

EJUSE

ESCOLA JUDICIAL

DO ESTADO DE SERGIPE

REVISTA DA EJUSE

Revista da EJUSE N° 23, 2015

©REVISTA DA EJUSE
ISSN 2318-8642

Conselho Editorial e Científico
Direção Editorial: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Juiz João Hora Neto
Juiz Francisco Alves Júnior
Juíza Suzete Ferrari Madeira Martins
Juíza Rosa Geane Nascimento Santos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Daniela Patrícia dos Santos Andrade
Revisão: Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Gráfica e Editora Liceu Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Judicial do Estado 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: wvw.tjse.jus.br/ejuse
e-mail: ejuserevista@tjse.jus.br

R454 Revista da Ejuse.
Aracaju: EJUSE/TJ, n° 23, 2015.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador José dos Anjos

Coordenadora Administrativa
Luciana Rocha Melo Muniz

Coordenadora de Cursos Externos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade

Coordenadora de Cursos para Magistrados
Laís Machado Ramos

Coordenadora de Cursos para Servidores
Ana Patrícia Prado Santana Campos

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

A INTERVENÇÃO E A AUTONOMIA POLÍTICA DOS ENTES FEDERATIVOS
Ana Lúcia Freire de Almeida dos Anjos.....15

LEI MARIA DA PENHA COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho.....29

SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO
Jade Anjos Meira.....41

A NORMATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE?
Durvalina Maria de Araujo.....63

CONSIDERAÇÕES SOBRE DECISIONISMO E PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO - EXAGERO HERMÊUTICO E INTERPRETATIVO
Luciano Luis Almeida Silva.....91

A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO CONSENSUAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
Eliana Tavares Lima.....109

"ACHADO NÃO É ROUBADO": A DESMITIFICAÇÃO DE UMA INGÊNUA CRENÇA HUMANA
Diego de Lima Cardoso.....129

MACHADO DE ASSIS, TEORIAS ACERCA DA CONSTITUIÇÃO, E O CONVITE AO "BATISMO CONSTITUCIONAL": A FORÇA DA NASCENTE
Thyago Gutierres Rodrigues Santos.....147

SERGIPE ASSIMÉTRICO: INCONSTITUCIONALIDADES EM LEIS ORGÂNICAS DE MUNICÍPIOS DO ESTADO DE SERGIPE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA CONSTITUCIONAL
Paulo Roberto Lima Santos.....165

A EVOLUÇÃO DA INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA CITAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL
Paulo Sousa Leão Menezes.....185

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E OS INSTRUMENTOS QUE O JULGADOR DEVE UTILIZAR-SE PARA TORNAR O PROCESSO MAIS CÉLERE
Diogo de Calasans Melo Andrade.....207

AFINAL, PARA QUE SERVE A PENA? A TRAGÉDIA DA AUTORIDADE?
Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo.....227

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 08 E A DESREGULAMENTAÇÃO DA RADIODIFUSÃO BRASILEIRA
Denise Alves dos Santos.....235

ESTUDOS CRIMINOLÓGICOS VERSUS CRIANÇA E ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: UMA ALTERNATIVA AO SISTEMA RETRIBUTIVO TRADICIONAL
Nayara Sthéfany Gonzaga Silva.....251

AS POSSÍVEIS FORMAS DE TUTELA DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS DECORRENTES DA SOCIEDADE DO RISCO
Jéssika Chaves de Oliveira Aragão.....269

A UNIÃO POLIAFETIVA E O PRINCÍPIO DA FELICIDADE
Luiz Fellipe Campos da Silva.....287

O DIREITO É UM EFEITO: ENSAIO SOBRE PENSAMENTO DO FILÓSOFO ESPÍRITA LÉON DENIS
Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar.....307

ARBITRAGEM E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Luana Pinho Oliveira Ferreira & Marcela Pereira Mattos Felizola.....319

A MAGISTRATURA E SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - VITALICIEDADE E IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS
Edson Alexandre da Silva.....333

O SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE NO BRASIL & OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS
Gilberto Bezerra Ribeiro.....337

O STATUS DO EMBRIÃO HUMANO PRÉ-IMPLANTADO
Josefa Jumar Ramos Souza & Ana Patrícia Souza.....363

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: RELEVÂNCIA PROCESSUAL E PROCEDIMENTAL
Thaïs Carvalho Santos.....383

APRESENTAÇÃO

Honra-me apresentar mais uma edição da *Revista da Escola Judicial de Sergipe*. Periódico que tem se notabilizado por cumprir seu papel de difusor do pensamento jurídico sergipano.

Essa missão da revista há de ser entendida como uma necessidade cultural na terra de Tobias. Com efeito, o pequeno grande Estado já presenteou o Brasil com ícones que vão desde o próprio Tobias Barreto, passando por nomes do quilate de Sílvio Romero, Gumersindo Bessa, Carvalho Neto, Arthur Oscar de Oliveira Deda, Fontes de Alencar, Carlos Ayres Britto e tantos outros.

É dizer: sem um ambiente que favoreça a propagação de ideias, essa forte tradição de qualidade do pensamento jurídico sergipano se empobrece. Resultado que deve ser combatido a todo custo, para que continuem a vicejar nomes que possam contribuir para o desenvolvimento do país a partir de um sofisticado e preciso estudo do Direito.

O próprio Tobias já afirmava a plenos pulmões que o Direito não é um filho do céu, mas um produto da história. E a *Revista da Ejuse* demonstra, com mais esta edição, seu destino de poderoso instrumento de preservação e veiculação de originais olhares sobre as normas e fenômenos jurídicos.

A partir do exame dos temas escolhidos para esta edição, nota-se o amplo espectro da atenção dos autores, que se ocuparam de problemas relacionados à família, à violência, ao sistema político, à administração

pública, ao direito processual, dentre outros campos de interesse da sociedade em geral e da comunidade jurídica em particular.

Dessa maneira, a Ejuse dá mais um passo no cumprimento de sua função institucional.

Desejo a todos uma excelente e proveitosa leitura.

Francisco Alves Júnior
Juiz de Direito
Membro do Conselho Editorial e Científico da Revista da Ejuse

DOUTRINA

A INTERVENÇÃO E A AUTONOMIA POLÍTICA DOS ENTES FEDERATIVOS

Ana Lúcia Freire de Almeida dos Anjos[*]

RESUMO: O presente artigo apresenta um estudo sobre a Intervenção como ato excepcional e transitório de um ente da federação em outro nos limites previstos na Constituição Federal. Tece considerações a respeito dos procedimentos adotados quando estabelecida de ofício por ato do Chefe do Poder Executivo ou provocada por meio de solicitação ou requisição. Também demonstra a não obrigatoriedade da nomeação do interventor e que o ato interventivo pode se limitar a suspender aquilo que deu causa à intervenção, o que confirma a excepcionalidade e o caráter provisório da medida. Revela a sua finalidade em buscar a unidade e a preservação da soberania do Estado federal e das autonomias da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção. Autonomia. Excepcionalidade. Temporariedade. Necessidade. Formalidade.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, o vocábulo federação tem origem do latim *foedus* ou *foederis,* que significa união, pacto, aliança, tratado, convenção (REZENDE e BIANCHET, 2014).

Inserto nesse conceito, o Estado Brasileiro caracteriza-se por ser federativo, formado pela união indissolúvel de vários entes, chamados de Estados-membros, os quais, baseando-se no princípio da autonomia, possuem capacidade de auto-organização, sendo atribuído a estes o poder de agir nos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Destarte, a organização do Estado encontra-se alicerçada na autonomia da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, no dizer de Dirley da Cunha Júnior (2002), mantêm entre si relações de cooperação, mas também de independência. É essa autonomia que

[*] Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Juíza Titular da 9ª Vara Cível da Comarca de Aracaju. Graduada pela Universidade Federal de Sergipe.

revela a repartição de competências das entidades federativas, essencial para a definição do Estado.

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 18, que "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

Revela-se, assim, que somente em casos excepcionais é permitida a intromissão na autonomia política dos entes federativos, o que se faz com o objetivo de preservar a unidade e existência da Federação. Esse instrumento é a Intervenção.

Por meio da Intervenção, pois, excepcionalmente, uma entidade deixa de exercer as suas competências ou parte delas, as quais serão assumidas pela entidade interventora.

2 CONCEITO

Segundo o Professor José Afonso da Silva (2006), "Intervenção é ato político que consiste na incursão a entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta.

Para Dirley da Cunha Júnior, a Intervenção pode ser definida como:

> (…) ato político, fundado na Constituição, que consiste na ingerência de uma entidade federada nos negócios políticos de outra entidade igualmente federada, suprimindo-lhe temporariamente a autonomia, por razões estritamente previstas na Constituição. (DIRLEY. 2014. p. 727).

Já para Alexandre de Moraes, constitui a Intervenção:

> (…) medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto Constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios (MORAES. 2005. p. 286.).

3 ESPÉCIES DE INTERVENÇÃO

Duas são as espécies de intervenção:

> - **Intervenção Federal** - Intervenção da União nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios localizados em Territórios – art. 34 da CF;
> - **Intervenção Estadual** – Intervenção dos Estados nos Municípios – art. 35 da CF.

3.1 INTERVENÇÃO FEDERAL

A Intervenção Federal é, como visto, aquela realizada pela União nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios localizados em Territórios, conforme disposição do art. 34 da Constituição Federal que assim prevê:

> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
> I - manter a integridade nacional;
> II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
> III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;
> IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
> V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
> a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
> b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
> VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
> VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
> a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

> b) direitos da pessoa humana;
> c) autonomia municipal;
> d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
> e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

De logo se percebe no *caput* do dispositivo a regra da não intervenção (*a União não intervirá*) e a excepcionalidade dela (*exceto para*).

Os supracitados incisos trazem em si os *pressupostos materiais* da Intervenção. São, portanto, situações concretas que justificam a intervenção apresentando fundamento material para a sua decretação.

Os pressupostos formais, por sua vez, encontram-se disciplinados no art. 36 do Texto Maior que prevê que o decreto de intervenção federal, de competência privativa do Presidente da República dependerá:

> Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:
> I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;
> II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;
> III- de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

3.1.1 PROCEDIMENTO DA INTERVENÇÃO FEDERAL

O procedimento da intervenção federal vem regulado pela Magna Carta que fixa tanto a pessoa legitimada a decretar o ato, como os casos em que é permitido decretar a medida.

A intervenção, pois, pode se dar ***ex officio***, também chamada **espontânea** nas hipóteses do art. 34 incisos I, II, III e V da Constituição Federal, caso em que será decretada de ofício pelo Presidente da República, ou **provocada** quando depender de solicitação, requisição ou provimento judicial nos casos dos incisos IV, VI e VII do mesmo dispositivo e na forma dos incisos I, II e III do art. 36 da Lei Maior.

A intervenção ocorre *ex officio*, sendo este, em regra, o procedimento, quando o Presidente da República percebendo a presença de motivos que a autorize (pressupostos materiais) e a necessidade dela, consultará o Conselho da República (art. 90, I, CF) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91, II, CF), constituindo-se tais manifestações de caráter meramente opinativo (não vinculante). Entendendo o Presidente da República pela necessidade da intervenção, editará o decreto interventivo.

O decreto de intervenção, então, especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e, se couber, nomeará o interventor, devendo ser submetido à apreciação do Congresso Nacional no prazo de vinte e quatro horas (art. 36, § 1º, CF), ao que a doutrina denomina de "controle político" da intervenção. Se o Congresso Nacional não estiver funcionando, far-se-á a convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas (art. 36 § 2º). Assim, o Congresso Nacional ou aprovará a intervenção federal ou a rejeitará por meio de decreto legislativo, suspendendo a execução do decreto interventivo (art. 49, IV, CF). No caso de rejeição, o Presidente da República deverá cessá-lo imediatamente, sob pena de cometer crime de responsabilidade.

O procedimento da intervenção varia, contudo, quando provocada por solicitação (CF, artigos 34, IV e 36, I, 1ª parte) por requisição (CF artigos 34, IV e 36, II) ou quando depender de provimento judicial de representação (art. 34, III, CF). Nesses aspectos, há procedimentos específicos.

Nesse sentido, trata-se de intervenção **provocada**, quando o Presidente da República é levado a expedir o decreto interventivo em razão de solicitação dos poderes coactos no âmbito estadual ou em virtude de requisição por parte do Supremo Tribunal Federal ou de outro Tribunal Superior.

No caso do art. 34, IV, dependerá de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo quando a coação ou impedimento recaírem sobre qualquer deles impedindo o seu livre exercício, ou de requisição

do Supremo Tribunal Federal se a coação for exercida contra o Poder Judiciário.

Em sendo a coação, pois, exercida contra o Poder Judiciário deverão as providências ser solicitadas ao Supremo Tribunal Federal, caso em que, havendo concordância com o pedido, o STF irá *requisitar* do Presidente da República a intervenção.

Tratando-se de prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária, dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral (art. 36, inciso II, CF). Nesse aspecto, a competência será definida em razão da matéria que estiver sendo objeto de descumprimento. Se fundada na Constituição Federal, a competência para requisição será do Supremo Tribunal Federal. Tratando-se de matéria infraconstitucional (legislação federal) caberá ao Superior Tribunal de Justiça o exame da intervenção federal. Por fim, quando envolver matéria eleitoral a requisição será efetuada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

É, contudo, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal a requisição de intervenção para a execução de decisões da Justiça do Trabalho ou da Justiça Militar, mesmo que fundada em matéria infraconstitucional.

Dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal (art. 36, III, CF).

Percebe-se, assim, que duas situações se apresentam: Na hipótese prevista no art. 34 inciso VII da Constituição Federal a que se refere o art. 36, III da CF, a decretação da intervenção federal dependerá do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, a chamada ADI-Interventiva proposta pelo Procurador-Geral da República. Já no caso de recusa à execução de lei federal, a intervenção federal dependerá do julgamento procedente de representação igualmente proposta pelo Procurador-Geral da República.

A Lei nº 12.562/2011 que regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal dispondo sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal prevê em seu art. 2º que a representação será proposta pelo Procurador-Geral da República, em caso de violação aos princípios referidos no inciso VII do art. 34 da Constituição Federal, ou de recusa, por parte de Estado-

Membro, à execução de lei federal.

Em seu art. 11, estabelece a citada legislação:

> Art. 11. Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e, se a decisão final for pela procedência do pedido formulado na representação interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 (quinze) dias, dar cumprimento aos §§ 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal.

Nesse aspecto, os parágrafos 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal assim preveem:

> Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:
> (…)
> § 1º - O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.
> (...)
> § 3º - Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

Como já visto, a intervenção possui caráter excepcional, portanto, nos casos do art. 34, incisos VI e VII ou do art. 35, inciso IV da CF, o decreto deve se limitar a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida for suficiente para o restabelecimento da normalidade.

