-se ao Estado a difícil tarefa de decidir quais necessidades terão prioridade, haja vista que investir recursos em um determinado setor sempre implica em deixar de investi-los em outros. Luiz Roberto Barroso assevera ainda que essa linha de argumentação era a que predominava antigamente, citando a título exemplificativo um julgado¹⁰ do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro dos anos 90.

Outra crítica que se faz concerne às decisões judiciais que provocam desorganização da Administração Pública e isto porque toda vez que uma determinação judicial impõe o cumprimento de uma obrigação de fazer com repercussões econômicas, a exemplo do fornecimento de medicamento, o Governo deixa de continuar atendendo um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Ponderando, ainda, que a jurisprudência brasileira se apoia, na maioria das vezes, em casos individuais, enquanto que a dimensão dos problemas é coletiva.

Dentre outras, cita-se, por fim, aquela que defende que os gastos com a recuperação da saúde, a exemplo dos resultantes da distribuição de medicamentos, são significativamente superiores a aqueles que se destinariam a prevenir doenças, *u. g.* as políticas de saneamento básico¹¹ e de construção de redes de água potável, e que as decisões judiciais que determinam a imediata efetivação do direito à saúde “privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública” (BARROSO, 2009).

Elencadas as principais críticas, demonstrar-se-á, ao longo deste capítulo, que elas não merecem ser agasalhadas em termos absolutos.

Cediço que, no plano do dever-ser, a implementação de políticas públicas cabe ao Poder Executivo, que agirá conforme os critérios da conveniência e oportunidade nas suas escolhas; já ao Legislativo, por seu turno, incumbe a missão a concretizar as normas constitucionais, tornando possível a fruição dos direitos fundamentais pelos indivíduos (SILVA, 2007, p. 22-23).

Todavia, tem-se notado, no plano do ser, que o direito à saúde, além de alguns outros direitos sociais previstos na Constituição (a exemplo da moradia, da educação, da segurança e do trabalho), não é devidamente regulamentado pelo Legislativo de forma a assegurar sua concretização e, tampouco, efetivado de forma satisfatória pelo Executivo (REINA).

Diante de tal situação, surge o Judiciário como a última alternativa capaz de preencher tais omissões para aqueles que são privados do exercício de seus direitos e como único meio de se evitar que os dispositivos constitucionais garantidores de direitos fundamentais se tornem “letras mortas” (CARDOSO, 2009, p. 48). Tanto assim que Ana Cristina de Monteiro de Andrade Silva (2007, p. 22) afirmou que se deixarmos “somente ao encargo do Executivo a justificativa para a escassez dos recursos e conseqüentemente para a impossibilidade de atendimento ao pleito dos cidadãos, reduziremos a eficácia dos direitos fundamentais a quase nada e relegaremos ao Judiciário um papel de mero expectador das mazelas nacionais, o que não é desejável”.

Logo, quando o processo político (Legislativo, Executivo) falhar ou se omitir na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, caberá ao Poder Judiciário, se provocado, a adoção de mecanismos para realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços sociais básicos (KRELL, 2000, p. 56).

De mais a mais, salienta-se que “qualquer ação do Poder Público ou de particulares que viole o direito à saúde é, em princípio, inconstitucional e pode ser objeto de demanda judicial individual ou coletiva em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade” (SILVA, 2007, p. 16).

Nestas circunstâncias, de destaque o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, de nossa Carta Política, que garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, isto é, basta a plausibilidade da ameaça ao direito para obrigar o Poder Judiciário a efetivar o pedido de prestação jurisdicional, ainda que se trate de questão política, desde que pleiteado regularmente

pela parte reclamante (MORAES, 2007, p. 72; REINA).

Com efeito, o Poder Judiciário, quando provocado, indubitavelmente possui legitimidade para concretizar direitos fundamentais. Aliás, enfatiza-se que negar competência ao Judiciário para intervir nas questões de políticas públicas implicaria em negar a preservação dos direitos daqueles que são desprovidos de acesso ao processo político, o que parece não se coadunar com o Perfil do Estado do Bem-Estar Social (SILVA, 2007, p 20).

Inobstante, relembra-se que os órgãos de cúpula do Judiciário são integrados pela vontade tanto do Executivo quanto do Legislativo (os ministros dos tribunais superiores, *verbi gratia*, são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, nos termos dos arts. 101 e 104 de nossa Constituição), sendo a eles, portanto, conferido considerável grau de representatividade (SILVA, 2007, p. 20).

Além disso, destaca-se que aos magistrados são asseguradas prerrogativas para proporcionar a independência em seus julgamentos, os quais, por força do art. 93, IX¹², da Constituição Federal, devem ser sempre motivados de forma racional e lógica, o que destoa das deliberações puramente políticas dos outros dois poderes. Como se não bastasse, as decisões judiciais, em sua imensa maioria, podem ser revistas por órgãos superiores, o que garante a correção de eventuais erros (SILVA, 2007, p. 20).

O que se tem vislumbrado através dos julgados do Supremo Tribunal Federal¹³ e do Superior Tribunal de Justiça¹⁴, é que os Ministros têm se inclinado favoravelmente à possibilidade de o Poder Judiciário outorgar prestações positivas através da jurisdição.

De fato, a nossa *Lex Mater* não atribuiu ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão somente o poder de impor a execução daquelas já estabelecidas em seu próprio texto e na legislação ordinária. Assim, “o juiz deixa de ser um funcionário estatal para se transformar em uma expressão originária do Poder Estatal” (SILVA, 2007, p. 20).

No caso de insuficiência de recursos, Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva (2007, p. 20) comunga do entendimento jurisprudencial de que eles devem ser retirados de outras áreas, a exemplo das verbas destinadas a propagandas, ao patrocínio de festividades públicas¹⁵ e até mesmo ao transporte, ao fomento econômico, cuja aplicação não está diretamente ligada aos direitos essenciais do homem: vida, integridade física e saúde. A razão é simples: “o direito a saúde deve ser priorizado pelo Estado, vez que é *conditio sine qua non* para a cidadania” (PESSOA; MACHADO, 2008, p. 1).

Quanto à alegação de que o controle judicial privaria a Administração Pública de sua capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa, insta enfatizar que a atuação judicial é subsidiária, ocorrendo apenas quando os outros dois poderes demonstrarem, por si mesmos, suas incapacidades para gerir os recursos públicos e satisfazer o direito vital dos cidadãos da forma almejada pela carta política.

Por conseguinte, não resta outra alternativa senão revisar o dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado social, bem como reinterpretar a “cláusula da reserva do possível” e a discricionariedade administrativa, visto que os poderes Legislativo e Executivo têm se mostrado, por diversas vezes, incapazes de garantir satisfatoriamente o cumprimento dos respectivos preceitos constitucionais (SILVA, 2007, p. 16-17; PESSOA; MACHADO, 2008, p. 1).