Uma questão deve ser observada. A doutrina estabelece distinção em razão da ação do Presidente da República para os casos de intervenção

por *solicitação* e por *requisição*. No caso de intervenção mediante solicitação, o Presidente da República possui discricionariedade, o que não ocorre quando se tratar de requisição pelo Poder Judiciário. Neste último caso, será um ato vinculado do Presidente da República, restrito à mera formalização da decisão judicial, dispensando-se, inclusive, a ouvida do Conselho da República e do Conselho da Defesa Nacional, além de apreciação posterior pelo Poder Legislativo.

3.2 INTERVENÇÃO DOS ESTADOS NOS MUNICÍPIOS

Como já observado, somente os Estados-membros poderão intervir nos municípios, excepcionando-se os casos de municípios existentes nos territórios federais, quando então competirá à União a intervenção.

A intervenção estadual, pois, trata-se daquela realizada pelo Estado em seus Municípios, e as hipóteses, de caráter excepcional, encontram-se previstas taxativamente no art. 35 da CRFB/88 que assim dispõe:

> Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:
> I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
> II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
> III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
> IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Necessário se faz registrar que a Constituição do Estado de Sergipe acresceu duas hipóteses além daquelas taxativamente previstas no supracitado dispositivo constitucional, através dos incisos V e VI do art. 23, assim dispondo:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

> (…)
> V - forem praticados atos de corrupção na administração municipal;
> VI - deixar de recolher por seis meses consecutivos ou alternados, aos órgãos oficiais da Previdência Social, os valores descontados em folha de pagamento dos seus servidores, bem como as parcelas devidas pela Prefeitura, conforme o estabelecido em convênios e na legislação específica.

Tais incisos foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal através da ADI 336, tendo como Relator o Ministro Eros Grau:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO A PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE. EXPRESSÃO "REALIZADO ANTES DE SUA ELEIÇÃO" INSERIDO NO INCISO V DO ARTIGO 14; ART. 23 INCISOS V E VI; ART. 28 PARÁGRAFO ÚNICO; ART. 37 *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO; ARTIGO 46 INCISO XIII; ARTIGO 95, § 1º; ARTIGO 100; ARTIGO 106, § 2º; ARTIGO 235, §§ 1º E 2º; ARTIGO 274; TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE. ARTIGO 13, *CAPUT*, ARTIGO 42; E ARTIGO 46 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 29 INCISO XIV; 35; 37 INCISOS X E XIII; E 218, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.
> 1. Ação direta julgada procedente em relação aos seguintes preceitos da Constituição sergipana.
> i) (...)
> ii) Artigo 23 incisos V e VI: dispõem sobre os casos de intervenção do Estado no Município. O artigo 35 da Constituição do Brasil prevê as hipóteses de intervenção dos Estados nos Municípios.

> A Constituição sergipana acrescentou outras hipóteses. (...)

Em suas ponderações o Ministro Relator esclarece que a Constituição Federal prevê quatro casos de intervenção do Estado no Município, e o constituinte sergipano a eles acrescentou outros dois, quando o art. 35 da CF/88 também consubstancia preceitos de observância compulsória por parte dos Estados-membros, sendo inconstitucionais quaisquer ampliações ou restrições às hipóteses de intervenção.

Assim, a intervenção estadual nos municípios possui as mesmas características e critério de excepcionalidade da intervenção federal nos Estados, já que a regra é a autonomia dos municípios. Portanto, somente nas situações taxativamente previstas na Constituição Federal poderá ela ocorrer, sendo defeso qualquer ampliação ou restrição às suas hipóteses.

Nos casos dos incisos I, II e III do art. 35 da CRFB, a intervenção ocorrerá por decreto do Governador do Estado. Decretada a intervenção, será ele submetido à Assembleia Legislativa do Estado no prazo de 24 horas. Se a Assembleia Legislativa não estiver funcionando, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo.

Já na situação prevista no inciso IV do mesmo dispositivo constitucional, no caso de ser a ação julgada procedente pelo Tribunal de Justiça do Estado, fica dispensada a apreciação pelo Poder Legislativo.

O procedimento, pois, será o mesmo aplicado à intervenção federal nos Estados-membros e Distrito Federal. Nos casos de *intervenção espontânea* (artigo 35, I, II, III), o decreto de intervenção deverá ser submetido ao Poder Legislativo. Na hipótese de *intervenção provocada* (artigo 35, IV), fica dispensada a apreciação do decreto de intervenção pela Assembleia Legislativa.

4 NOMEAÇÃO DO INTERVENTOR E CESSAÇÃO DA INTERVENÇÃO

Através do decreto interventivo, que conterá a abrangência, prazo e condições de execução da intervenção, o chefe do Poder Executivo nomeará se necessário, interventor, (art. 36, § 1º, CF) afastando as autoridades envolvidas.

O interventor irá substituir a autoridade da entidade que sofre a

intervenção praticando os atos diretamente ligados a esta (neste caso, a responsabilidade civil primária é da entidade que sofre a intervenção), como, também, atos de gestão comum onde a responsabilidade civil primária é da entidade que sofre a intervenção e a subsidiária da entidade interventora.

A disposição do § 3º do artigo 36 da CF, que se refere aos casos do art. 34 inciso VI e VI demonstra não só a excepcionalidade da intervenção, como também que a figura do interventor não é obrigatória, já que o ato interventivo pode se limitar a suspender aquilo que deu causa à intervenção.

O § 4º do art. 36 da CF, por sua vez, estabelece que cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (ex. fim de mandato, suspensão ou perda dos direitos políticos).

Revela-se, pois, que a intervenção é ato temporário, cuja duração deve constar do Decreto interventivo, conforme já mencionado. Assim, ela prevalecerá somente pelo tempo necessário para a solução do motivo que a gerou. Não mais existindo os motivos, não há como justificar a sua manutenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo se conclui que obedece a intervenção quatro princípios básicos quais sejam: o da excepcionalidade, necessidade, temporariedade e formalidade. A regra é da não intervenção, ocorrendo esta somente em situação excepcional; necessária, quando presentes motivos determinados e constitucionalmente estabelecidos; temporária, sendo inadmissível a sua perpetuidade, devendo ainda obedecer a pressupostos de forma.

Consiste, pois, de medida de natureza política correspondente à intromissão de um ente superior em um ente inferior, restringindo de forma temporária e excepcional a autonomia deste com a finalidade de buscar a unidade e a preservação da soberania do Estado federal e das autonomias da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Intervenção é sem sombra de dúvidas ato necessário e de grande importância para garantir a unidade e o pacto federativo.

INTERVENTION AND THE AUTONOMY OF POLICY FEDERAL ENTITIES

ABSTRACT: This article presents a study on Intervention as exceptional and temporary act of one level of government to another within the limits set by the Constitution . Weaves considerations about the procedures adopted when established craft by an act of the Chief Executive or caused by request or appointment. It also demonstrates the lack of mandatory appointment of intervenor and the intervening act may be limited to suspend what gave rise to the intervention , which confirms the exceptional and temporary nature of the measure. Reveals his purpose in seeking unity and the preservation of the sovereignty of the federal state and the autonomy of the Union, the States, the Federal District and the municipalities.

KEYWORDS: Intervention. Autonomy. Exceptionality. Staging. Need. Formality.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

BRASIL Lei 12.562/2011. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/.../Lei/L12562.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 336. Relator Ministro EROS GRAU. Data de Julgamento 10/02/2010. Disponível em redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm; 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Atlas S.A; 2005.

SERGIPE. Constituição do Estado de Sergipe (1989). Disponível em www.al.se.gov.br/cese/constituicao_do_estado_de_sergipe

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed.

São Paulo: Malheiros: 2006.
REZENDE, Antonio Martinez de; Bianchet, Sandra Braga. *Dicionário do Latim Essencial*. 2. ed. São Paulo, PÁGINAS: 512, Coleção Clássica:2014.

LEI MARIA DA PENHA COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho*

RESUMO: O escopo primordial da Lei Maria da Penha não é a repressão, mas sim a prevenção da violência de gênero, seja inibindo a ocorrência do delito ou mesmo buscando instrumentos que evitem a reincidência. É uma lei, portanto, elaborada com o objetivo de combater o fenômeno social da violência doméstica e familiar contra a mulher, mediante o estabelecimento de um conjunto de ações de natureza criminal e principalmente de natureza extrapenal.

PALAVRAS-CHAVE: Maria da Penha. Lei 11.340/2017. Violência de Gênero. Prevenção. Políticas Públicas. Direito Penal.

1 INTRODUÇÃO

O escopo instrumentalizador da Lei Maria da Penha se revela já no primeiro artigo, o qual expressa como objeto do texto legal a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tais mecanismos consistem na especialização da prestação jurisdicional, através da criação de um "Juizado" de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e o estabelecimento de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de vulnerabilidade de gênero.

Para tanto, necessária é a implementação de um sistema organizado e multidisciplinar voltado à prevenção deste tipo de violência e ao atendimento integral à mulher vitimada, vislumbrando-se aí mais que proteção jurídico-legal, mas também social, assistencial e humana (Hermann, 2012:87).

Além da preocupação com ações educativas, informativas e sociais, os quais denotam a prevenção do fenômeno, há também na legislação o

* Juíza de Direito da Comarca de Poço Redondo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

aspecto da contenção do fenômeno.

Para tanto, busca-se coibir as condutas enquadradas como violência de gênero não apenas mediante a repressão da conduta do agressor e atribuição de tratamento penal dispensado às agressões criminalizadas, mas também e principalmente evitar a continuidade da violência através de mecanismos diversos, inclusive não-penais, voltados ao agressor, à vítima e aos demais atores envolvidos no conflito familiar onde a prática violenta ocorreu (Hermann, 2012:88).

Percebe-se que, neste ponto, andou bem a legislação ao apontar os mecanismos e estratégias para a contenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, tanto em relação ao seu aspecto preventivo quanto ao repressivo.

A legislação é considerada uma das mais avançadas do mundo, juntamente com a Espanha e Mongólia . Contudo, não basta somente a legislação, sendo necessária também a integração dos serviços de assistência social, saúde e justiça, além da implementação das políticas públicas aventadas na própria lei.

O tema da violência doméstica é social, público, político e internacional, afeto aos direitos humanos e como tal deve ser tratado pelo Estado, pela sociedade e pelos órgãos incumbidos de intervenção, seja na sua forma punitiva ou assistencial.

É um compromisso que deve ser encarado para o fim de uma mudança de mentalidade cultural.

A legislação supera as críticas existentes em razão de seu aspecto punitivo, já que traz todo um arcabouço de políticas públicas capazes de superar a desigualdade de gênero e o conflito que se instaurou entre os seus atores.

2 DIREITO PENAL NA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/2006 não é uma lei essencialmente punitiva, mas, ao contrário, traça diretrizes de prevenção e assistência social que, se implementadas, podem contribuir sobremaneira para a redução das desigualdades e superação do problema social da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Contudo, embora não seja totalmente repressiva, na parte em que trata do sistema penal, o faz com bastante rigor, a fim de aprimorar o

sistema para que as situações concretas que envolvem o tema sejam tratadas com a seriedade que a situação reclama.

Assim, quando nos deparamos com casos que envolvem a violência doméstica e familiar contra a mulher, não haverá a possibilidade de aplicação da Lei 9.099/95 e seus institutos despenalizadores, sendo vedado qualquer tratamento equivalente a uma infração de menor potencial ofensivo.

E neste caminho trilha a jurisprudência, destacando-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo aos casos que sejam objeto de aplicação da lei em comento.

Outrossim, também delimitou o Supremo Tribunal Federal que a ação penal é pública incondicionada quando o fato imputado se enquadrar como lesão leve cometido sob a égide da Lei Maria da Penha.

Por outro lado, verifica-se que, apesar de não ser recomendável a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos, a lei possibilita a suspensão condicional da pena, aplicável quando da sentença.

Além disso, verifica-se a criação de medidas protetivas de urgência em prol da vítima, havendo inclusive a possibilidade de prisão preventiva do agressor em caso de descumprimento.

Tudo isso por representar a violência doméstica e familiar contra a mulher afronta ao princípio da igualdade entre homens e mulheres e um atentado à dignidade da pessoa humana.

A Lei 11.340/2006 tenciona a adoção de medidas em favor da mulher em situação de vulnerabilidade de gênero e deve ser interpretada de acordo com as finalidades para as quais se destina, que é a prevalência dos direitos humanos das mulheres.

Alguns criticam a Lei aduzindo que ela contrariou a tendência minimalista do Direito Penal, na medida em que agravou as penas, autorizou a decretação da prisão preventiva de forma excepcional e excluiu a mulher da discussão do problema, sob o argumento de que tal fato inviabiliza uma solução satisfatória.

Outros sustentam que os conflitos domésticos não deveriam ser tutelados pelo Direito Penal, pois as mulheres não buscam a punição ou a separação de seus companheiros, mas apenas a cessação da violência.

Necessário, porém, salientar que diferente da tratativa do conflito na órbita do direito privado, com suas respectivas consequências, é a

resolução de um problema social que por muito tempo não mereceu o tratamento adequado do Estado e que somente agora, após ser reconhecido como violação aos direitos humanos, é que ocorre a tutela de forma excepcional e temporária visando a prevenção e o combate do fenômeno social.

O assunto merece uma acolhida diferenciada do Estado, já que tais conflitos envolvem a violência de gênero, que está muito distante de ser um assunto privado, mas sim de interesse coletivo e internacional.

O histórico de produção da legislação não conduz à conclusão de que o objetivo traduz a necessidade de maior expansão do poder punitivo, mas sim a de ampla proteção da integridade física e moral da mulher.

Mesmo com todo o rigor, repita-se, a Lei não é meramente de cunho penal. Definitivamente, não o é.

A lei é composta por 46 artigos e somente cinco é que possuem natureza criminal (Bianchini, 2013: 79).

A Lei Maria da Penha é realmente uma lei que prevê uma série de programas e estratégias para fins de prevenção e combate da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dentre as suas metas, mas não o é em caráter majoritário, está a punição do agressor no âmbito penal quando o fato cometido corresponder a um bem jurídico relevante que justifica a intervenção do Estado, como detentor do jus puniendi.

Isto porque a Lei, como já se disse anteriormente, visa acelerar o processo igualitário de gênero e, para tanto se destaca o excepcional e transitório rigor das normas penais, por razões de política criminal, até que a situação fática seja modificada.

É certo que tal estratégia, por si só, não é medida suficiente para a resolução de conflitos de natureza afetiva e familiar.

Faço ainda os seguintes questionamentos: por que não punir os fatos delituosos quando diante da violência doméstica e familiar contra a mulher com rigor, quando o caso assim o indicar? O simples argumento da manutenção da família é suficiente para afastar a incidência do direito penal nestes casos? Por que tratar o problema da violência doméstica de forma diversa e mais benéfica das demais lesões aos bens jurídicos relevantes?

Assim, embora saibamos que a violência doméstica e familiar não possa ser tratada somente com respostas penais, existe a necessidade de

reparar o dano causado à sociedade e as pessoas com o cometimento do crime e o Estado tem que exercer o seu jus puniendi, cumprindo a função de prevenção geral com a ameaça de pena ou limitação de direitos (Mello, 2009: 7).