4.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Numa retrospectiva histórica, constata-se que a Teoria da Separação dos Poderes, cuja ideia central consiste nas premissas de que o homem investido no poder tende a dele abusar e que o poder só pode ser limitado por outro poder, possui matriz nas obras *A Política* de Aristóteles, *Two Treatises of Government* do inglês John Locke e, posteriormente, na *De L'esprit des Loix* do francês Montesquieu, quando, então, assumiu os contornos hoje conhecidos.

Considerando o contexto histórico em que foi criada a teoria da separação das funções estatais de forma sistematizada, mais precisamente o absolutismo europeu do século XVIII, verifica-se que ela foi elaborada em “sentido forte”¹⁶. Todavia, nos dias atuais, são necessários temperamentos e ajustes para que possa ser compreendida de forma constitucionalmente adequada. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008. p. 156)

Nesta senda, há de se notar que o princípio da Separação dos Poderes, na atual ordem constitucional pátria, constitui-se em fundamento da República Federativa do Brasil e em cláusula pétrea, estando expressamente assentado no art. 2º (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”) e protegido no art. 60, § 4º, inciso III (“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação dos Poderes”), de nossa *Lex Mater*.

Ao preceituar que os três poderes são harmônicos entre si, nada mais

almejou a constituição que garantir a cortesia e o trato respeitoso entre eles, mesmo nos casos em que houvesse a necessidade de interferências de um nos demais para garantir os freios e contrapesos.

Igualmente, a independência entre os poderes não significa a exclusividade no exercício das funções que a cada um foram atribuídas, mas sim a predominância no seu desempenho. Daí falar-se em funções típicas como aquelas inerentes de cada órgão e atípicas (impróprias, secundárias ou subsidiárias) como as garantidoras de sua própria autonomia e independência.

Assim, o Poder Judiciário tem como função própria a de julgar (aplicando a lei de forma autoritária para pacificação de conflitos concretos, intersubjetivos e litigiosos) e como atípicas, *verbi gratia*, a de legislar os regimentos internos dos tribunais e a de administrar seus próprios órgãos, serviços e servidores.

Desse controle mútuo entre os poderes, verifica-se a intenção dos constituintes em evitar a instauração de instâncias hegemônicas de poder, em alcançar e manter o equilíbrio entre as funções estatais, assim como a de propiciar uma convivência harmônica entre elas. Para José Afonso da Silva (2008, p. 117), essas interferências mútuas visam “ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.

Destarte, as funções estão longe de ser exclusivas do Poder respectivo, podendo cada um deles exercer função que originariamente pertence aos demais. Logo, resta evidente a imprudência de se manter, nos dias atuais, a separação dos poderes de forma absoluta (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 508).

A fim de sanar eventuais dúvidas, assevera-se que somente haveria violação ao princípio da separação dos poderes, se o Judiciário pudesse criar a legislação e aplicá-la sem que nenhum outro Poder pudesse controlar essa atividade, o que, na realidade, não ocorre.

A respeito da necessidade de revisão da clássica doutrina da separação dos poderes para melhor ajuste às novas tendências e exigências dos sistemas jurídicos, obtempera Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 510):

Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação de Poderes articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da

aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente dirigente de nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-Estar, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetros ou vetores guias para a interpretação dos fenômenos jurídicos-constitucionais. É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma do novo Estado do Bem-Estado Social, uma nova leitura sobre o vetusto dogma da separação dos Poderes, a fim de que ele não produza, com sua força simbólica – como lamentavelmente vem produzindo – um efeito paralisante às reivindicações da sociedade moderna, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido [...].

Por conseguinte, o que se pode inferir deste princípio concreto é uma relação de coordenação ou colaboração entre os Poderes, haja vista que somente uma doutrina da separação dos poderes de forma relativa é que se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o espírito do atual Estado Constitucional Social e Democrático de Direito (ANDRADE SILVA, 2007, p. 16-17; CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 508-509; KRELL, 2000, p. 52-55).

5. CONCLUSÃO

Os direitos sociais, considerados como uma espécie dos direitos fundamentais, surgem como forma de amenizar as desigualdades existentes, outorgando aos indivíduos o direito de exigir do Estado uma postura ativa para que ele crie e coloque a sua disposição as prestações necessárias para permitir o efetivo exercício das liberdades fundamentais e possibilitar a realização da igualdade de situações sociais distintas, além de proporcionar

melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais, concretizando o princípio da dignidade humana.

É neste esteio que a atual Carta Política Brasileira ganha relevo ao afirmar que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), além de trazer em seu próprio bojo normativo os parâmetros e diretrizes que devem regular as ações políticas dos administradores e dos legisladores na concretização desse direito vital (art. 198), que se dá, no plano fático, mediante as políticas públicas voltadas para a prevenção, tratamento e recuperação do estado de higidez do homem.

A despeito da clareza do comando constitucional, o Estado tem tentado se desincumbir dessa tarefa alegando, principalmente, a insuficiência de recursos financeiros, apegando-se a “teoria da reserva do possível” para tentar justificar a sua postura inativa. Ocorre que esses fundamentos não prosperam em virtude de esta não ter sido a vontade do constituinte e também em razão de sua incompatibilidade com os ideais do Estado do Bem-Estar Social.

Diante desta situação, é que surge o Judiciário para corrigir as omissões dos outros poderes e para efetivar o direito à saúde, controlando as políticas públicas a fim de resguardar o mínimo de uma existência digna não passível de mitigações: a saúde.

Não obstante, ainda há quem alegue que a atuação do Judiciário fere o princípio da separação dos poderes, uma vez que se estaria invadindo a esfera de competências dos outros poderes. Por conta disto, procedeu-se a uma detalhada análise deste princípio para se demonstrar a necessidade de sua releitura de modo que se admitam temperamentos e que não se desprezem as circunstâncias atuais, concluindo por uma separação relativa em que os controles recíprocos objetivam a colaboração entre os três poderes.

Logo, constatada a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário pode, se provocado, concretizar o direito à saúde, atendendo ao fundamento positivado no inciso III do artigo 1º da *Lex Maxima*, a saber: a dignidade da pessoa humana.

THE CONSTITUTIONALITY OF JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC HEALTH POLICIES

ABSTRACT: Brazilian Constitutional Law devotes to the health right, that requires an active posture from the State, in other words, it has to do

to assure the minimum existential. It is known Legislative obligation is to create the necessary legislation to Executive practice the public politics to satisfy man vital necessities. Nonetheless, is it realized that certain insufficient in performing these powers and the inadequate relativization oh human being dignity principle is under the basis of “possible ressources”. When what was mentioned is not accomplished by the State, this obligation to promote, to protect and to recover individual health has recently caused an enthusiastic discussion the (im)possibility of Judiciary can be provoked to effect the health right as well as to control public politics of this area. There are multiple views about the judicial control of constitutionality as much as doctrine field as in the jurisprudence field. It is considered, therefore, the original lines and the modern subtles of the classical principle of power separation.

KEYWORDS: Constitutional law. Essential rights. Health right. Possible ressources. Power separation.

Notas

¹ A exemplo dos Paramentos que, inclusive, podiam facilmente proceder a sua alteração pelas vias ordinárias sem dificuldades.

² A supremacia das Constituições emana do princípio da rigidez constitucional, isto é, na imposição de um procedimento solene e dificultoso para alteração de suas normas (Bulos, 2007, p. 55).

³ Fatores de ordem política, econômica, cultural, social, ética, religiosa, etc.

⁴ Expressão também conhecida como “mínimo vital” ou “mínimo social” utilizada para designar a ideia da quantidade mínima de recursos indispensáveis para a satisfação das necessidades pessoais.

⁵ Conjunto de ações afirmativas desenvolvidas pela máquina do Estado (programas, projetos, regulamentações, leis e normas, princípios e diretrizes) com o objetivo de oferecer respostas às necessidades e demandas de alguns setores da sociedade (FILHO; NOBRE, 2009, p. 219).

⁶ “Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pupulam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamento do tipo *reserva do possível* [...] Os problemas de ‘caixa’ não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero”. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 716-717)

⁷ Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (CELSE DE MELLO na decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF em 29.04.2004)

⁸ “Impende salientar que se infere da interpretação da Constituição da República a obrigação dos órgãos estatais e agentes políticos de maximizar os recursos e minimizar os impactos da “reserva do possível”, a fim de otimizar a plena efetividade dos direitos sociais prestacionais, seguindo, assim, as diretrizes estabelecidas pelo poder constituinte.” (MACHADO; PESSOA, 2008, p.1)

⁹ PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. (STF. RE 271286 AgR/RS - RIO GRANDE DO SUL. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 12/09/2000. Órgão Julgador: Segunda Turma).

AGRAVO INTERNO. RECURSOS DE APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E FRALDAS DESCARTÁVEIS. DEVER DO ENTE PÚBLICO, CONSOANTE A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA AO ASSEGURAR O DIREITO À VIDA E O DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIAS FUNDAMENTAIS, DE ACORDO COM A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (ART. 196 DA CF/88). AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (Agrav. Nº 70041915786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 11/05/2011)

¹⁰ Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença. (TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel. Des. Carpena Amorim)

¹¹ Segundo Luiz Roberto Barroso, o Estado do Rio de Janeiro gastou R\$ 240.621.568,00 (duzentos e quarenta milhões, seiscentos e vinte e um mil reais e quinhentos e sessenta e oito reais) com os programas de Assistência Farmacêutica, montante bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 (cento e dois milhões, novecentos e sessenta mil e duzentos e setenta e seis reais) que foram investidos em saneamento básico.

¹² “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” (art. 93, IX, CF/88)

¹³ PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)

¹⁴ Constitucional. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Fornecimento de medicação (interferon beta). Portadores de esclerose múltipla. Dever do Estado. Direito fundamental à vida e à saúde (CF,

arts. 6º e 189). Precedentes do STJ E STF. 1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto. 2. Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento. 3. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF. 4. Recurso ordinário conhecido e provido” (ROMS Nº 11.129/PR, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ 18/2/2002).

¹⁵ Caso Sergipano do Município de Japarutuba, em que o membro do Ministério Público atuante naquela comarca ingressou com Ação Cautelar para determinar que fosse suspensa a realização de algumas festividades em razão dos vultosos gastos com entretenimento, enquanto algumas entidades estavam prestes a fechar as portas por conta da diminuição do repasse de verba municipal (Processo nº 200972000368).

¹⁶ Expressão utilizada por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco na obra *Curso de Direito Constitucional* para designar a rigidez da divisão de atribuições de cada uma das funções estatais (2008, p. 156).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: < <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> >. Acesso em 29/10/2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29.04.2004. DJ de 04.05.2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=0002182&base=baseMonocraticas> > Acesso em: 07 out. 2009.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13/09/2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2008.
- KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: _____. *A Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- MACHADO; Carlos Augusto Alcântara Machado. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MACHADO, Clara Cardoso; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Direito à saúde e controle judicial de políticas públicas*. Aracaju: Evocati Revista n. 33, set. 2008.
- Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=277>. Acesso em: 09/10/2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- REINA, Cláudia Regina. *A judicialização da política*. Disponível em <<http://www.amaerj.org.br/index.php?option=content&task=view&id=320>>. Acesso em: 15/05/2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. In: *Revista CEJ*. Ano XI, n. 37, p. 14-24, abr./jun. Brasília: 2007.

ACIDENTE DO TRABALHO OU INFORTÚNIO E QUAL É O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DA SOCIEDADE NA PREVENÇÃO NACIONAL DA SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO?

Gianini Rocha Gois Prado*

RESUMO: Este artigo apresenta uma análise do atual sistema de prevenção e eliminação dos acidentes do trabalho, trazendo as políticas públicas e o papel da sociedade e do Poder Judiciário na prevenção e eliminação dos acidentes ocorridos no ambiente do trabalho e das denominadas doenças ocupacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Acidente do trabalho. Prevenção. Eliminação. Políticas públicas. Papel do Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

O século XXI traz um papel relevante e incisivo ao Poder Judiciário, donde a prestação da tutela jurisdicional está a cada dia mais célere e menos complexa e o cidadão se socorre deste ramo do tripé dos poderes do nosso Estado Democrático do Direito na busca pela efetivação e concretização dos seus direitos.

Esta busca incessante, muitas vezes alicerçada na inércia dos outros dois poderes, tem expandido estratosféricamente o papel do Poder Judiciário, o qual tem colaborado com realização de políticas públicas na prevenção nacional da segurança e saúde no trabalho, condenando pedagogicamente tais ilícitos.

A nossa Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em seu artigo 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”, passou a tratar, definitivamente, a saúde como um direito fundamental social do homem.

José Afonso da Silva entende da seguinte forma a saúde como um direito social:

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o

*Advogada militante desde 1996, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes e em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera (Uniderp).

direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique à saúde; outra de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.

Na própria CF/88 está escrito à luz solar no artigo 6º que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação [...]”. Mas, antes, no artigo 1º (inciso III), um dos princípios fundamentais de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que é a “dignidade da pessoa humana”, dá o direcionamento de que a concretização do mesmo depende necessariamente da garantia do direito à saúde.

Ainda, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, a saúde é direito fundamental com aplicação direta e imediata, devendo ser garantida e respeitada universalmente.

A EC/45 DE 2004 E A MUDANÇA DA COMPETÊNCIA

Com a EC/45 o artigo 114 da CF/88 elasteceu a competência da Justiça do Trabalho, autorizando-lhe o processamento e julgamento das demandas decorrentes dos acidentes do trabalho, exceto, por uma questão de política judiciária, daquelas cujas sentenças tenham sido proferidas pela Justiça Comum naquele momento.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, ...