O escopo primordial da Lei Maria da Penha, portanto, não é a repressão, mas sim a prevenção da violência de gênero, seja inibindo a ocorrência do delito ou mesmo buscando instrumentos que evitem a reincidência.

É uma lei, portanto, elaborada com o objetivo de combater o fenômeno social da violência doméstica e familiar contra a mulher, mediante o estabelecimento de um conjunto de ações de natureza criminal e principalmente de natureza extrapenal.

3 LEI MARIA DA PENHA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER MEDIANTE A PREVISÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como instrumento de prevenção e combate da violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei 11.340/2006 prevê políticas públicas assistenciais.

Entretanto, verificamos que a ausência de implementação das políticas públicas previstas na legislação impede a sua total aplicabilidade prática e, por consequência, a efetividade que dela se espera.

Surge, então, o seguinte questionamento: podemos atribuir a ineficácia da legislação ao rigor da parte criminal quando ainda não temos a total aplicabilidade prática da legislação?

A questão da inefetividade da Lei Maria da Penha não se refere ao rigor da exígua parte criminal que lhe é peculiar, mas sim da inércia do Poder Público quanto à implementação dos instrumentos contidos na legislação para a sua completa aplicabilidade e eficácia.

Deve-se, portanto, à ausência dos instrumentos na prática para a sua completa aplicação, e com isso sempre me deparo no dia-a-dia forense.

Ao Estado interessa a prevenção e combate da violência de gênero, por ser um problema social que atinge pessoas vulneráveis, desde a mulher aos filhos, muitas vezes ainda crianças e adolescentes.

É um problema que deve ser tratado dentro da esfera do público e

não no privado, pois as experiências de outrora demonstraram que o problema não pode ser resolvido quando os seus atores estão envolvidos pelo ciclo da violência de gênero, porque vulneráveis.

Assim, a legislação realmente, por ser uma das mais avançadas do mundo, merece atenção especial no tocante à sua real implementação, a fim de lhe ser conferida a aplicabilidade prática prevista, visando à busca da efetividade almejada quando de sua elaboração.

O grande desafio consiste em fazer com que o reconhecimento de tais direitos humanos corresponda à eficácia das políticas públicas previstas, mediante ações concretas que contribuam para a fruição plena desses direitos fundamentais pelas mulheres.

4 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/2006 determina que o poder público deverá desenvolver políticas que visem à garantia dos direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares, a fim de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão .

Traça diretrizes para orientação das políticas públicas, ressaltando que tais orientações legais devem erigir de um conjunto articulado entre União, Estados e Municípios e de ações não governamentais, consistindo em atuações planejadas de diferentes setores como assistência social, segurança, educação, justiça, meios de comunicação, sociedade civil organizada, dentre outros (Hermann, 2012: 113) .

Verifica-se a necessidade de compromisso do Estado no que concerne à implementação de políticas públicas em relação ao gênero feminino é cada vez maior, tendo em vista as obrigações assumidas quando da ratificação da Convenção Belém do Pará .

As políticas públicas previstas na legislação estão elencadas no art.8º da Lei 11.340/2006, dentre as quais se destaca a necessidade de integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

Com a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), da Presidência da República, em 2003, foram elaborados conceitos,

diretrizes e normas, bem como estratégias nacionais voltadas para o combate da violência, a fim de orientar a gestão dos agentes envolvidos, operadores do direito e executores das ações de enfrentamento, visando a efetivação das políticas de Estado voltadas para a erradicação da violência contra as mulheres no Brasil.

As políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres foram ampliadas e passaram a incluir ações de prevenção, de garantia de direitos e inclusive de responsabilização dos agressores.

Até 2003, as Casas Abrigo e as Delegacias Especializadas de atendimento à Mulher (DEAMs) constituíam as principais respostas do Poder Público à questão da violência contra as mulheres.

Ressalte-se que a preocupação com a implementação do atendimento policial especializado para as mulheres é de salutar importância, já que a ausência de capacitação dos policiais envolvidos no atendimento à mulher em sede policial pode provocar a vitimização secundária da mulher.

Depois disso, houve um redimensionamento no eixo da assistência, passando a compreender outros serviços, tais como os centros de referência da mulher, defensorias da mulher, promotorias da mulher ou núcleos de gênero dos Ministérios Públicos, juizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, a Central de Atendimento à Mulher, dentre outros.

A rede de enfrentamento à violência contra as mulheres diz respeito à atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não-governamentais e a comunidade, visando o desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção e de políticas que garantam o denominado empoderamento das mulheres e seus direitos humanos, a responsabilização dos agressores e a assistência qualificada às mulheres em situação de violência.

Quanto à rede de atendimento, faz-se referência ao conjunto de ações e serviços de diferentes setores (assistência social, justiça, segurança pública e saúde), para fins de ampliação e melhoria da qualidade do atendimento, identificação e encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência e à integralidade e humanização do atendimento.

O objetivo da rede de enfrentamento é dimensionar a complexidade da violência contra as mulheres e seu caráter multidimensional, já que

envolve diversas áreas como a saúde, a educação, a segurança pública, a assistência social, a justiça, a cultura e outros.

A rede de enfrentamento deve efetivar os quatro eixos previstos na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, quais sejam, o combate, a prevenção, a assistência e a garantia de direitos, bem como dimensionar a complexidade do fenômeno da violência contra as mulheres.

Também foram estabelecidas diretrizes nacionais para o abrigamento, no sentido de resgatar a Casa-Abrigo como o espaço de segurança, proteção, construção da cidadania e resgate da autoestima e empoderamento das mulheres.

Tudo isto deve ser implementado pelo Poder Público, em todas as esferas, a fim de concretizar os direitos humanos das mulheres.

O artigo 8º da legislação também prevê a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas.

A lei determina que o Ministério Público, sem prejuízo de outras instituições, elabore o cadastramento dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher .

Tal atribuição conferida ao Ministério Público serve para a elaboração de estatísticas, fundamentais para a promoção de estudos e pesquisas visando o aprimoramento da prevenção e combate da violência de gênero.

A importância de tais estatísticas também oferece uma melhor apuração da realidade fática no tocante aos índices de violência, de forma a permitir uma melhor articulação dos órgãos envolvidos na rede que lhe é peculiar.

Tais estatísticas serão incluídas nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança, a fim de subsidiar o sistema nacional de dados e informações relativo às mulheres, possibilitando às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal a remessa das informações criminais para a base de dados do Ministério da Justiça .

Quanto à questão da imprensa, impõe o artigo em comento o

respeito aos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III, do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso I do art. 221 da Constituição Federal.

Isto se verifica porque, sem dúvida alguma, o problema da violência de gênero pode ser combatido também na esfera da publicidade dos meios de comunicação, visando a educação do público no tocante ao respeito da mulher como sujeito de direitos.

Também no setor da educação a lei dispôs sobre a promoção e realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, bem como a difusão da lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres.

Previu também a legislação a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ressalte-se, neste ponto, que tais programas não são somente conferidos à vítima, mas também ao agressor, aos familiares e testemunhas.

E é muito importante que toda a rede de enfrentamento, inclusive o Poder Judiciário, tenha o conhecimento acerca de tais instrumentos, a fim de melhor encaminhar os casos para a erradicação da violência de gênero.

Por isso é que a lei também previu a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e Defensoria Pública, bem como das áreas da segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, quanto às questões de gênero e de raça ou etnia.

Tais profissionais devem ser capacitados no tocante à violência de gênero, raça e etnia, sendo capazes de compreender a complexidade do fenômeno e evitar a emissão de opiniões preconceituosas e juízos de valor que impeçam o acolhimento e o atendimento qualificado necessários, de forma humanizada (Bianchini: 2013, 89).

Por último, o artigo elenca a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, além de estabelecer que seja destacado nos currículos escolares de todos os níveis de ensino os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

5 CONCLUSÃO

Quando da interpretação dos dispositivos da Lei Maria da Penha, os operadores do direito devem conduzir ao atendimento da finalidade legal, qual seja, assegurar à mulher em situação de violência condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Ressalte-se que muito destas políticas públicas traduzidas pela Lei Maria da Penha traduzem os meios para o alcance de direitos sociais das mulheres, portanto fundamentais/humanos, cuja inércia estatal autoriza a interferência do Poder Judiciário para fins de concretização dos comandos normativos em epígrafe.

O escopo primordial da Lei Maria da Penha, portanto, não é a repressão, mas sim a prevenção da violência de gênero, seja inibindo a ocorrência do delito ou mesmo buscando instrumentos que evitem a reincidência.

É uma lei, portanto, elaborada com o objetivo de combater o fenômeno social da violência doméstica e familiar contra a mulher, mediante o estabelecimento de um conjunto de ações de natureza criminal e principalmente de natureza extrapenal.

A questão da inefetividade da Lei Maria da Penha não se refere ao rigor da exígua parte criminal que lhe é peculiar, mas sim da inércia do Poder Público quanto à implementação dos instrumentos contidos na legislação para a sua completa aplicabilidade e eficácia.

Assim, a legislação realmente, por ser uma das mais avançadas do mundo, merece atenção especial no tocante à sua real implementação, a fim de lhe ser conferida a aplicabilidade prática prevista, visando à

busca da efetividade almejada quando de sua elaboração.

O grande desafio consiste em fazer com que o reconhecimento de tais direitos humanos corresponda à eficácia das políticas públicas previstas, mediante ações concretas que contribuam para a fruição plena desses direitos fundamentais pelas mulheres.

___

MARIA DA PENHA LAW AS A TOOL TO CONTAIN FAMILY AND DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMAN

ABSTRACT: The primary scope of the Maria da Penha Law is not repression, but rather the prevention of gender violence, either by inhibiting the occurrence of the offense or even seeking ways to prevent a recurrence. It is a law, therefore, prepared in order to remedy the social phenomenon of domestic violence against women by establishing a set of criminal actions and especially extrapenal nature.

KEYWORDS: Maria da Penha. Law 11.340/2017. Gender Violence. Prevention. Public Policy. Criminal Law.

REFERÊNCIAS

IANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero/Alice Bianchini – São Paulo: Saraiva, 2013 – (Coleção saberes monográficos).

HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha Lei com nome mulher: violência doméstica e familiar, considerações à Lei nº 11.340/2006, comentada artigo por artigo/Leda Maria Hermann – Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero; Wânia Pasinato Izumino – 2. ed. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2004.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público. In: Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina/ Carmen Hein de Campos, organizadora – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MELLO, Adriana Ramos de. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen

Júris, 2009.
REVISTA ISTO É– 6 de março de 2013 – Ano 37 – Nº 2259

SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO

Jade Anjos Meira[*]

RESUMO: O trabalho em comento cuida da possibilidade de as ações de divórcio serem julgadas antecipadamente com cognição exauriente, mesmo quando cumuladas com outros pedidos que demandem instrução probatória. Para isso, serão discutidas as novas ações de divórcio após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010 cuja modificação na Carta Magna acarretou a simplificação do objeto cognitivo de tais ações. Será assim demonstrado que ao exigir somente a manifestação de vontade das partes de não mais permanecerem casadas, o pedido de divórcio passou a se constituir em um fato incontroverso. A justificativa para essa evolução processual é trazida por meio da efetividade do direito à intimidade, à vida privada dos cônjuges, e, por consequência, do princípio da dignidade da pessoa humana na dissolução da união conjugal. No que tange ao aspecto processual dessa mudança legislativa, analisa-se a viabilidade do julgamento parcial definitivo de mérito do pedido de divórcio, enquanto o processo segue para dilação probatória dos pedidos ainda controversos, com fundamento no §6º do art. 273 do Código de Processo Civil, assegurando a celeridade processual.

PALAVRAS-CHAVE: Ações de divórcio. Julgamento antecipado. Cognição exauriente. Emenda constitucional nº 66/2010. Fato incontroverso.

1 INTRODUÇÃO

A dissolução do vínculo conjugal, que antes exigia uma série de requisitos a serem cumpridos para que o casal pudesse se encontrar legalmente divorciado, hoje se tornou deveras simplificada, especialmente no que tange ao aspecto processual, que não mais demanda das partes expor sua vida privada em juízo.

As principais mudanças advieram com a promulgação da Emenda

[*] Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogada inscrita na OAB/SE 7445.

Constitucional nº 66/2010, a qual além de possibilitar um procedimento muito mais célere para o almejado divórcio, proporcionou o respeito à intimidade e à privacidade das partes, com redução de seu desgaste emocional, já por demais abalado com o casamento que não findou exitoso.

Este trabalho se propõe justamente a discutir essa facilitação da dissolução da união conjugal, dando enfoque ao seu aspecto processual, alterado em função da modificação constitucional. Para tanto, discute-se primeiramente sobre os direitos fundamentais que servem de base jurídica para esse procedimento abreviado, que promove a real efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e de seus consequentes direitos fundamentais à intimidade, privacidade, como também à razoável duração do processo.

Posteriormente, será realizado um breve apanhado histórico sobre as ações de divórcio desde o Código Civil de 1916, passando pelas alterações legislativas trazidas com o novo Código Civil de 2002 e com a Lei de Divórcio, que por sua vez já promoveram uma facilitação da separação judicial, até chegar, finalmente, à Emenda Constitucional nº 66/2010. A simplificação do objeto cognitivo da ação de divórcio ocasionada com a promulgação da emenda é então demonstrada, de modo a se verificar a constituição do objeto da ação de divórcio em um fato incontroverso, que pode ser julgado de imediato pelo magistrado.

Por fim, será analisado o procedimento mais condizente com essa nova ação de divórcio, de modo a destrinchar o chamado julgamento parcial definitivo de mérito, fundamentado no §6º do art. 273 do CPC, e a possibilidade de sua aplicação na referida ação. Essa aplicação será demonstrada quando a ação de divórcio é cumulada com outras pretensões, ainda controvertidas, e que, portanto, demandam dilação probatória, ocasionando a formação progressiva da coisa julgada.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AO DIVÓRCIO

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES MARITAIS

A dignidade da pessoa humana é o princípio basilar de nossa Constituição pátria, de modo que é a partir de tão importante princípio

que surgem os diversos direitos fundamentais de nossa ordem legislativa, sejam eles explícitos ou implícitos em nosso ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana se traduz assim em um complexo de direitos e deveres que garantem as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (Sarlet, 2006, p. 125).

Luís Roberto Barroso chama atenção para o preâmbulo da Carta Constitucional, para os seus primeiros artigos, bem como para o *status* de cláusula pétrea a eles conferidos, haja vista que todos centralizam a dignidade da pessoa humana e, por consequência, os direitos fundamentais em nosso sistema jurídico (2006, p. 110-111). Isso significa que tal princípio, do qual decorrem os direitos e garantias fundamentais, deve, em consonância com a Constituição, sempre pautar as relações humanas, as opções legislativas, bem como a forma como estas serão interpretadas.