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

Observação importante: A CF/1988 não repetiu a ressalva que constava

nas Constituições de 1946, de 1967 e da Emenda de 1969. Veja a ressalva que constava no § 2º do art. 142 da CF de 1967, após a Emenda de 1969:

Os litígios relativos a acidentes do trabalho são de competência da justiça ordinária dos Estados...

RECURSO DE REVISTA. 1. PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. REGRA DE TRANSIÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O PRAZO DE TRÊS ANOS CONTADOS DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRESCRIÇÃO TOTAL. Tratando-se de pedido de dano moral e/ou material decorrente de acidente do trabalho, esta Corte pacificou entendimento no sentido de que, quando a lesão for anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, o prazo prescricional aplicável será o previsto no Código Civil de 2002, observado a regra de transição prevista no artigo 2.028 desse mesmo diploma legal; bem assim que, quando a lesão for posterior à referida emenda, o prazo prescricional aplicável será o trabalhista, previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal. No caso concreto, o acidente do trabalho ocorreu em 28/11/2001, portanto anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo aplicável, assim, a prescrição civil. Verifica-se, ainda, não transcorrido mais da metade do prazo de vinte anos previsto no Código Civil de 1916, quando da entrada em vigor do atual Código Civil, em 11/1/2003. Desse modo, o prazo prescricional aplicável é o previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, qual seja de 3 (três) anos, contados do início da vigência do referido diploma. Sob tal óptica, portanto, tendo em vista a ocorrência do acidente do trabalho em novembro de 2001, o reclamante deveria ter ingressado com a ação até 11/1/2006, a fim de evitar o corte prescricional. Todavia, como o ajuizamento da reclamação se deu apenas em 12/12/2006, impõe-se concluir pela prescrição total da pretensão obreira. **Recurso de revista não conhecido.**

2. HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. INSTRUMENTO NORMATIVO. Não há falar em violação dos artigos 59 e 60 da CLT quando o entendimento esposado pelo Regional converge com a diretriz traçada nos referidos dispositivos consolidados. **Recurso de revista não conhecido.**

Processo: RR - 132900-09.2006.5.04.0451 **Data de Julgamento:** 05/05/2010, **Relatora Ministra:** Dora Maria da Costa, 8ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 07/05/2010.

NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE

A ideia central da responsabilidade é o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da infração de um dever jurídico ou pelo excesso manifesto dos limites impostos pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, artigos 186 e 187 do CCB.

A violação poderá ter origem no ajuste contratual das partes qualquer dispositivo do ordenamento jurídico, pela falta do dever geral de cautelas, sendo aquela intitulada de contratual e esta de extracontratual ou aquiliana.

Na seara laboral, após inúmeras discussões, firmou-se o entendimento de que, regra geral, tal obrigação decorre de algum comportamento ilícito do empregador, em face de violação dos deveres previstos nas normas gerais de proteção ao trabalhador.

Nesta estira, a responsabilidade se ramifica tanto pela sua natureza subjetiva quanto objetiva.

Na responsabilidade subjetiva o dever de indenizar decorre do comportamento do agente causador do dano, que pode decorrer do dolo ou da culpa, desde que haja o efetivo dano e o nexo causal.

Mister se faz presente na responsabilidade subjetiva a imprescindível comprovação do dolo ou da culpa, esta em decorrência de negligência, imprudência ou imperícia.

Restam abaixo enunciados extraídos do TRT da 20ª Região, embasados no poder da norma constitucional, garantido eficazmente a prestação da tutela jurisdicional e assegurando ao jurisdicional a entrega do bem da vida, responsabilizando quando de direito os causados de danos decorrentes de acidentes laborais e doenças ocupacionais.

Número do Processo (TRT) 0000445-53.2010.5.20.0012

Número do Processo (Vara): 0000445-53.2010.5.20.0012

Acórdão: 0000445-53.2010.5.20.0012

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR - REQUISITOS - AUSÊNCIA. O deferimento de indenizações pautadas no instituto da responsabilidade civil do empregador demanda a inequívoca comprovação do evento danoso (acidente ou doença ocupacional), o nexo causal entre este e as atividades laborais do obreiro e a culpa do empregador, de sorte que a ausência de quaisquer destes requisitos, enseja o não acolhimento da pretensão reparatória.

Publicação: 16/03/2012

22º) **Número do Processo (TRT)** 0077700-76.2008.5.20.0006
Número do Processo (Vara): 0077700-76.2008.5.20.0006
Acórdão: 00777-0076-200-85-20-0

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 331, IV, DO C. TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONFIGURAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. *In casu*, restou apurado nos Autos que a Deib Otoch S.A., segunda Reclamada, celebrou contrato de prestação de serviços com a primeira Reclamada, a Empresa Clean Serv. Terceirização de Mão de Obra Ltda., tendo a Reclamante sido admitida para exercer a função de serviços gerais, restando configurada a condição de tomadora de serviços da segunda Reclamada, beneficiária do labor realizado pela Reclamante. Assim sendo, e restando demonstrada as culpas *in eligendo* e *in vigilando* da tomadora, deriva daí a responsabilidade subsidiária da Recorrente pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pela Empregadora, devendo ser mantida a Sentença que neste sentido estabeleceu. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. REGULARIDADE DO DEFERIMENTO. MANUTENÇÃO. *In casu*, é de se registrar que o Laudo realizado neste Feito foi produzido com regularidade e encontra-se apto a informar tecnicamente as condições de trabalho desenvolvidas pela Autora. Assim, tendo em vista a constatação de trabalho Obreiro desenvolvido em condições de insalubridade, em razão do contato com substâncias prejudiciais à saúde e que, em razão da falta de fornecimento de EPI's eficazes e com periodicidade a eliminar os efeitos das condições de trabalho à saúde do Empregado, concluindo-se, assim, pela ocorrência de insalubridade em grau máximo, é de se manter a Sentença que nesse mesmo sentido se posicionou. Recurso Ordinário da Reclamada a que se nega provimento. RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Atentando-se que a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em Contrato, ou pela inobservância de um preceito normativo, a ensejar a responsabilização de reparar um dano moral ou patrimonial, e que a regra geral é a da responsabilidade subjetiva (culpa ou dolo) albergada no artigo 186, do Código Civil, sendo a responsabilização objetiva (independentemente de culpa) a exceção, nos casos previstos em

Lei, *ex vi* do artigo 927, caput, do CC, tem-se que, *in casu*, incide a regra geral, incumbindo, portanto, à Autora o encargo probatório acerca do alegado ato ilícito praticado pela Empresa, e dos requisitos autorizadores da reparação civil, a teor dos artigos 818, da CLT, e 333, inciso I, do CPC. E, neste sentido, observando-se que a Reclamante não se desincumbiu do seu ônus, desde que não restou comprovado o nexo

Publicação: 09/05/2012

Número do Processo (TRT) 0048100-58.2009.5.20.0011

Número do Processo (Vara): 0048100-58.2009.5.20.0011

Acórdão: 0048100-58.2009.5.20.0011

Ementa: ACIDENTE DE TRABALHO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - INDENIZAÇÃO - EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO ENSEJADORA - CULPA DA DEMANDADA, NO QUE TANGE AO DEVER DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, PELO LABORISTA, DAS NORMAS DE SEGURANÇA - MANUTENÇÃO DO DECISUM. Preponderando a demonstração, no plano dos autos, da situação alegada pelo empregado como legitimadora da pretensão de obter o pagamento de indenização por danos morais e materiais, posto que a empresar-ré deixou de fiscalizar, devidamente, o efetivo cumprimento, pelo obreiro, das normas de segurança para operação de seu maquinário, vindo o mesmo a sofrer o acidente que o levou à incapacidade total e permanente para o trabalho, é de ser mantida, data venia, a decisão de origem que deferiu o pleito de reparação compensatória a tais títulos, nos montantes prudentemente arbitrados pelo criterioso juízo *a quo*. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - INDEFERIMENTO - REFORMA - DA SENTENÇA. Os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, à exceção da hipótese prevista no art. 5º da IN 27 do TST, são devidos, tão-somente, na forma dos artigos 14 e 16 da Lei nº 5.584/70 e das Súmulas 219 e 329 do TST. Isso assim se dá porque ainda prevalecem, no ordenamento jurídico em vigor, ostentando e veiculando plena força e eficácia normativa, os arts. 791 e 839 da CLT, garantindo às partes o *jus postulandi*, não havendo, por isso, razão jurídica idônea que autorize falar-se em aplicação subsidiária, na seara trabalhista, das específicas disposições do Novo Código Civil a respeito da matéria.

Publicação: 30/04/2012

Na responsabilidade objetiva, a reparação decorre pelo dano ter surgido em decorrência do risco da atividade coexistindo o nexo causal e restando

dispensado o elemento culpa *lato sensu*.

Número do Processo (TRT) 0000316-51.2010.5.20.0011

Número do Processo (Vara): 0000316-51.2010.5.20.0011

Acórdão: 0000316-51.2010.5.20.0011

Ementa: DANO MORAL. MOTORISTA DE TRANSPORTE DE CARGA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. CULPA EVIDENTE DA EMPRESA. EXTENSÃO DESPROPOSITADA DA JORNADA DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Há culpa evidente da empregadora, que induz o dever de indenizar, quando exige do empregado motorista de caminhão a prestação de trabalho por até 14 horas de trabalho, nos termos do art. 927 do CC, devendo ser mantida a sentença que reconheceu o fato gerador do dano moral e a indenização correspondente. Recurso a que se nega provimento.

Publicação: 06/03/2012

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PREVENÇÃO DOS ACIDENTES E DOENÇAS OCUPACIONAIS

O comportamento desidioso do patrão ou do próprio empregado, atuando de forma descuidada no que diz respeito ao cumprimento das normas de segurança, higiene ou saúde do trabalhador é foco de trabalhos realizados no âmbito do Poder Judiciário com promoções de palestras gratuitas voltadas à população, esclarecendo sobre a importância de serem evitados os riscos, cujos prejuízos acarretam perdas irreparáveis.

A prioridade no fornecimento de equipamentos de proteção, a exigência da utilização destes com fornecimento de palestras esclarecedoras e treinamentos dos trabalhadores são alguns elementos que concretamente têm evitado crescentes acidentes e doenças ocupacionais.

A parceria do Poder Judiciário a nível nacional e regional, replicando programas com eventos, parcerias ligadas às atividades laborais, tais como DRT, MTE, MPT, sindicatos, têm contribuído para minimizarem os danos crescentes.

O Brasil ocupa posição não invejável, sendo o 4º país do mundo em acidentes do trabalho, conforme estudos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), mas há um movimento crescente em prol desta prevenção, dando continuidade a eventos conforme acima escandidos, mostrando os

cuidados com a prevenção, com envolvimento da parte econômica e da parte profissional, na busca incessante de serem minimizados os acidentes do trabalho na seara laboral.

O déficit da Previdência Social e a elevação de gastos com benefício previdenciário para casos de acidente e doenças do trabalho têm produzido mudanças que buscam privilegiar as empresas que priorizam os aspectos prevencionistas.

O C. TST consolidou a competência da Justiça do Trabalho, através da OJ 414 da SDI-1 para execução de ofício das contribuições sociais referente ao Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), art. 114, VIII, E 195, I, “A”, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

“Compete à Justiça do Trabalho a execução, de ofício, da contribuição referente ao Seguro de Acidente de Trabalho (SAT), que tem natureza de contribuição para a seguridade social (arts. 114, VIII, e 195, I, “a”, da CF), pois se destina ao financiamento de benefícios relativos à incapacidade do empregado decorrente de infortúnio no trabalho (arts. 11 e 22 da Lei nº 8.212/1991)”

A cobrança da contribuição referente ao Seguro de Acidente de Trabalho (SAT), o qual sobretaxa as empresas que geram maior número de acidentes e doenças laborais são estimuladas com descontos desde o ano de 2009.

A variação oscila entre pagar até 100% (cem por cento) a mais e diminuídos em até 50% (cinquenta por cento) de desconto dos riscos que regra geral variam entre 1%(um por cento) a 3% (três por cento) a depender da escala dos riscos leves, médios e graves.

O Portal do Trabalho Seguro com reportagens, orientações, mostras de programas nacionais de prevenção, vídeos com mensagens e ajudas na utilização de EPI’S (Equipamentos de Proteção Individual), cartilhas, palestras gratuitas, divulgação de obras doutrinárias e técnicas são alguns dos programas que estão sendo desenvolvidos numa grande parceria com todos os ramos que de modo direto e indireto estão ligados e interessados em prevenir e evitar os riscos ocupacionais.

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), inclusive, está levantando subsídios técnicos com engenheiros e médicos

do trabalho para elaborar uma cartilha específica com orientações sobre prevenção de acidentes do trabalho, contando com dezenas de parceiros e colaboradores entre instituições públicas e privadas, inclusive com ampla campanha de prevenção de acidentes de trabalho desde setembro do ano de 2011 com assinatura do protocolo de cooperação técnica.

Finalmente, o artigo 120 da Lei 8213/91 que estipula que: “Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”, passa a ser aplicado na busca do ressarcimento daqueles que negligenciam as suas responsabilidades e causam danos, a fim de que a população e o erário não paguem pelos atos ilícitos praticados pelos mal empregadores.