A dignidade da pessoa humana se faz assim presente em inúmeras – quiçá todas – relações jurídicas e até mesmo naquelas relações não consideradas importantes para o ordenamento e, portanto, nele não previstas. O casamento e a união estável, exemplos de relações que trazem consequências jurídicas, como não poderia deixar de ser, estão também alicerçados na dignidade, que se faz presente nos deveres mútuos de respeito, cordialidade, afeto, dentre outros.

É certo que a constituição da família representa para muitas pessoas a concretização da felicidade, a qual deve se manter durante a união conjugal para que se tenha uma vida com dignidade, do contrário, não há qualquer sentido na permanência do vínculo. Ora, se a convivência não trouxe amor, afeto, respeito entre os cônjuges, por qual razão devem eles continuar juntos?

Quando por algum motivo, seja ele qual for, a relação conjugal não mais interessa aos conviventes, a dignidade da pessoa humana também se faz presente no momento em que a dissolução do vínculo matrimonial é realizada sem empecilhos, os quais apenas prejudicam os únicos interessados nessa dissolução: os cônjuges. Significa dizer que a dignidade também é efetivada quando a separação dos cônjuges, cujo casamento infelizmente resultou em um fracasso, é realizada de forma simples, harmônica, sem entraves jurídicos, tampouco mais desgaste emocional dos conviventes que continuam com o desejo de serem felizes, mas agora separadamente.

2.2 O DIREITO À PRIVACIDADE NA SEPARAÇÃO CONJUGAL

Para que se tenha uma dissolução conjugal com dignidade, é preciso partir do pressuposto de que os problemas no casamento ou união estável, que culminaram na separação, dizem respeito somente ao casal. Caso fosse preciso discutir uma teórica culpa de um ou de ambos os envolvidos, o procedimento judicial de dissolução do matrimônio passaria a ser uma intromissão indevida, desnecessária e até mesmo desumana na vida íntima dos cônjuges. Isso porque de nada interessa ao Estado o motivo da separação, uma vez que se é direito potestativo da pessoa contrair o matrimônio, também o deve ser o de sua dissolução. Nesse sentido, entende Cristiano Chaves:

> Ora, como a cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a *dignidade do homem*, não há dúvidas de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna. (Farias, 2003).

Ocorre que durante muito tempo vigeu em nosso ordenamento jurídico a necessidade de se buscar o culpado pelo término do vínculo afetivo para que a separação pudesse ser devidamente justificada para a sociedade. Exigia-se, inclusive, a comprovação de um lapso temporal de duração do matrimônio considerado aceitável perante o legislador para que a separação fosse permitida, em uma verdadeira afronta à vida privada e à intimidade dos conviventes, os quais, é preciso ressaltar, deveriam ser os únicos interessados em tal dissolução.

Expor em juízo os problemas matrimoniais dos conviventes se constituía em uma verdadeira violação permitida e, mais ainda, legalizada à sua privacidade. Pior do que isso, não havia qualquer razão para tanto, uma vez que por que motivo interessaria ao Estado conhecer tão profundamente sobre a vida íntima dos cônjuges? A invasão era tão desproporcional que se chegava ao ponto de a lei elencar causas supostamente válidas para a dissolução da união.

Por conta disso, se tornou imprescindível uma separação judicial que promovesse uma facilitação nesse processo por si só já difícil, visto

que não necessita de ingerências estatais indevidas. A alegação de culpa de determinado cônjuge se mostra irrelevante quando o que realmente importa é o simples desejo de não mais estar casado.

Desse modo, o processo de dissolução do vínculo conjugal passou por uma verdadeira reforma e evolução para melhor prover os interesses dos cônjuges, sem interferir de forma desmedida em sua privacidade, como se verá adiante.

3 AÇÃO DE DIVÓRCIO PÓS EC 66/2010

3.1 BREVE HISTÓRICO

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 66 em julho de 2010, o procedimento para se obter a separação judicial e consequente divórcio exigia determinados requisitos a serem cumpridos e comprovados em juízo, do contrário, os consortes eram obrigados a permanecer legalmente casados, mesmo sem que o desejassem.

O Código Civil de 1916, originariamente, apenas permitia o chamado desquite quando ocorria grave violação dos deveres conjugais, como a comprovação de adultério, tentativa de morte, sevícias, injúria grave, ou abandono voluntário do lar por mais de dois anos (Farias, 2003). A culpa pela dissolução do vínculo era determinante para que os cônjuges pudessem se ver livres do casamento. O "culpado" pela separação poderia inclusive ser sancionado, tendo menos direitos que o cônjuge "inocente" no processo de separação.

A dissolução sem culpa apenas surgiu com a promulgação da conhecida Lei do Divórcio – Lei nº 6.515/77. Em que pese ainda admitir casos de separação litigiosa fundada na culpa – sendo até mesmo uma das hipóteses a conduta desonrosa ou grave infração dos deveres do casamento, estabelecida no *caput* do art. 5º –, prevê o próprio direito ao divórcio, bem como a separação consensual.

O Código Civil de 2002, ao invés de dissipar a separação judicial fundada na culpa, continuou a prever a sua possibilidade, estabelecendo ainda motivos que poderiam ensejar a separação ao serem alegados por um dos cônjuges (arts. 1.572 e 1.573 do CC). Se diferenciou do Código de 1916 somente por prever que as hipóteses causais, exigidas neste último como condições indispensáveis para a dissolução, no novo Código se

constituem apenas em uma possibilidade a ser utilizada pelos cônjuges, já que convivem com a separação consensual e com o divórcio.

Como se não bastasse, o novo Código ainda determina casos de punição ao cônjuge declarado culpado pela dissolução do vínculo, a exemplo da perda do direito de usar o sobrenome do suposto inocente, estabelecida no art. 1.578, bem como a ausência de obrigação de o cônjuge inocente prestar alimentos ao culpado, prevista em seu artigo 1.708.

Ademais, tanto pela Lei de Divórcio quanto pelo CC de 2002, para se obter a separação consensual, os consortes precisam comprovar haver se passado um ano da celebração do casamento, e caso fosse realizada uma separação litigiosa, o divórcio só seria possível após dois anos de separação de fato ou um ano da decretação da separação (Tartuce, 2012).

Houve ainda uma alteração da legislação processual com a Lei nº 11.441/2007, a qual acrescentou ao Código de Processo Civil a possibilidade de separação e divórcio extrajudiciais, a serem realizados em cartório, de forma a facilitar o fim da união conjugal. Representou uma mitigação da intromissão estatal na vida privada do casal que desejasse a dissolução do vínculo de forma consensual, não mais necessitando recorrer ao Judiciário para tanto.

No entanto, foi somente com a EC 66/2010 que o procedimento de divórcio passou a ser de uma facilitação ímpar no campo judicial, ao prever que "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". Ao retirar da Constituição a necessidade de prévia separação judicial, assim como o lapso temporal antes exigido, a partir da emenda, basta o desejo dos cônjuges de não mais estarem casados para que seja alcançada a dissolução legal do vínculo. É a concessão do divórcio direto, que substituiu a antiga separação judicial, seja consensual ou litigiosa, não mais necessitando de tais institutos.

É certo que ainda há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à concessão do divórcio direto sem necessidade de prévia separação judicial. Isso porque o novo texto constitucional, auferido por meio da emenda, não delimita o procedimento adequado à nova previsão. Além disso, as disposições infraconstitucionais que tratam sobre a separação judicial, sobre os deveres conjugais, dentre outras normas afetas a esse tema, não foram expressamente revogadas e continuam a constar no Código Civil e na Lei de Divórcio.

Ocorre que o dispositivo constitucional é claro ao estabelecer que a

dissolução do casamento civil pode ser realizada por meio do divórcio. Ora, ao não determinar qualquer outro requisito, suprimindo a antiga exigência na Carta Magna de prévia separação judicial, a emenda revogou este instituto, que não mais se mostra necessário para o fim da união conjugal. Portanto, o entendimento aqui esposado é de que o divórcio direto pode por si só dissolver o vínculo, desde que manifestado o interesse pelas partes, sem qualquer outra exigência a ser cumprida.

3.2 SIMPLIFICAÇÃO DO OBJETO COGNITIVO DA AÇÃO DE DIVÓRCIO

Conforme já explicitado, antes da promulgação da EC 66/2010, para que a separação ou o divórcio judiciais fossem obtidos, era necessária a comprovação de determinados requisitos, os quais poderiam exigir prova documental ou até mesmo testemunhal, como a alegação de violação dos deveres conjugais ou mesmo a prova do lapso temporal exigido. Por essa razão, o objeto da ação de divórcio era mais complexo, vez que necessitava de uma cognição mais extensa para que fossem dirimidas suas controvérsias.

Com a EC 66/2010, esse quadro se tornou completamente diverso. O objeto cognitivo da ação de divórcio passou a ser simplificado, bastando a vontade das partes para que busquem diretamente a via judicial com o fito de desconstituição do vínculo matrimonial por meio do divórcio. Isso representou um grande avanço processual para as ações de divórcio que não mais precisam de uma instrução prolongada para serem concluídas. Para Fernanda Tartuce (2012) "dispensar a pessoa da necessidade de expor elementos sobre sua convivência conjugal é conduta que se coaduna com a preservação da autonomia e da liberdade por liberá-la a explicar-se em juízo".

Consoante dispõe o art. 334 do Código Processualista, os fatos incontroversos independem de prova. Por conseguinte, desde a promulgação da EC 66/2010, quando se está diante de uma ação de divórcio, em que basta que as partes se manifestem pelo desejo de não mais permanecerem casados para a sua obtenção, não há instrução probatória necessária para que o divórcio seja decretado, se constituindo assim em um fato incontroverso, conforme prevê o inciso III do art. 334 do CPC.

Significa dizer que a dinâmica do processo não vai influenciar em uma mudança do quadro probatório (Mitidiero, 2007). Sendo a alegação incontroversa, qual seja, a de que as partes desejam dissolver o vínculo conjugal a que estão submetidas, manifestada essa vontade, outra alternativa não resta ao juiz senão decretar o divórcio com o consequente trânsito em julgado dessa decisão.

O divórcio passa a ser mero direito potestativo extintivo daqueles que se encontram casados (Farias, 2012), os quais apenas necessitam declarar sua vontade de não mais estarem juntos, devendo esse pedido ser julgado de logo, haja vista não necessitar de qualquer prova para sua obtenção, se constituindo assim em fato incontroverso.

Assim, embora seja possível a cumulação de outros pedidos nas ações de divórcio, no que tange à dissolução do vínculo desejada pelas partes, esta pode ser julgada antecipadamente pelo juiz, haja vista não ser necessária instrução probatória para tal pedido específico, conforme reiteradamente exposto. Do mesmo modo, entende Cristiano Chaves:

> Não se admite, assim, que controvérsias outras sirvam de óbice ao reconhecimento da dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio, impondo uma considerável perda de tempo e de objetividade ao juiz, no meio de discussões relacionadas, por exemplo, à fixação de alimentos ou à reparação de danos morais. (Farias, 2012).

O processo de divórcio passa então a se coadunar com a celeridade do julgamento, já que os cônjuges não mais se submetem a um procedimento extenso e desgastante para se divorciarem. O devido processo legal é também respeitado, uma vez que em se tratando de questões incontroversas, a vontade de ambas as partes será respeitada, sem que o julgamento antecipado da lide lhes traga qualquer prejuízo.

Ainda que existam pedidos cumulados ao divórcio, este deve ser julgado assim que possível, com cognição exauriente, haja vista existir juízo de certeza quanto a esse ponto. O procedimento mais condizente com um julgamento célere para julgar tal objeto de cognição simplificada e que, ao mesmo tempo, respeita o devido processo legal, será aqui devidamente analisado.

4. SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO

4.1 JULGAMENTO PARCIAL DE MÉRITO DO §6º DO ART. 273 DO CPC

Quando o julgador se depara com questões incontroversas, já prontas para julgamento, não há sentido em postergar a sua análise e consequente julgamento definitivo, uma vez que não será necessária a instrução probatória de questões que não demandem comprovação. A razoável duração do processo é então respeitada, com fundamento no art. 330 do Código Processual Civil, ao permitir o julgamento antecipado da lide quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou quando não necessitar de produção de prova em audiência. Nesse sentido, o art. 334 traz hipóteses de fatos que não dependem de prova, quais sejam: os notórios, os confessados, os incontroversos, e aqueles em cujo favor há presunção legal de existência ou de veracidade.

Ocorre que nos processos em que há cumulação simples de pedidos, ou mesmo quando há litisconsórcio unitário, uma ou algumas das pretensões pode justamente se tratar de questão de direito, ou mesmo de fato que não depende de prova, enquanto os demais necessitam de uma dilação probatória a ser realizada em audiência. Nesses casos, teriam os pedidos já prontos para serem julgados que aguardar a instrução probatória daqueles ainda não provados?

Em resposta a essa indagação, ensina Luiz Guilherme Marinoni:

> A tutela jurisdicional é prestada em prazo razoável quando a técnica processual e a administração da justiça permitem ao juiz concedê-la logo após os fatos que lhe dizem respeito terem sido esclarecidos, ou melhor, assim que a demanda estiver pronta ou madura para julgamento.
> Acontece que, seguindo-se o princípio de que o julgamento do mérito deve ser feito em uma única oportunidade e, portanto, sem qualquer forma de cisão, é inevitável concluir que parcela do pedido poderá se tornar madura para julgamento no curso do processo que ainda deverá prosseguir para elucidação do restante da demanda.

> Esse problema se torna ainda mais marcante quando se pensa na cumulação dos pedidos e, especialmente, na circunstância de que essa cumulação é estipulada pelo princípio da economia processual. Ora, a impossibilidade de cisão do julgamento do mérito, isto é, do julgamento antecipado de apenas um dos pedidos cumulados, torna risível qualquer economia que se pretenda por meio da cumulação (Marinoni, p. 382-383, 2011).

Nos termos adotados por Marinoni, quando se trata de causa madura para julgamento cumulada com uma pretensão ainda controversa, não esclarecida, aquela deve ser julgada desde logo, em cognição exauriente, não havendo necessidade de aguardar toda a demorada instrução probatória daqueles pedidos ainda verdes, isto é, das pretensões não preparadas para serem julgadas antecipadamente de forma exaustiva e definitiva.

Esse julgamento antecipado e ao mesmo tempo definitivo é possibilitado por conta do §6º do art. 273 do CPC, o qual dispõe que "a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso". Em que pese se autointitular tutela antecipada, não significa com isso que se trate de cognição sumária. Ora, se um dos pedidos mostra-se incontroverso, consoante o art. 334 do CPC já mencionado, não depende de prova e, portanto, pode ser conhecido diretamente pelo juiz, o qual proferirá sentença definitiva, de acordo com o art. 330, também já comentado.

Desse modo, a decisão antecipada do pedido incontroverso é baseada em convicção de verdade, vez que implica em não contestação ou em reconhecimento jurídico, e não em juízo de verossimilhança, como ocorre na antecipação de tutela do art. 273, inciso I do CPC (Marinoni, 2011, p. 287). Conceder a tutela antecipada de pedidos que estão baseados em um mero juízo de probabilidade, mas não permitir que aqueles fundados em convicção de verdade também possam ser julgados antecipadamente é opção totalmente desprovida de coerência.