Inclusive o próprio presidente do C. TST em nota pública divulgada em 21/10/2011 defende que os juízes do trabalho passem a oficiar o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) sempre que for constatada, num processo judicial, a culpa do empregador pelo acidente sofrido pelo empregado.

Posto que o objetivo é permitir que o INSS proponha ações regressivas sobre o empregador - ações que visam ao ressarcimento dos gastos públicos com beneficiários da Previdência Social em decorrência da omissão dos empregadores em fornecer equipamentos de segurança ou de sua negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho.

Assim, será assegurada a possibilidade de ajuizamento de ações regressivas pelo INSS está prevista na Lei nº 8.213/1991 (Lei da Previdência Social), em seu artigo 120. Trata-se, na prática, de uma ação de indenização. De posse da informação de que um empregador foi considerado culpado, pela Justiça do Trabalho, pelos danos sofridos por um empregado acidentado, o órgão previdenciário poderá acioná-lo judicialmente visando ressarcir os gastos efetuados com o pagamento de benefícios.

LEGISLAÇÃO PERTINENTE

O artigo 7º, XXII da Constituição Federal traz como direito fundamental com aplicação imediata, direta e eficácia horizontal a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

O artigo 200, II e VIII da CF/88 traz a incumbência também de que ao Sistema Único de Saúde (SUS) compete, além de outras atribuições, nos termos da lei a das ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como

as de saúde do trabalhador e a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) no desencadear de temas estratégicos, garantindo o desenvolvimento continuado das relações de trabalho no mundo traz a Convenção 155 tratando da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente do trabalho; a 162 sobre a utilização de amianto com segurança e a Convenção 187 sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador (PNSST), donde o Brasil é signatário de todas estas.

O Decreto Nº 7.602 DE 07.11.2011 dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), trazendo como objetivos a promoção da saúde e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador e a prevenção de acidentes e de danos à saúde advindos, relacionados ao trabalho ou que ocorram no curso dele, por meio da eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho.

O referido decreto traz como princípios o da universalidade, abrangendo a todos indistintamente; o da prevenção, da precedência das ações de promoção, proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação, o diálogo social e a integralidade.

Primando ainda implementar meio da articulação continuada das ações de governo no campo das relações de trabalho, produção, consumo, ambiente e saúde, com a participação voluntária das organizações representativas de trabalhadores e empregadores.

A Recomendação nº 1 de 03/05/2011 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho (CGJT), inclusive recomenda prioridade à tramitação e ao julgamento das reclamações trabalhistas relativas a acidente de trabalho, visando efetivar a rápida prestação da tutela jurisdicional daqueles cujos danos já se concretizaram e só lhe restam indenizações que minimizarão o sofrimento.

CONCLUSÃO

Destarte, acidente do trabalho e doença ocupacional em sua grande maioria são previsíveis e preveníveis, donde as políticas públicas educativas precisam ser bem implementadas em nosso país, fomentando a cultura da prevenção e operacionalizando políticas nacionais de visão mundial com apoio e participação efetiva de todas as entidades sociais com equidade integracional.

Incontroverso é que prevenir é mais barato que indenizar!

A ampliação de tais políticas educativas está encontrando no seio do próprio Poder Judiciário, o nascedouro para a disseminação de ideias de praticas preventivas.

É imprescindível a participação de toda sociedade no engajamento da luta contra práticas vorazes de desrespeito à política de prevenção de acidentes laborais, que açoitam a vida de muitos pais de família e deformam os lares.

ACCIDENT OR WORK MISFORTUNE AND WHAT IS THE ROLE OF THE JUDICIARY AND THE SOCIETY IN THE NATIONAL PREVENTION OF THE SAFETY AND HEALTH AT WORK?

ABSTRACT: This paper presents an analysis of the current system of prevention and elimination of occupational accidents, bringing public policy and the role of the judiciary in the prevention and elimination of accidents in the workplace and occupational diseases denominated.

KEYWORDS: Occupational accidents. Prevention. Elimination. Public policy. Role of the judiciary.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva - Do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. “Responsabilidade civil nas atividades perigosas”. In CAHALI, Yussef Said (Coord.) *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. atual. p. 91-109. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev. atual. e ampl., 2ª t. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.
- BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. 2 v. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade*

civil. v. 7. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*. v. 13. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2008.

MONTEIRO, Antônio Lopes e BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva”. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 854, p. 11-37, dez 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. “Atualidades sobre indenização por dano moral decorrente do acidente do trabalho”. In *Revista do TST*, v. 73, n. 2, p. 121-157, abr./jun. 2007. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. 2ª Tiragem, São Paulo: LTr, 2004.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La seguridad en cifras*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. 8ª t. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. rev. e atual, São Paulo: Malheiros, 2000.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. “A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código”. In NAVES, Bruno Torquato de Oliveira;

FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. v. 3, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. Atual. e ampl. São Paulo:

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006

BREVE ANÁLISE DA VISÃO SOCIOLÓGICA SOBRE A CIÊNCIA DO DIREITO

Hudson Luiz França Mancilha*

INTRÓITO: Existe um ramo da Sociologia Geral, denominado de Sociologia Jurídica, que tenta perceber a relação existente entre duas ciências de grande importância para a vida da sociedade, por tratarem das relações, dos conflitos, das normas, do controle, de todas as ligações que possam surgir entre os indivíduos e que necessite de um núcleo regulador.

A Sociologia pode ser descrita como uma ciência positiva que estuda a formação, transformação e desenvolvimento das sociedades humanas e seus fatores econômicos, culturais, artísticos e religiosos, possuindo uma vasta aceção. Já o Direito pode ser vislumbrado como uma ciência normativa, que estabelece e sistematiza as regras necessárias para assegurar o equilíbrio das funções do organismo social. Diante disto, percebe-se que é de fundamental importância o aprofundamento deste estudo e a percepção que se deve ter do real sentido existente entre a Sociologia e o Direito, como ciências essenciais que o são.

No presente artigo, intentaremos analisar alguns aspectos mais prementes da conjugação sociologia-direito. Se conseguirmos passar ao leitor esta necessária concepção, este estudo já terá atingido sua finalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia. Direito. Relação Social. Estado e Sociedade.

1. ANÁLISE PROPEDÊUTICA DA CIÊNCIA SOCIOLÓGICA

Podemos definir a Sociologia como o estudo científico das relações sociais, das formas de associação, destacando-se os caracteres gerais comuns a todas as classes de fenômenos sociais, fenômenos que se produzem nas

* Especializando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP e em Direito Desportivo pelo Instituto Ibero-Americano de *Derecho Deportivo*/UNIFIA/SP. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC/RS. Sócio do Escritório MANCILHA Advocacia. Aluno do XII Curso Preparatório à carreira da Magistratura da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (Esmese). Advogado.

relações de grupos entre seres humanos. Outrossim, estuda o homem e o meio ambiente em suas interações recíprocas e procura, em seus estudos objetivos, melhor revelar a verdadeira natureza dos fenômenos sociais. Ela é, desta forma, o estudo e o conhecimento objetivo da realidade social. Como exemplos, podemos citar a formação e desintegração de grupos, a divisão da sociedade em camadas, a mobilidade de indivíduos e grupos nas camadas sociais, processos de competição e cooperação.

Pode-se dizer que a sociologia existe há muito tempo, já antes que se viesse a desenvolver enquanto ciência ou que cujo objeto de estudo se delimitasse. No século V a.C., Heródoto dedicou-se à realização de completas descrições dos povos e dos seus respectivos costumes. Ibn Jaldún (1332-1406), por sua vez, foi quem deu origem ao termo *Ilm el Iytima* (a Ciência da Sociedade ou do Social).

Auguste Comte foi quem se encarregou de dar forma ao conceito de sociologia, em 1838, por ocasião da apresentação do seu Curso de Filosofia Positiva. A sociologia viria a consolidar-se como uma ciência autônoma recente em meados do século XIX. O século XX já ia bem avançado quando se começou a distinguir diferentes escolas e correntes dominantes.

E o operador do Direito está intrinsecamente ligado à sociedade. Desta forma, salutar ao jurista o estudo de posicionamentos de estudiosos da Sociologia, a fim de compreender a análise dos fatos sociais, que à frente constituirão os preceitos normativos, mormente se considerada a tridimensionalidade do Direito (fato-valor-norma) de Miguel Reale.

2. A ESCOLA SOCIOLÓGICA DO DIREITO

Para a Escola Sociológica, o Direito é um fato social e tem a sua origem nas inter-relações sociais. É um fenômeno social decorrente do próprio convívio do homem em sociedade.

As normas do Direito são regras de conduta para disciplinar o comportamento do indivíduo no grupo, as relações sociais; normas ditas pelas próprias necessidades e conveniências sociais. Não são regras imutáveis e quase sagradas, mas sim variáveis e em constantes mudanças como são os grupos onde se originam.

A advogada potiguar Andrea Lucas Sena de Castro¹, em seu artigo, esclarece que:

“Ao ingressar na sociedade o indivíduo terá que adaptar-se às normas que a mesma impõe. Estas podem ser de acordo com a moral social ou com a lei, divergindo com relação ao tipo de conduta. O comportamento considerado como um desvio de conduta terá sanções que podem ser repressivas, excludentes e se a infração estiver prevista na lei, estas serão objeto do direito”.

Percebe-se que o homem durante toda a sua vida social irá submeter-se a regras, sejam estas impostas por um grupo social ou pelo Estado. Diante disso:

“na sociedade existem vários tipos distintos de grupos sociais e estes caracterizam-se basicamente pelas normas que impõem, e os indivíduos escolhem o grupo do qual queiram participar de acordo com a doutrina de cada um, pois, se o mesmo discorda das regras do grupo este será rapidamente banido. A moral de cada grupo é rigorosamente respeitada, chegando a ter mais força do que a própria lei, inclusive o indivíduo que responde a um processo judicial, seja ele criminal ou não, geralmente sofre discriminação pelo seu grupo social.”²

Após este intróito, imperioso abordar a relação entre os cânones da Sociologia e o Direito, sendo necessário explicar a perspectiva destes três fundadores da Sociologia enquanto disciplina: Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber.

Marx não escreveu especificamente sobre o Direito, mas contribuiu grandiosamente para a Sociologia Jurídica com sua teoria do conflito, que estabelece relações entre direito, estado, economia e sociedade. Com inspiração na dialética hegeliana, Marx utilizou-se do método do materialismo histórico para construir sua teoria social, onde encontramos vestígios de uma Sociologia Jurídica. No modo de produção capitalista, a classe dominante (detentora dos meios de produção) impõe seus interesses econômicos à classe proletária. Diante desta infraestrutura social conflituosa, ergue-se uma superestrutura jurídica e estatal a fim de manter a dominação de classes. Como variáveis dependentes da estrutura econômica e da relação de dominação, o Direito e o Estado aparecem como instrumento de coerção da classe dominante, servindo à imposição de sua ideologia.

Durkheim, por sua vez, utiliza, no estudo da Sociologia Jurídica, o método funcionalista que emprega na Sociologia Geral. Sua reflexão se volta para a íntima relação entre o Direito e a Sociedade, enfatizando a estabilidade e a durabilidade do Direito enquanto organização social. Visando ora a dimensão teórica, ora a empírica, e nunca se esquecendo da metodológica, Durkheim problematiza a manutenção da ordem social. A resolução deste problema encontra-se na existência, em toda sociedade, de um conjunto de normas, denominada direito, que regula a ação dos indivíduos.

Weber desenvolveu uma sociologia do direito de caráter histórico, discutindo paradigmas epistemológicos acerca das divergências metodológicas entre a dogmática jurídica e a sociologia do direito. Diversamente dos co-fundadores da sociologia, Weber entende esta disciplina a partir da metodologia compreensiva e não puramente descritiva. Este autor demonstra a diferença clara existente entre o método sociológico e o jurídico-dogmático: o primeiro busca saber qual é o comportamento dos membros de um grupo em relação à ordem jurídica em vigor, enquanto o segundo visa estabelecer a coerência lógica das propostas jurídicas.

Com base nessas três escolas, pode-se pensar que a Ciência do Direito é a Sociologia e a História, pois é óbvio que não há Estado de Direito sem história. No caso do mundo moderno, imperioso saber que o Direito é produzido pelo choque dos conflitos de classes, grupos, setores sociais amplos, camadas, estratos, frações de classe. Além dos conflitos políticos clássicos entre partidos, governo e indivíduo, Estado e sociedade, instituições formais e ONGs, e demais setores e instituições políticas e jurídicas.

3. SOCIEDADE, ESTADO E DIREITO

A sociedade advém da necessidade do homem viver em bandos, aglomerado. Se assim não fosse, seria difícil vivermos. O ser humano não é auto-suficiente. Dependemos uns dos outros para sobreviver e, por isso, vivemos em sociedade.

Dentro das sociedades humanas, há uma disseminação de instituições, cada qual em sua área de atuação, e todas mantidas pela organização e ordem.

A sociedade, em determinado momento, sentiu necessidade de uma instituição dominante que pudesse imperar e fazer valer os direitos fundamentais dos seus indivíduos. Nesse momento, surge o Estado, que é, nas palavras de Hegel, “o Deus terreno”. Foi dada, a essa instituição maior,

obrigações de zelar pelos seus súditos e poderes para manter a ordem social.

O Estado, para atingir seus objetivos de preservar a ordem e lutar pelo bem comum, lançou mão de um conjunto de normas constituídas e impostas por ele, poder competente, e legítimo. Essas normas são chamadas ordenamento jurídico estatal e têm na coerção garantia de sua eficácia.