Há quem defenda a impossibilidade de cisão do julgamento, mesmo nos casos concernentes a pedidos cumulados em que parte se encontra pronta para ser julgada e parte precisa de instrução probatória. Todavia,

se fosse necessário que os pedidos maduros aguardassem a cognição prolongada das pretensões que necessitam ser provadas, a razoável duração do processo restaria comprometida, se tornando incoerente a permissão de cumulação de pedidos com o objetivo de economia processual, haja vista que aqueles já esclarecidos e incontroversos não seriam julgados no momento oportuno, qual seja, assim que requeridos. Se assim o fosse, seria mais vantajoso para as partes propor uma ação para cada uma de suas pretensões, ainda que conexas.

É válida transcrição de Marinoni ao destrinchar o §6º do art. 273 do seguinte modo:

> O §6º do art. 273 é fundado em duas premissas incontestáveis: i) a demanda exige tutela no momento em que se torna incontroversa ou madura para julgamento; ii) a protelação da parte da demanda incontroversa pela instrução necessária à elucidação da parte controversa não só configura um processo irracional, como a negação do dever estatal de tutelar adequadamente os direitos. (Marinoni, 2011, p. 291).

Isso porque, como anteriormente exposto, a incontrovérsia se baseia em juízo de certeza, de modo que qualquer dilação posterior a essa convicção vai de encontro à celeridade processual, uma vez que não há porque deixar de julgar, assim que postas à disposição do magistrado, causas maduras e, por consequência desse juízo de certeza, com cognição exauriente. Logo, é um julgamento definitivo, apto a formar coisa julgada material.

A continuação do processo para instruir os demais pedidos ainda não comprovados não implica em qualquer obstáculo àquela decisão definitiva de mérito sobre a pretensão incontroversa. Pelo contrário, uma vez já sentenciada a questão que não necessita de prova, o julgamento seguirá para as demais, porém agora livres daqueles pedidos que apenas aguardariam uma instrução probatória que não lhes dizia respeito.

Na remota hipótese de a sentença parcial de mérito que decidiu sobre o pedido incontroverso ser contestada, surge uma indagação pertinente

acerca de qual recurso seria cabível para tanto. Leonardo Carneiro Cunha responde a tal questão com um exemplo bastante lúcido, que segue transcrito:

> Há uma situação bem corriqueira que ilustra essas afirmativas: quando o juiz, numa demanda em que haja litisconsórcio, verificar que um dos litisconsortes figura como parte ilegítima e resolver excluí-lo da relação processual, prosseguindo no feito em relação aos demais litisconsortes, estará proferindo ato judicial que apresenta um dos conteúdos do art. 267 do CPC. Só que, tal ato judicial não terá o condão de extinguir o processo, na exata medida em que não se encerrou toda a atividade jurisdicional de primeira instância. Nessa hipótese, embora o comando judicial possa enquadrar-se em um dos casos do art. 267 do CPC, não será sentença, eis que não houve encerramento de todo o procedimento. Tal ato judicial consistirá numa decisão interlocutória, desafiando a interposição de um agravo (Cunha, 2003).

Haja vista tratar-se de hipótese que incorre naquelas previstas como causas de extinção do processo sem resolução de mérito – qual seja, a carência de ação quanto a uma das partes que se figura ilegítima –, porém não terminativa, vez que o processo ainda segue para análise de outras questões, o ato judicial se constituirá em decisão interlocutória, porquanto não promoveu o fim do processo. Embora a sentença do exemplo dado apenas produza coisa julgada formal, visto se tratar de decisão sem resolução do mérito, quando o magistrado se deparar com questão de mérito que não demande dilação probatória, deve julgá-la de imediato com cognição exauriente, produzindo assim coisa julgada material, mesmo que o processo siga para instrução dos pontos ainda controvertidos.

No entanto, do mesmo modo que o exemplo trazido, a decisão parcial que resolve o mérito da questão incontroversa também se constitui em decisão interlocutória, já que o processo não será encerrado nesse momento. Por conseguinte, o recurso cabível será o agravo de

instrumento. Em que pese formalmente ser uma decisão interlocutória, a decisão parcial de mérito tem natureza de sentença, uma vez que o conteúdo da decisão é concernente ao mérito da demanda. Mais adequado seria se houvesse a previsão de apelação incidente por instrumento, consoante propõe Mitidiero (2007), contudo, como não existe essa possibilidade, a melhor opção fornecida pelo nosso ordenamento é o agravo de instrumento.

Leonardo Cunha (2003) não comunga desse entendimento, vez que compreende não ser o conteúdo da decisão recorrida que importa no cabimento do recurso, mas sim o fato de ser ela terminativa ou não. Por conta disso, afirma que o agravo de instrumento é o recurso cabível também em razão de sua natureza e não somente por falta de outra opção, ao contrário do entendimento de Daniel Mitidiero. Ademais, essa situação não se modifica no que concerne ao novo Código de Processo Civil, uma vez que nele há uma seção específica para o julgamento parcial de mérito, onde é previsto o cabimento de agravo de instrumento contra referida decisão, assim como defendido por Leonardo Cunha. Nesse sentido dispõe a redação final do novo Código Processualista recentemente sancionado:

> Seção III
> Do Julgamento Antecipado Parcial do Mérito
> Art. 356. **O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles**:
> **I - mostrar-se incontroverso;**
> **II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.**
> § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.
> § 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.
> § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.
> § 4º A liquidação e o cumprimento da decisão

> que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.
> § 5º **A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento**. (grifo nosso).

Caso transcorra o prazo do recurso sem a sua interposição, ou mesmo quando interposto, seja julgado improcedente, será formada a coisa julgada material da pretensão cuja prova era desnecessária. E não há qualquer óbice à formação de mais de uma coisa julgada material em um só processo, uma vez que a unicidade da coisa julgada no mesmo processo e, por consequência, da ação rescisória, apenas é exigida quando existe prejudicialidade entre as questões. Nessa hipótese, caso a procedência de um dos pedidos implicar no indeferimento do outro, de fato a coisa julgada será una. Todavia, não é o caso do §6º do art. 273 – nem do agora definitivo art. 356 do novo CPC –, visto que uma pretensão poderá ser julgada com cognição exauriente e só depois de instrução as demais também o serão.

Nesse mesmo sentido, entende Didier:

> Pode o magistrado, por exemplo, não examinar a parte restante do mérito e, nem por isso, a resolução parcial restaria prejudicada, necessariamente. É que se não tiver havido recurso da decisão que fracionou o julgamento, haverá coisa julgada, que somente poderá ser desconsiderada via ação rescisória. Frise-se mais uma vez: são duas (ou mais) decisões de igual porte (a que fracionou e a final), sem qualquer distinção ontológica nem vínculo de subordinação, distinguindo-se tão só na qualificação jurídica como ato do juiz (sentença ou decisão interlocutória), cuja finalidade é eminentemente prática: revelar o recurso cabível. (Braga; Didier; Oliveira, p. 539, 2012).

Após transitada em julgado, a decisão parcial de mérito pode ser de logo executada, não sendo necessário o aguardo do julgamento das demais questões ainda controvertidas. Ora, uma vez já provada a

pretensão com cognição exauriente, não há porque não promover sua execução. Didier (2012, p. 545) ensina que a execução de uma sentença parcial de mérito se assemelha à execução provisória de sentença, de modo que o exequente deve requerer seu pedido por meio de petição escrita, anexando cópia das peças principais do processo necessárias à execução da decisão antecipada, de acordo com o §3º do art. 475-O do CPC.

Em que pese seguir o procedimento da execução provisória, a execução da decisão parcial de mérito terá carga de definitiva. A decisão de mérito é de cognição exauriente, capaz de formar coisa julgada material, só sendo desconstituída por meio de ação rescisória. Logo, a execução que dela resulte também será definitiva, já que diz respeito à sentença que não mais pode ser reparada – exceto por meio de rescisória –, ao contrário do que ocorre na decisão correspondente à execução provisória prevista no art. 475-O do Código Processualista. O novo Código de Processo, inclusive, prevê que transitada em julgado a sentença parcial de mérito, a execução será definitiva, conforme disposto no §3º do seu art. 356 retrotranscrito.

No que tange às ações de divórcio, cujo objeto é de cognição simplificada, porquanto se tratar de fato incontroverso, quando a pretensão de dissolução do vínculo se encontra cumulada com outros pedidos, como ocorre frequentemente, e estes necessitam de instrução probatória ao revés daquele, o §6º do art. 273 do CPC será aplicado. É o que se demonstrará no capítulo seguinte.

4.2 O §6º DO ART. 273 APLICADO NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO

Como se sabe, as ações de divórcio trazem consigo, em muitos casos, pretensões de partilha de bens, guarda dos filhos, prestação de alimentos, dentre outros pedidos cumulados. Alguns advogados optam por propor a ação de divórcio separadamente, haja vista se tratar de objeto de cognição simplificada, para o qual não é necessária instrução probatória, ao contrário dos demais pedidos.

Ocorre que não há necessidade de que pretensões conexas sejam propostas em ações diversas, uma vez que é possível o julgamento antecipado com cognição definitiva de questão incontroversa e continuação do processo para análise dos pedidos restantes que

necessitam de instrução probatória.

Isso é possível com fundamento no §6º do art. 273 do CPC, que permite a antecipação de tutela de um pedido incontroverso com decisão exaustiva de mérito, conforme já exposto. Assim, tendo em vista que a EC 66/2010 possibilitou a dissolução do casamento por meio do divórcio direto apenas com fundamento na manifestação de vontade das partes – pedido incontroverso portanto – este será resolvido antecipadamente, produzindo coisa julgada material, enquanto o processo segue para julgamento das questões ainda controversas.

Ora, não há motivo para que as partes tenham que aguardar a decretação do divórcio, não podendo ter a sua separação legalizada, apenas em razão de ainda se discutir a partilha de bens, a guarda dos filhos, ou questões outras que necessitam de produção de provas. Nas palavras de Cristiano Chaves:

> Isto é possível porque, não mais havendo lapso temporal mínimo para o divórcio, não se pode cogitar da existência de alguma controvérsia em relação a ele. O divórcio se tornou direito potestativo extintivo da parte interessada, bastando que esteja casada para a sua obtenção. Por isso, ao invés de determinar a produção de provas para, somente depois do término da instrução, dirimir todas as questões pendentes, inclusive o pedido de divórcio, o juiz tem de proferir decisão interlocutória de logo, julgando antecipadamente a parcela incontroversa do pedido, decretando o divórcio e determinando a sua execução definitiva - que se dará mediante a expedição de mandado ao cartório do registro civil de pessoas naturais para averbação do divórcio. O procedimento, por sua vez, logicamente, seguirá, agora para tratar das demais questões cumuladas (Farias, 2012).

É importante destacar que quando proposta uma ação de divórcio, sequer há possibilidade de contestação pela parte contrária, já que basta a vontade de uma delas de não mais estar casada para que o divórcio se concretize. Tampouco será aceitável a interposição de agravo de instrumento contra a sentença parcial definitiva de mérito

sobre tal pedido, vez que não há qualquer argumento cabível para que a parte contrária impugne tal decisão, o que faz do divórcio o pedido incontroverso perfeito para ser julgado antecipadamente com cognição exauriente, enquanto o processo segue para o julgamento dos demais pedidos, ocasionado a formação da coisa julgada progressiva.

Assim, julgado o divórcio com cognição exaustiva, poderá ser imediatamente executado, desde que requerido por escrito pelas partes com a juntada de cópia dos atos judiciais relevantes ao julgamento antecipado definitivo do divórcio – de acordo com o procedimento da execução provisória do art. 475-O do CPC – enquanto o processo continua para tratar dos pontos ainda controvertidos.

Há posicionamentos jurisprudenciais sobre a impossibilidade de cumulação do pedido de divórcio com o de alimentos em uma única ação. O fundamento para esse entendimento é o de que a ação de divórcio não poderá tramitar sobre o rito da lei especial de alimentos, o que acabaria por prejudicar os alimentandos. Ocorre que nada impede que ambos os pedidos tramitem sob o rito ordinário e que seja concedida tutela antecipada, desta feita com cognição sumária, para deferimento dos alimentos (Costa, 2013).

Desse modo, enquanto o divórcio deve ser julgado antecipadamente, porém por meio da cognição exaustiva do art. 273, §6º do CPC, os alimentos também terão a tutela antecipada concedida, contudo baseada em juízo de probabilidade, com base no art. 273, *caput*, do CPC, isto é, com prova de verossimilhança e fundado receio de dano irreparável, este último presumido quando se trata de pedido de alimentos para filhos menores do casal.

Percebe-se, assim, que nada obsta a sentença parcial definitiva de mérito em relação ao divórcio, vez que os pedidos que poderão ser com ele cumulados não restarão prejudicados e, ao mesmo tempo, não trarão qualquer impedimento à coisa julgada material já formada quanto à separação.

5 CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana, que deve sempre pautar as relações humanas, é o fundamento dos direitos e garantias fundamentais de nosso ordenamento pátrio. Como não poderia deixar de ser, deve estar presente

nas relações conjugais, seja no momento da celebração da união, durante todo o matrimônio, e até mesmo quando da dissolução do seu vínculo nos casos em que o casamento resta frustrado.

Para que a separação do casal se promova de forma o menos desgastante possível, digna de fato, deve ser realizada sem obstáculos legais e jurídicos prolongados, de modo que as partes não sejam obrigadas a expor em juízo seus problemas conjugais. A dignidade da pessoa humana é assim respeitada no divórcio quando o direito à intimidade e à vida privada do casamento é preservado, sem maiores delongas processuais para que a separação seja alcançada.

Ocorre que antes da promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, aqueles que desejavam separar-se tinham de cumprir determinados requisitos, como a comprovação de haver se passado um ano da celebração do casamento, e no caso de separação litigiosa, o divórcio apenas ocorreria após dois anos de separação de fato provada ou depois de um ano da decretação da separação.

Apenas em 2010, com a promulgação da citada Emenda, tais requisitos se tornaram irrelevantes, já que a dissolução legal do vínculo pode ser obtida por meio do divórcio direto, sem necessidade de anterior separação judicial. Desse modo, a simples manifestação de vontade das partes de não mais permanecerem casadas resulta no divórcio almejado, sem qualquer outra exigência desnecessária.

Por conseguinte, o objeto cognitivo da ação de divórcio se tornou simplificado, uma vez que manifestado o desejo das partes em requerimento judicial, o divórcio é concedido, sem que para isso seja necessária instrução probatória. Passou a se constituir então em um fato incontroverso, já que o desejo de uma das partes basta para que o divórcio seja concedido, sem possibilidade de que o outro cônjuge conteste este pedido.

Tratando-se de fato incontroverso, visto não depender de produção de prova em audiência, o juiz poderá de imediato conceder o julgamento antecipado da lide, com fundamento no art. 330 do CPC. Já na hipótese de o pedido de divórcio ser cumulado com outras pretensões que necessitem de dilação probatória, como a partilha de bens, a guarda dos filhos, dentre outras, o magistrado poderá proferir tutela antecipada com cognição exauriente, em consonância com o §6º do art. 273 do Código Processualista.

Esse julgamento parcial do mérito promove a efetivação da razoável duração do processo, uma vez que o pedido de divórcio, já incontroverso, será julgado de forma definitiva, produzindo coisa julgada material, enquanto o processo segue para instrução dos demais pedidos eventualmente cumulados na ação de divórcio.

Haja vista referida decisão não dar fim ao processo, vez que prossegue para dilação probatória dos fatos ainda controvertidos, trata-se de decisão interlocutória, mesmo que com cognição exauriente, sendo cabível para sua contestação o recurso de agravo de instrumento. Caso seja interposto, porém julgado improcedente, a decisão será acobertada pelo manto da coisa julgada material.

Trata-se então de coisa julgada formada progressivamente, uma vez que enquanto o pedido incontroverso terá de logo cognição definitiva, os fatos controversos com aquele cumulados serão julgados em seu tempo normal, formando também coisa julgada, porém posteriormente.

Assim, a título de conclusão, quando a ação de divórcio é cumulada com outra pretensão, seja ela qual for, o pedido de divórcio, cujo objeto cognitivo é simplificado, será definitivamente julgado, ocorrendo uma fragmentação do julgamento. Esse fracionamento se constitui em um capítulo da sentença que formará coisa julgada material quanto ao divórcio naquele momento processual, podendo ser de logo executado. Os demais pedidos seguem para apreciação do magistrado, pois necessitam de dilação probatória, a qual se mostra desnecessária ao pedido de decretação do divórcio.

THE PARTIAL JUDGMENT ON THE MERITS OF DIVORCE ACTIONS

ABSTRACT: This work examines the anticipated judgment on the merits of divorce actions with exhaustive cognition, even when there are overlapping claims that require probative instruction. Thereby, it discusses the new divorce actions after the advent of Constitutional Amendment no. 66/2010, which simplified the cognitive object of such actions, once the divorce became an incontrovertible fact, considering its only requirement is the couple's desire to no longer remain married. The reason for this procedural evolution is brought through the effectiveness of the right to privacy and, by consequence, of the principle

of human dignity in the dissolution of the marital union. As regards the procedural aspect of this legislative change, it analyzes the viability of partial definitive judgment on the merits in the divorce, while the process continues to produce the necessary proof concerning the still controversial issues, based on §6º of article 273 of the Code of Civil Procedure, ensuring procedural celerity.

KEYWORDS: Divorce actions. Immediate resolution. Exhaustive cognition. Constitutional amendment nº 66/2010. Incontrovertible fact.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

BRASIL. *Código civil*: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. DF: Congresso Nacional, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis /2002/L10406.htm>. Acesso em 23 de fev. de 2014.

_____. *Código de processo civil*: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. DF: Congresso Nacional, 1973. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 de fev. de 2014.

_____. *Código de processo civil*: lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 de mai. de 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 23 fev. de 2014.

_____. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. DF: Congresso Nacional, 1977. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 24 fev. de 2014.

_____. *Lei nº 11.441*, de 04 de janeiro de 2007. DF: Congresso Nacional, 2007. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 25 fev. de 2014.

COSTA, Alexandre Fortes da. *Cumular ou não cumular, eis a questão*: os pedidos de divórcio e alimentos podem ser feitos na mesma ação ou devem ser feitos em ações distintas? Jurisway, Rio de Janeiro, 10 out. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12040>. Acesso em: 24 fev. 2014.

CUNHA, Leonardo José de Carneiro. *O §6º do art. 273 do CPC*: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?. Revista Dialética de Direito Processual, v. 1. São Paulo: Dialética, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um Réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas)*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 18, p. 49-82, 2003.

_____. *A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata do mérito (concessão imediata do divórcio e continuidade do procedimento para os demais pedidos cumulados)*. Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões, n. 27, abr/mai 2012. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/189575040/A-Nova-Acao-de-Divorcio-e-a-Resolucao-Parcial-e-Imediata-de-Merito>. Acesso em: 26 fev. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela.* 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa*: uma proposta de compreensão do art. 273, §6º, do CPC, na perspectiva do direito fundamento a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 149, p-105-119, jul. 2007. Disponível em: <http://www.academia.edu>. Acesso em: 24 fev. 2014.

NERI, Bianca Garcia. *Capítulos da Sentença e Coisa Julgada Progressiva*. Boletim Jurídico, Uberaba, a. 5, n. 1119. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/ doutrina/texto.asp?id=2985> Acesso em: 24 fev. 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *A coisa julgada material formada progressivamente e o prazo para sua rescindibilidade*: análise crítica da súmula nº 401 do STJ. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 57, p. 96-120, 2013. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/>. Acesso em: 26 fev. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 4. ed. rev. e atual. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
TARTUCE, Fernanda. *Processos de Família após a Emenda Constitucional 66/2010:* Repercussões Processuais no Divórcio e Panorama no Novo CPC. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). Família: entre o público e o privado. 1ed. Porto Alegre: Magister / IBDFAM, 2012, v. 1, p. 96-111.

A NORMATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE?

Durvalina Maria de Araujo[*]

RESUMO: Estudo do Estado de direito e legalidade frente ao Poder normativo da administração pública, sob a vertente do poder regulamentar e normativo do Poder Executivo, ressaltando a permissibilidade do poder constituinte ante essa legitimação. Nesse contexto, a divisão orgânica dos poderes encontra seu ápice na proposta de Montesquieu, despontando no mundo jurídico, - a democracia. Busca-se problematizar os mecanismos legais postos à disposição do Poder Executivo, para implementar políticas públicas, com o escopo de se fazer uma releitura crítica do cenário político atual. Examina-se em síntese histórica o estado de exceção, assim como o Estado de exceção similar: Era Vargas e Dilma. Sobrepõe-se, assim, a necessidade de repensar antigos conceitos e valores para uma real democratização da atividade administrativa.

PALAVRAS-CHAVES: Normatividade da administração pública. Estado de direito. Legalidade. Estado de exceção.

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução dos tempos, principalmente, com a globalização, onde os acontecimentos são instantâneos, a sociedade clama por novos horizontes, ou seja, meios para caminhar o mais próximo possível do avanço mundial, para tanto, torna-se necessário transformações no conceito de Estado como interventor de tais medidas, a fim de proporcionar eficiência e agilidade em termos de segurança e ordem.

A partir desse prisma, sabe-se que há uma contínua tensão entre o jurídico e político no Direito Constitucional contemporâneo, afetando sobremaneira nações e classes sociais, quer seja pelo aspecto econômico e

[*] Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Especialista em Direito Processual Civil (FANESE) e Gerência e Tecnologia da Qualidade-Recursos Humanos – Centro Federal de Educação Tecnológica-CEFET/MG, Ex-Professora Substituta da Universidade Federal de Sergipe-UFS na disciplina Direito Administrativo. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Sergipe.

tecnológico ou até mesmo pessoal, em total desrespeito aos limites postos.

Os desafios da segunda modernidade leva a sociedade enfrentar as grandes mudanças, como momentos de crises e conflitos sem que haja a confiança de que o direito abstrato será aplicado ao caso concreto, sem violação aos direitos fundamentais, em ação da governança democrática. Ao contrário o que se vê, em verdade, é a todo o momento a "criação" de Estado de exceção.

Nesse cenário, será demonstrada a historicidade de Estado de exceção, com enfoque na normatividade empreendida pela administração pública em momento excepcional, visando compreender a legitimidade e legalidade e sua relação com a política no Estado de direito, segundo as acepções de filósofos, percussores da exceção, buscando trazer ao leitor preceitos básicos desse instituto.

A partir dessa premissa, será analisado o papel do Poder Executivo nesse contexto, sua legitimidade e atuação ante o princípio da legalidade o qual deve subsumir seus atos. Nesse passo, serão apresentados aspectos do Estado de exceção com realce no Estado Democrático de Direito, desde sua base originária.

Esse fenômeno parte, praticamente, de regimes democráticos, abrindo espaço para um regime totalitário, ante o uso contínuo das regras impostas, sob o argumento de defesa do povo e da ordem pública.

Nesse diapasão, após discorrer acerca dos aspectos gerais da excepcionalidade, este trabalho tem por escopo demonstrar a incipiente necessidade de visualizar sua conformação em relação à Constituição e às demais leis, ressaltando que não há como explorar todos os enfoques envolvidos, posto que o presente estudo tem como foco a normatividade da administração pública em estado de exceção, direcionado ao aspecto de permanência desse fenômeno em detrimento do direito positivo posto.

A dualidade entre o jurídico e político será enfatizada durante o decorrer desse estudo, buscando sistematizá-los perante o Estado e à democracia representativa.

No Direito brasileiro, o texto constitucional é permissivo quanto a decretação do estado de exceção, com isto será feito um breve paralelo acerca dessa excepcionalidade entre os governos Vargas e Dilma, com o escopo de proporcionar ao leitor uma reflexão sobre governança ditatorial em regimes democráticos.

Busca-se neste estudo, sistematizando-o, a conscientização de novos

valores éticos na esfera do Poder público normativo, cuja finalidade tem por foco a legitimidade da atuação administrativa em sua amplitude, assim como assegurar os direitos fundamentais do cidadão em real consonância com o Estado democrático.

Por efeito, será de fundamental influência o aspecto principiológico constitucional da legalidade, com intuito de dimensionar a finalidade do estado de exceção, com vistas a promover maior eficiência e legitimidade na atuação da administração pública, adequando-se a realidade temporal que, hoje, mais do que ontem, clama por medidas eficazes e eficientes que atenda à sociedade ante a globalização.

Assim, este ensaio será desenvolvido pautado nos seguintes aspectos: Breve apresentação do Estado de direito e legalidade; síntese história do estado de exceção; poder normativo da administração pública; similitudes de estado de exceção: Era Vargas e Dilma e aporte conclusivo, contextualizando as vertentes remotas e atuais, salientando o poder do Executivo dentro desse cenário.

2 ESTADO DE DIREITO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Necessário se faz introduzir alguns preceitos básicos do que seja Estado de direito, antes de adentrar propriamente no tema proposto.

O princípio da legalidade está umbilicalmente ligado ao Estado de direito, pois enquanto o direito privado pode atuar naquilo em que não for contrário à lei, atentando para os mandamentos éticos e morais, o direito público somente faz o que a lei permite, não o fazendo, encontra-se na antijuridicidade, impondo-se a anulação dos atos. Entretanto, essa preconização encontra guarida no Estado legítimo, mas ausente no estado de exceção, em razão das regras excepcionais postas.

A base primordial do Estado de direito se encontra na extirpação do arbítrio do exercício dos poderes públicos com a consequente garantia dos direitos dos cidadãos diante desses poderes. Essa é a essência do Estado de direito, podendo ser entendido como uma organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito positivado.

É importante nesse ensaio, pontuar o Estado de direito à época da Constituição de Weimar, nos idos de 1919, onde era concebido de forma que o Estado além de defender o indivíduo devia propiciar a este,

prestações positivas.

Na atualidade, o Estado de direito é visto como um Estado Democrático de Direito capaz de realizar transformações sociais. Esse Estado deve se preocupar não somente em garantir os direitos fundamentais, mas esses direitos devem ser promovidos pela Administração Pública, em prol do cidadão.

O Estado de direito a que se refere, atua em estado de normalidade e paz, não se permitindo que não seja capaz de ajustar conflitos ou manter a ordem jurídica constitucional. É nesse estágio que surge o instituto da exceção, como alternativa de governar provisoriamente, com esteio na própria Constituição, afastando direitos com o intuito de proteger esses mesmos direitos e o Estado. A ordem constitucional prevê mecanismos com o escopo de manter as estruturas, de forma temporária.

É nessa dimensão que o Poder normativo da administração pública, no estado de exceção, ganha substrato jurídico e fático, impondo regras e normas de cunho político e econômico, com aval constitucional e legal.

Entretanto, a ordem constitucional deve ser vista não sob o ângulo isolado de cada mandamento, mas em uma interpretação sistemática, levando-se em consideração, quando for o caso, a realidade fática, a fim de adaptar os mecanismos postos de forma a não exacerbar a legitimidade que foi conferida pelo poder constituinte ao poder público.

Nessa linha, tem-se que o princípio da legalidade tem por escopo concretizar o que vem a ser a máxima do Estado de direito: respeitar as próprias leis, que por via reflexa é a submissão da Administração Pública à legislação.

Percebe-se que o Estado de direito não mantém compatibilidade com a ditadura, porquanto há uma submissão da atuação estatal ao Direito, aliado aos valores que abriga, conferindo ao estado um caráter democrático, revelando-se um elemento de garantia e segurança jurídica, onde a legalidade subsume-se não somente à lei, mas ao sistema jurídico como um todo.

Conclui-se que o princípio da legalidade imprime garantia, representando um limite para a atuação do poder estatal que tem sempre como finalidade atender o bem comum e o interesse público, submetendo-se aos ditames legais[i].

3 PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, registro que o tema administração pública enquanto pessoa jurídica de direito público, não será objeto do presente estudo, pois a vertente a ser apresentada se refere ao exercício do Poder Executivo em prol do cidadão, na feição normativa. Logo, serão feitas breves considerações sobre o poder regulamentar e normativo, pontuando aspectos de relevância, sem adentrar amiúde sobre a amplitude da personalidade jurídica e suas funções, a não ser a origem e aspectos pontuais que interessam ao tema central, a ser discorrido ao longo deste trabalho.

A ideia da separação de poderes implementada pelo filósofo Montesquieu foi aplicada pelas Constituições, em especial pela Constituição francesa de 1791, com um rigor de formalismo desacerbado, de forma inflexível, sistematizando a ausência de interligação e cooperação entre os poderes. Essa formulação política teve amplitude no Estado Moderno.

A teoria da separação de poderes tem por fundamento a distinção da função de cada poder, sem, contudo, deixar de haver uma cooperação e harmonia entre eles. Essa era a essência concebida por Montesquieu. Segundo Celso Ribeiro Bastos, o "*mérito essencial da teoria de Montesquieu não reside[...]* na identificação abstrata dessas formas de atuar do Estado".[1]

Bem verdade, que o esboço inicial da separação de poderes advém da Antiguidade Clássica, pelo filósofo Aristóteles, porém foi Montesquieu que deu uma roupagem de divisão orgânica a esses poderes, devendo ser órgãos distintos e independentes.[ii]

A finalidade é a de inviabilizar o ressurgimento do absolutismo, onde havia concentração de poderes nas mãos do príncipe.

A separação dos poderes desponta no mundo jurídico - a democracia, devendo ser observado que as necessidades da sociedade evoluem e com isso vem a seguinte questão: Podia-se relativizar aquela separação para consecução de políticas públicas do Estado, aumentando sua efetividade, em prol do anseio da sociedade?