A origem da palavra Estado é bem colocada pelo professor Dalmo A. Dallari³:

A denominação Estado (do latim status = estar firme) aparece pela primeira vez em “O Príncipe” de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usado pelos italianos sempre ligado ao nome de uma cidade independentemente, como, por exemplo, Stato Di Firenze. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães.

Oportuno registrar a lição do professor Michel Temer⁴ a respeito do Estado do Direito e da Sociedade:

“Ao falar-se em sociedade, fala-se em direito. O Estado é uma sociedade. É sociedade política, de fins políticos. Como é de fins comerciais a sociedade comercial; de fins literários a sociedade literária; de fins recreativos a sociedade recreativa. Todas, porém, juridicamente organizadas. É o direito que as estrutura, que lhes dá forma. O direito corporificador da sociedade estatal instala-se em documento denominado constituição. Nela se encontram os preceitos normativos identificadores do Estado”.

4. INTERAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS COM O DIREITO – A SOCIOLOGIA JURÍDICA

Segundo Paulo Dourado de Gusmão⁵, a vida social:

“(…) é constituída de uma rede de relações sociais que, grosso modo, podem ser caracterizadas sendo de “aproximação” e de “afastamento” (oposição). Casamento, família e contrato social (sociedade

comercial, civil), por exemplo, são constituídos de relações individuais ou grupos e o direito de propriedade, de relação de “oposição”.

Pode-se citar como exemplo um indivíduo que faça parte de um grupo religioso e que venha a trair a sua esposa, o mesmo sofrerá uma sanção de repressão do grupo, uma vez que este grupo social condena essa conduta, podendo o mesmo ser até expulso ou mesmo responder a um processo judicial.

Diante disto, percebe-se que o homem durante toda a sua vida social irá submeter-se a regras, sejam estas impostas por um grupo social ou pelo Estado. Daí surge a ligação entre a Sociologia e o Direito, que é expressa desde a mais simples das relações sociais, podendo ser vislumbrada até mesmo num jogo entre crianças, onde há regras a serem cumpridas para que não haja conflitos. Percebe-se, pois, que na sociedade existem vários tipos distintos de grupos sociais e estes se caracterizam basicamente pelas normas que impõem, e os indivíduos escolhem o grupo do qual queiram participar de acordo com a doutrina de cada um, pois, se o mesmo discorda das regras do grupo este será rapidamente banido. A moral de cada grupo é rigorosamente respeitada, chegando a ter mais força do que a própria lei, inclusive o indivíduo que responde a um processo judicial, seja ele criminal ou não, geralmente sofre discriminação pelo seu grupo social.

A sociedade possui vários modos de conduta coletiva, entre elas, a que mais se destaca são os usos e os costumes. O filósofo do Direito, Luis Recaséns, distingue os usos dos costumes, estes exercendo uma simples pressão ou uma certa obrigatoriedade, reservando a designação de hábitos sociais para os usos não normativos.

Existem várias teorias que tentam diferenciar as diversas normas existentes na sociedade, como o direito, a moral, as normas de trato social, normas técnicas, religiosas, políticas, higiênicas e etc., porém, esta não é uma tarefa das mais fáceis, pois, vários fatores influenciam nesta diferenciação, entre eles a própria convicção de cada grupo.

Ainda para o filósofo hispânico, a moral tem por sujeito o homem individual, que esta orienta no sentido de sua vida autêntica, já o Direito refere-se ao “eu-socializado”, que procura regular no sentido que convenha à convivência humana em dada sociedade. A Sociologia do Direito fala da moral coletiva como fato social e não da moral individual, em que o

indivíduo é o próprio legislador. O objeto da Sociologia Jurídica de Recaséns é o Direito em sua projeção de fato social.

A Sociologia Jurídica é uma ciência generalizadora, ou seja, que procura elaborar leis gerais sobre essa íntima relação entre Sociedade e Direito, cabendo a esta ciência estudar os processos sociais que levam ao Direito e os efeitos que o Direito causa na sociedade.

5. CONCLUSÃO

Em linhas gerais, desde o surgimento da vida em sociedade, sempre existiram regras e costumes que corrigiam a vida dos membros de uma sociedade. Portanto, o Direito e a Sociedade são ciências que se completam por estudarem praticamente o mesmo objeto, ou seja, não haveria um se o outro não existisse. Destarte, a sociedade pode ser considerada como um conjunto de normas, ou seja, é uma ordem social estabelecida por normas sociais, que são acompanhadas por sanções, para exercer o controle social.

A Sociologia Jurídica surge exatamente para perceber as consequências dos tipos de norma de conduta social que são impostas pelos grupos sociais e estudá-las. Pode-se compreender como conceito de Sociologia Jurídica, uma parte da Sociologia que percebe o Direito como fenômeno social, ou sociocultural, estudando os fatores de sua transformação, desenvolvimento e declínio. A Sociologia Jurídica possui como objetivo, ao estudar estes fatores, estabelecer ideias gerais sobre a genética do Direito, comparar e indicar as relações existentes entre o direito e as estruturas socioculturais, bem como, explicar as bases das ideias e instituições jurídicas.

BREVE ANALISI DELLA VISTA SOCIOLOGICO SULLA SCIENZA DEL DIRITTO

PRESENTAZIONE: Vi è una branca della sociologia generale, chiamato Sociologia del Diritto, che cerca di capire il rapporto tra le due scienze di grande importanza per la vita della società affrontando le relazioni, i conflitti, gli standard, il controllo di tutte le connessioni che possono sorgono tra individui e ha bisogno di un regolatore di base.

La sociologia può essere descritto come una scienza positiva che studia la formazione, la trasformazione e lo sviluppo delle società umane e della

loro economica, culturale, artistico e religioso, con un significato ampio. Ma la legge può essere vista come una scienza normativa, che stabilisce e fissa norme per garantire l'equilibrio delle funzioni dell'organismo sociale. Detto questo, ci si accorge che è di fondamentale importanza approfondire lo studio e la percezione che si deve avere il vero significato tra la sociologia e diritto, come le scienze sono essenziali.

In questo articolo, analizziamo alcuni aspetti intendiamo più pressante di sociologia-diritto combinazione. Se si passa questo disegno richiesto il lettore, lo studio avrà raggiunto il suo scopo.

PAROLE CHIAVE: Sociologia. Giusto. Valore sociale. Stato e società.

Notas

¹ CASTRO, Andréa Lucas Sena de. *Sociologia e direito: duas realidades inseparáveis*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 28, 1 fev. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/39>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

² CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. *Sociologia geral*. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo, 1995.

⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Andréa Lucas Sena de. *Sociologia e direito: duas realidades inseparáveis*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 28, 1 fev. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/39>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. *Sociologia geral*. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo, 1995.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.