Para essa indagação, válida a lição de Dallari "[...] *a evolução da*

sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatíveis com os modelos da separação de poderes. O Legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter o conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo Executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O Executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.[2]

É momento de reflexão. Como o Poder Executivo concretizar suas ações sem esbarrar na violação ao princípio constitucional de separação de poderes, sabendo-se que essa separação de atribuições é justamente para garantir a liberdade dos cidadãos?

É com parcimônia que deve ser vista essa problematização, pois, se de um lado, há um Poder que edita leis, outro que as executa, por vezes, o Poder Executivo, enquanto gestor público fica engessado, pois deve apresentar soluções ágeis e eficazes em face de uma necessidade emergente da sociedade contemporânea e esbarra na morosidade do procedimento legislativo.

Nessa teia de necessidades e domínio político-econômico, há uma interpenetração dos poderes, ou seja, o Legislativo editando leis sob o mando do Executivo. Essa era a proposta de Montesquieu, de que houvesse essa interpenetração, não de forma distorcida, mas com o fim de fiscalizar e controlar, inibindo, repita-se, a volta do absolutismo, garantindo a liberdade política dos cidadãos.

Desse modo, diz Bonavides "*o gênio político de Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) da faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*)"*.[3]

Ou seja, essa maneira de intervenção, se traduz no sistema de freios e contrapesos.

Não é demais consignar que cada poder tem sua atividade delimitada na Constituição, cabendo ao Legislativo elaborar leis gerais e abstratas, atuando na sua função típica, enquanto ao Poder Executivo lhe foi

dada a função de seguir as diretrizes traçadas pelo legislador, por meio das normas gerais, assim como legislar dentro de sua competência nos devidos parâmetros postos pelo Poder constituinte.

Fazendo uma breve digressão histórica sobre a atividade do Poder Executivo, observa Clève:

> O crescimento das funções do Estado tornou obsoleta a tese do monopólio do exercício da iniciativa pelos membros das câmaras legislativas. Aliás, nesse território, cada vez mais o Executivo foi se firmando, até o ponto em que, atualmente, quase todas as Constituições conferem também a ele o poder de iniciativa. E quando ele não é formalmente disposto, como nos Estados Unidos, o Executivo o exerce de modo indireto. [...] Na pura formulação do sistema [presidencialista], não seria dado ao Executivo propor projetos de lei ao Legislativo. Ele, afinal, não seria um poder provocante, mas, antes, de execução da lei. Porém, essa concepção formulada pelos pais da democracia americana resistiu por pouco tempo. O sistema presidencialista foi sendo adotado por vários países, especialmente os da América Latina, e, nestes, como é o caso do Brasil, o Executivo jamais foi impedido de manejar o poder de iniciativa. [...][4]

Nessa planura, tem-se que, quando o Poder Executivo participa do processo legislativo, está interpenetrando na área de competência de outro poder, porém, torna-se necessária e é legal, pois a iniciativa para proposta de projeto de lei é também de sua competência, e, assim, age com o intuito de fomentar o equilíbrio e a coordenação entre os órgãos em questão.

Frise-se, que a Constituição de 1988, delimita quais as matérias que o Executivo detém o poder de normatizar, a exemplo do artigo 84. É legítimo o poder regulamentar do Executivo, de forma a não permitir o aniquilamento do Poder Legislativo pela posse, de outro órgão, de sua atividade típica.

Nessa linha de intelecção, existem duas formas de governança legislativa, quais sejam: delegação legislativa e a expedição de lei por ato

compatível com a atividade do Executivo.

A terminologia delegação significa dizer que há transferência de uma função pertencente a um órgão detentor de atos para outro que, a partir de então, passará a exercer concomitante, a mesma atividade, de forma limitada. Sobre isso, destaca Clève *"A delegação com assento constitucional dá-se quando a Lei Fundamental confere ao ato normativo do Executivo natureza de ato legislativo. Esse tipo de delegação pode ser encontrado nas Constituições do pós-guerra (França, Portugal, Espanha, Itália, e também, Brasil)"*.[5]

Nesse ínterim, cada país, diante de suas particularidades e em conformidade com a ordem constitucional dispõe sobre as ditas delegações. Essas delegações são denominadas de leis delegadas. Na prática, não há no país lei delegada, pois uma vez que se tem competência originária para editar medida provisória, não se precisa mais de delegação.

Segundo Alexandre de Moraes, *"lei delegada é ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão de autorização do Poder Legislativo, e nos limites postos por este, constituindo-se verdadeira delegação externa da função legiferante e aceita modernamente, desde que com limitações, como mecanismo necessário para possibilitar a eficiência do Estado e sua necessidade de maior agilidade e celeridade*."[6]

Os limites da delegação são dados pelo Parlamento, sendo limitação de ordem material, destacando àquelas matérias estritamente adstritas pelo ato de delegação legislativa, assim como existe lapso temporal, ou seja, o exercício da atribuição encontra limite de tempo, sob pena de usurpação da função a ele indicada.[iii]

Não se pode olvidar que a lei delegada permite o prévio debate, restringindo a atuação legislativa do Chefe do Executivo, havendo um debate democrático pluralizado por meio da sociedade, e não simplesmente de sua atuação unilateral de vontade, utilizando fortemente suas prerrogativas. Assim, a atividade delegada vem como anteparo em face de possível arbitrariedade daqueles que exercem o poder de governo.

A delegação, segundo os ditames constitucionais, deve ser solicitada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, este por sua vez, delega através de resolução.

Ante isso, pode-se chegar ao seguinte questionamento: A resolução que concede a Lei delegada pode ser substituída por lei ordinária? A resposta é negativa e encontra respaldo na jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal, que conclui ser a resolução insubstituível por lei comum.[iv]

Quanto a elaboração de lei por ato próprio do Executivo, diferentemente da delegação legislativa acima explicitada, que exige como requisito de atuação a autorização do Poder legiferante, aqui, constitucionalmente, se permite que se inove no mundo jurídico, por meio de medida provisória. Aliás, essa prerrogativa não é isolada e anômala, pertencente a um só país, pois praticamente todas as constituições democráticas institui tal regime.[v]

O que se presencia é a preferência do Poder Executivo editar Medidas Provisórias, prescindível de autorização do Congresso Nacional, que perduram pelo prazo de 60 dias, e aí sim, poderá inclusive ser julgada inconstitucional, porém já teve seus efeitos concretizados, desvirtuando o direito positivado.

A medida provisória nos leva a um período desonrado, onde imperava o famigerado decreto-lei em uma época ditatorial que assolava o mundo, viabilizando atuações antidemocráticas.

Em linhas gerais, compete observar que essa atividade legislativa ocorre quando o Poder Constituinte confere ao Executivo, sem nenhuma anuência do Congresso poderes para editar ato normativo. Vem, em verdade, com isso, ampliar a margem de poder normativo do governo que, por via de consequência, cria regras de direito, tanto através de delegação legislativa como da competência constitucional. Serão pincelados alguns princípios desses artifícios constitucionais, mais adiante, especialmente no último caso, que é o ponto nevrálgico desse ensaio, ou seja, atos normativos com força de lei, sem lei – medida provisória.

Por efeito, saliento que o escopo deste trabalho terá enfoque não o estado de normalidade, mas à situação de crise, que no caso se traduz em Estado de exceção (Permanente?).

Com base nessas reflexões, sobre os atos normativos de governo, doravante serão estudados aspectos gerais da historicidade do Estado de Exceção.

4 SÍNTESE HISTÓRICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Com dito em linhas anteriores, este estudo tem por objeto principal, tratar de forma pontual as nuances da atividade normativa do Executivo em estado de crise, para tanto, importante tecer aspectos relevantes sobre

a historicidade do Estado de exceção em sua percepção embrionária.

Antes de adentrar no tópico aqui proposto, é importante destacar o comportamento da sociedade na era da globalização, onde as necessidades são emergentes e o anseio por soluções eficazes ultrapassa o modelo apresentado.

Para Cardoso, *"Neste quadro pintado pela sociedade e por sua economia do final do século XX, corretamente identificado pela sociologia de uma sociedade de risco da Segunda Modernidade, ambivalente, o direito e a política, nos moldes criados no século XVIII e XIX, não mais atendem aos anseios de segurança e bem ordenança, almejados pelos construtores do Estado liberal de direito racional positivista elaborado por representantes eleitos pelo povo. A legalidade não está mais de mãos dadas à legitimidade, pressuposta no modelo oitocentista".*

Nessa conjuntura, para o autor, existem duas respostas antagônicas que podem ser dadas as questões ditas acima, que se relacionam de forma central à questão da legitimidade do direito e de sua relação com a política: *"o reconhecimento da existência de um estado de exceção permanente ou latente, em que a própria política se misture ao direito e ocupe seu espaço, substituindo; ou a construção de um novo paradigma do direito pós-positivista, composto por princípios, regras e procedimentos, tornando-o mais ágil às necessidades da sociedade de risco global, inclusive econômico [...]"*[7]

Destarte, devido a relevância desse tema, interessante destacar a definição de Estado de exceção na visão da doutrina schmittiana *"como sendo o lugar em que a oposição entre a norma e as realizações atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa."*[8]

A partir dessas premissas, busca-se nesse momento, fazer uma síntese história do Estado de exceção[9] o qual remonta à Assembleia Constituinte de 1791, na França, e nesse momento, restringe seu campo de atuação, segundo Vladimir Safatle, inicialmente à praças-fortes e portos militares, denominado na sua origem como estado de sítio. Em 1811, através de decreto napoleônico, há uma extensão do instituto, aplicando-se no caso de cidade estar sitiada ou ameaçada militarmente. Há um progresso, a partir daí, de dispositivos jurídicos semelhantes - Alemanha, Suíça, Itália, Reino Unido e EUA.

É justamente nos séculos XIX e XX que, na França, é marcado momento de crise constitucional. Assim, após a queda da Monarquia de 24 de junho de 1848, foi editado um decreto pela Assembleia Constituinte, colocando Paris em estado de sítio, com o intuito de restaurar a ordem na cidade. Em 1848, foi estabelecido um artigo, o qual prescrevia que a lei definiria as formas e os efeitos do estado de sítio. A partir de então, somente aquele, no caso o Parlamento editor de leis é que poderia suspender as leis.

A primeira guerra mundial, na maior parte dos países beligerantes, foi um marco para o Estado de exceção permanente. Na França, o país inteiro, por intermédio de decreto foi colocado em estado de exceção, sendo transformado em lei pelo Parlamento, dois dias após. Essa situação perdurou de 1914 a 1919. O Estado de exceção é tido pelos juristas como laboratório que experimenta e aperfeiçoa os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo.

Explica Agamben que nessa época, – "*o governo solicitou ao Parlamento a aprovação de uma série de medidas de emergências – a mais importante, conhecida com DORA que não só conferia ao governo poderes muito amplos para regular a economia de guerra, mas também previa graves limitações dos direitos fundamentais dos cidadãos(em particular, a competência dos tribunais militares para julgar os civis).*"[10]

Em 1922, foi estabelecida por Carl Schmitt, a proximidade entre soberania e estado de exceção.

Segundo Agamben, o regime facista, em 1916, fez aprovar uma lei que regulamentava expressamente a matéria decretos-leis. Apesar do abuso na promulgação de decretos de urgência, em 1939, o próprio regime sentiu necessidade de limitar o alcance, assim, a Constituição republicana estabeleceu que *"nos casos extraordinários de necessidade e de urgência", o governo poderia adotar "medidas provisórias com força de lei", as quais deveriam ser apresentadas no mesmo dia às Câmaras e perderiam sua eficácia se não fossem transformadas em lei dentro de sessenta dias, contados a partir da publicação.*"[11]

Outro marco importante ocorre com o advento da Segunda Guerra Mundial, em 1939, de uma emergência nacional "limitada" que se tornou ilimitada ante o pedido de renovação de poderes pelo Presidente para enfrentar a crise com o escopo de usar todo o poder para derrotar os inimigos em qualquer parte do mundo em que a segurança do país

exigir.[12]

Agamben ressalta que, no período compreendido entre 1934-1948 há um desmoronamento das democracias europeias – momento especial da teoria da exceção que terá aparição no livro de Schmitt sobre ditadura em 1921.

A importância nesse momento é sobre o debate da chamada "ditadura constitucional" – termo já utilizado pelos juristas alemães para indicar poderes excepcionais do Reich e que segundo Agamben, os livros editados nessa época *"[...] registram, pela primeira vez, a transformação dos regimes democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do Executivo durante as duas guerras mundiais e, de modo geral, do estado de exceção"*. Benjamim, complementando: *"Eles são, de algum modo, os estafetas que anunciam o que hoje temos claramente diante dos olhos, ou seja, que, a partir do momento em que "o estado de exceção [...] tornou-se a regra"*. Continua Agamben, *"ele não só sempre se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica"*[13]

Nesse conjunto de ideias, tem-se que no período pós-Primeira Guerra, a Alemanha enfrentava forte crise econômica, social. Impera nesse momento histórico, o sistema de governo parlamentarista democrático. O chanceler que representava o Poder Executivo era nomeado pelo Presidente da República. A Constituição da República de Weimar foi a pioneira em regulamentar os direitos sociais que jamais foram efetivados.

Entretanto, também previa preceito que dava poderes para afastar o sistema posto pela própria Constituição, com o fito de resguardar a ordem. Para tanto, os direitos fundamentais e sociais ali protegidos ficariam suspensos para manter a ordem jurídica.

Dispõe o artigo 48:

> Caso a segurança e a ordem públicas sejam seriamente (erheblich) perturbadas ou feridas no Reich alemão, o presidente do Reich deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, com ajuda se necessário das Forças Armadas. Para este fim ele deve total ou parcialmente suspender os direitos fundamentais (Grundrechte) definidos nos artigos 114, 115, 117,

118, 123, 124, e 153.[14]

Não pode ser olvidado que a ascensão de Hitler se deu justamente a partir dessa Constituição, marco representativo de uma evolução do ponto de vista teórico, legitimando a questão do autoritarismo extremado com a indicação de Hitler como primeiro ministro.

Sobre tal tema, ressalta Giorgio Agamben, *verbis*:

> Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o "Decreto para a proteção do povo e do Estado", que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado em sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos que são chamados democráticos.[15]

Esse cenário perdurou por 12 anos e marcou a maior tragédia que a humanidade poderia presenciar, desde o totalitarismo a trágicos acontecimentos históricos, cessando o Estado de Direito formalmente vigente e a iniciação da era do totalitarismo.[vi]

Agamben, citando Schmitt, destaca *"nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado"*.[16]

Registro que o governo do Terceiro Reich era legítimo, posto que nomeado pelo Presidente, como dito alhures e a decretação do Estado de exceção se deu nos termos da Constituição da época.

Nessa esteira, é perceptível essa forma de governo nas atuais democracias, a exemplo do Brasil, como a própria permanência do totalitarismo na Constituição dos Estados Democráticos modernos, como será demonstrado adiante. Com efeito, hoje não é mais excepcional, mas o padrão de atuação dos Estados, até porque sua origem advém de regimes democráticos, não podendo afirmar que é resquício do poder soberano, pois, em verdade é um desabrochar de uma realidade que sempre estivera presente desde a sua origem.

Para Gilberto Bercovici, a medida excepcional que fundamenta a circunstância de estado de exceção "*não é, ao contrário do que possa parecer, anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica*"[17]. E continua "*o Estado suspende o direito em razão do direito de autopreservação*"[18]. Configura-se o que o filósofo italiano Agamben designa de força de lei sem lei: "*O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei* [...] *em que potência e ato estão separados de modo radical*".[19]

É nesse cenário, que é permissível em situações excepcionais do Poder Executivo promulgar decretos com "força de lei sem lei".

5 SIMILITUDES DE ESTADO DE EXCEÇÃO: ERA VARGAS E DILMA

O surgimento do Estado Novo deu-se no governo ditatorial de Getúlio Vargas, entre 1937 e 1945, concentrando o poder nas mãos do Executivo. A Constituição de 1937 foi inspirada nos preceitos da Constituição polonesa, apresentando-se com características eminentemente fascistas. Essa carta centralizava o poder e conferia exageradas atribuições ao Poder Executivo. Nessa época, o Poder Legislativo foi dissolvido, com o fechamento do Congresso Nacional, assim como dos Estados (Assembleias legislativas) e dos Municípios (Câmaras Municipais). Marca o início do autoritarismo e de governo unitário, sendo conhecida como "Polaca", devido a influência da Constituição da Polônia de 1935.

Nas disposições transitórias era previsto a realização de um plebiscito que jamais fora realizado. Assim, enquanto não eleito o novo Parlamento, existia previsão de que o Presidente da República detinha competência para expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência da União.[20]

Esse período ficou conhecido como o "Golpe de 37" e tem uma peculiaridade de grande relevância, pois através de decreto assinado pelo Presidente, foram extintos todos os partidos políticos, com a finalidade de extirpar, em definitivo, a política tradicional da vida brasileira.[21]

Daí a finalidade de erradicar os partidos políticos por espelhar a democracia.[vi]

Embora essa ordem constitucional trouxesse em seu corpo, direitos sociais, trabalhistas, aprovação da Consolidação das Leis Trabalhistas etc, era extremamente autoritária e antidemocrática e esses direitos eram tidos como favores do que genuinamente direitos, ante a figura paternalista de Vargas.[22]

Tal era a amplitude do poder do Executivo que chegou a expedir um decreto-lei, cassando decisão do STF acerca do permissivo constitucional que lhe dava poderes de desempenhar funções do Legislativo.[vii]

Por efeito, o governo brasileiro viveu nesse período um regime ditatorial e em verdadeiro estado de exceção (permanente).

Esse é o panorama geral que tem importância nesse ensaio, como referência do governo ditatorial constitucional, ante o permissivo da mencionada Carta, que de certa forma se assemelha à ditadura constitucional vista na Constituição de Weimar já estudada.

Diante de tais fatos, fazendo uma análise comparativa com o Governo Dilma, é possível identificar, mesmo no Estado Democrático de Direito, resquícios de um governo autoritário.

Anteriormente, restou consignado que o Poder Executivo em sua função legislativa se restringia à lei delegada, edição de decreto regulamentar, na forma do permissivo constitucional e medida provisória. Pois bem.

A Constituição de 1988 defere competência ao Executivo para editar medidas provisórias. Embora contenha no permissivo constitucional limitação temporal e material, o que se presencia, é a governança, através desse mecanismo, até mesmo quando ausente os pressupostos de urgência e relevância.

Vale pontuar que a medida provisória apresenta aspectos similares com a teoria decisionista, quais sejam, a excepcionalidade e ainda, a força de lei sem lei, que é da sua própria natureza.

Partindo para a essência da teoria da decisão, onde "o soberano é aquele que decide", segundo pensamento de Carl Schmitti, onde inexiste

a norma, há um vazio anômico. Ao contrário, a medida provisória funciona como "técnica de governo", como esclarece Agamben. A medida provisória compara-se com o antigo decreto-lei.[ix]

Registre-se que a figura de decreto-lei, genuinamente compreendida, já não mais subsiste no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, vê-se, com clareza que o Poder Legislativo fica submetido ao Poder Executivo, visto que é de competência deste a escolha da matéria a ser discutida no Congresso Nacional.[x]

Há um crescimento vertiginoso de edição de medidas provisórias, que em nada diferem dos mecanismos dos regimes autoritários a exemplo da "Era Vargas", exceto pela modelagem formal impressa na ordem constitucional vigente. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, as medidas provisórias são "sobrevivência piorada de decreto-lei"[23]. A edição em grande escala de medidas provisórias, por vezes não se atende, os pressupostos de relevância e urgência, que sobremaneira só vem ratificar a governança, através de Medida Provisória.

A função típica de legislar é de competência do Poder Legislativo, assim, consentir que o Executivo detenha amplamente tal poder, é promover o desequilíbrio preconizado pela divisão de poderes e servir como meio para implementação da exceção como regra governamental, sendo, pois, razão de se considerar a medida provisória como instrumento de Estado de exceção na ordem jurídica brasileira, permitindo-se a absorção de competências de um poder pelo outro.

A essência do Parlamento é a de se apresentar como órgão democrático, decisório e representativo. Ao contrário, é manipulado e, devido a sua inércia, a exceção permanente se concretiza, ante a edição de atos do Poder Executivo, pois este tem a aparência de Soberano, visualizando a figura de "súdito" e não o "cidadão". Isto ocorre de forma velada, utilizando a roupagem da "democracia", entretanto, é pura violência daquele poder em face da sociedade, ao governar visualizando os interesses da elite e classes privilegiadas.

Anteriormente, foi pontuado que em determinados momentos o Executivo, por depender do Legislativo para normatizar determinadas situações e implantar ações positivas que atendam o anseio da sociedade contemporânea, ficava engessado, até mesmo pela própria burocracia e morosidade do processo legislativo.

Ocorre que não é usurpando da função de outro poder que obterá

os resultados desejados, pois nem sempre estão envolvidos interesses coletivos. Assim, deve haver uma "interpenetração" dos poderes, para que em conjunto e harmonicamente se obtenha, respeitando a esfera de competência de cada um, o que realmente seja necessário e idôneo do ponto de vista da não violação aos preceitos constitucionais e aos direitos do cidadão na consecução das políticas públicas.

Sob essa ótica, interessante destacar, na atualidade, a edição da Lei geral da Copa, - Lei nº 12.663/2012.

No que diz respeito à mencionada lei, é certo que atendeu aos ditames constitucionais acerca do processo legislativo, mas como já dito, o legislativo tornou-se um órgão manipulado, e nesse âmbito, sem compromisso com o povo, permite que o Executivo com o intuito meramente econômico e político, aceite imposições de terceiros, no caso da FIFA, com o intento de implementar políticas públicas não por via direta, democrática e participativa, mas atendendo interesses da minoria, - a elite - em detrimento do cidadão.

É sabido que o país para acompanhar o desenvolvimento na era da globalização, poderá adotar medidas mais radicais, todavia, não é democrático, utilizar de via inversa para gerir o negócio público, sob o fundamento de proteger "a democracia" e fomentar o setor econômico. Nesse aspecto, diz Agamben "uma 'democracia protegida' não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário"[24]. Tem-se nesse caso que concebendo a democracia como ideal e não como um meio prático, evidente sua vulnerabilidade, no momento em que se elege um meio que não se afina com sua finalidade precípua.

Com a promulgação da dita lei, destaca-se nesse ponto que afeta ao Direito Administrativo, pois várias alterações na legislação brasileira foram feitas, podendo ter vigência até 31/12/2014, tanto na esfera administrativa, penal, processual penal como em outros segmentos do direito.

A lei em comento: *"Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores*

das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970"

O capítulo IV dispõe sobre a Responsabilidade Civil da União.

> "Art. 22. A União responderá pelos danos que causar, por ação ou omissão, à FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores, na forma do § 6º do art. 37 da Constituição Federal. (grifo do autor)
>
> Art. 23. A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.
>
> Parágrafo único. A União ficará sub-rogada em todos os direitos decorrentes dos pagamentos efetuados contra aqueles que, por ato ou omissão, tenham causado os danos ou tenham para eles concorrido, devendo o beneficiário fornecer os meios necessários ao exercício desses direitos.
>
> Art. 24. A União poderá constituir garantias ou contratar seguro privado, ainda que internacional, em uma ou mais apólices, para a cobertura de riscos relacionados aos Eventos."

A Constituição de 1988 é marco democrático, após a ditadura, o que decerto abriu espaço para a cidadania, e nessa conjuntura, houve alterações na estruturação estatal. Com isso, foi previsto pelo Poder Constituinte no capítulo VII – da Administração Pública, art. 37, § 6º a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e prestadoras de serviço público.

O problema crucial não está na responsabilização da União sobre os danos que vierem a ser causados à FIFA, pois não está caracterizada a Teoria do Risco Integral, uma vez que resta evidente a excludente de responsabilidade, pressuposto essencial do nexo causal, mas no tocante, ao contido no parágrafo único do art. 23 da lei acima mencionada, ou seja, responsabilizar a União sem estabelecer teto para o pagamento das

despesas, nos casos em que sejam causados danos, torna-se uma medida abusiva, desarrazoada e desproporcional, atingindo a sociedade que poderá ser afetada em outros setores estrangulados como saúde, educação etc. O permissivo legal configura-se mais uma hipótese de gasto excessivo.

Embora, o Brasil tenha se candidatado a sediar a Copa 2014, e que através dessa lei ficou estabelecido um contrato entre a União e a FIFA, não quer dizer que o Poder Executivo tenha plenos poderes para submeter à sociedade a normas que venham violar os preceitos constitucionais, não é situação de anormalidade, posto que o evento da Copa, não traz em seu bojo, nenhuma conotação excepcional que justifique ameaça a ordem e segurança para legitimar o Estado a agir na excepcionalidade.

Nessa conjectura, vê-se, claramente, o Legislativo submisso ao Executivo que, na ânsia de realizar o evento, provavelmente visualizando acordos internacionais com o fito de melhorar a economia interna, atropela o verdadeiro significado da boa administração, o que somente vem ratificar o que vem sendo debatido ao longo desse estudo, ou seja, governar com autoritarismo, ao invés de utilizar mecanismos democráticos e legítimos.

Outro exemplo de autoritarismo do Executivo pode ser observado ante a edição do Decreto nº 8.243/2014, que *"institui a Política Nacional da Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS."*

O decreto cria "conselhos populares" e vem sendo alvo de críticas, inclusive do Parlamento, objetivando transformá-lo em projeto-lei a ser discutido pelos parlamentares.

Ora, mais um exemplo de governança autoritária, em pleno Estado Democrático de Direito, pois esse decreto surge de forma autônoma, sem o regular processo legislativo. Ao Executivo lhe é dado o poder de editar decreto no estrito permissivo constitucional e nos casos de regulamentar lei anteriormente editada.

O citado decreto tem por escopo a criação de conselhos populares, realizações de conferências e audiências e diversas formas de diálogo, objetivando a realização de consultas públicas no processo de execução, monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública.

As nuances do mencionado normativo, por excelência, deveriam ser discutidas pelos representantes do povo, pois nada tem a ver com

"aprofundar a democracia" a não ser a de subverter o regime instaurado pela Constituição de 1988, atendendo aos interesses do Planalto em verdadeiro autoritarismo.

Em outra face, privilegia-se uma parcela da população para participar do processo decisório do país. Estaria com essa medida, moldando-se às exigências da sociedade de forma a atender o progresso e a globalização? Várias são as facetas dos governantes como o objetivo de se perpetuar no poder. Portanto, não se vislumbra, pelo menos a princípio, legitimidade e legalidade na promulgação do citado decreto, o que de certa forma pode responder a questão acima, ou seja, esse não é o caminho democrático.

O tema ganha contornos entre os parlamentares, com a sugestão inclusive de revogação unilateral do decreto pela presidente. Os presidentes do Senado e da Câmara dos Deputados decidiram colocar na pauta das duas Casas Legislativas projetos que visam sustar os efeitos do decreto que cria "conselhos populares".[25]

Atualmente, tramita no Senado Federal o Projeto de Decreto Legislativo – PDC 147/2014 que trata da sustação do referido decreto, com a seguinte ementa:

> "Susta a aplicação do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências."

A última tramitação data de 10/03/2015 – CCJ –Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação do Relator[26], para ao final, respaldado pelo artigo 49, da Constituição Federal sustar os efeitos ato do Poder Executivo que exorbitou o poder regulamentar. O Congresso Nacional utiliza o "Sistema de freios e contrapesos", representando o equilíbrio nas ações dos poderes, permitido pelo Poder Constituinte originário e exercitável por aquele, representado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Primeiramente a Câmara dos Deputados apresentou o Projeto de Lei para sustar o famigerado decreto, obtendo êxito, seguindo ao Senado Federal, para conjuntamente sustar em "definitivo" o decreto editado pelo Poder Executivo – Governo Dilma, que instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social

– SNPS, havendo sinalização de que o decreto também será "derrubado", retirando do cenário jurídico seus efeitos.

Trata-se de tema controvertido do ponto de vista político e legal, portanto, não há como dimensionar os efeitos práticos, até porque não é o objetivo desse ensaio, pois o que é essencial é vislumbrar como se deu sua origem no mundo jurídico e isto ficou evidente pelo que foi dito acima, ou seja, pela via do autoritarismo, sem nenhuma situação excepcional que legitimasse o Poder Executivo usurpar poderes do Legislativo. Isto é o que se tem que observar e repensar sobre os valores éticos e o exercício efetivo da cidadania.

Diante do que foi apresentado, é perceptível uma sutil similitude entre o Governo Vargas e Governo Dilma, no que se relaciona ao autoritarismo e perpetuação do poder.

Destarte, não se pretende neste breve estudo afirmar posições definitivas e absolutas sobre o instituto de Estado de Exceção na Constituição de 1988 e no momento atual. Ao contrário, tem como foco principal discorrer sobre o Poder Executivo em sua atividade legislativa, contextualizando os pensamentos filosóficos e políticos sobre a excepcionalidade da medida em situação de emergência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo, buscou-se demonstrar de forma genérica, a atividade legislativa do Poder Executivo, tecendo considerações sobre o Estado de direito e sua interligação com o princípio da legalidade. Identificou-se a origem do Estado de exceção, fazendo uma breve historicidade, pontuando sua aparição no Governo de Getúlio Vargas, com a instauração do Estado Novo, procurando estabelecer um paralelo com o Governo Dilma, na atualidade.

A meta primordial deste ensaio é lançar alguns questionamentos sobre a problemática da previsão legal dos mecanismos postos à disposição do Poder Executivo com o escopo de impulsionar o leitor a fazer uma releitura crítica do cenário político atual, onde se vê uma condição indeterminada entre democracia e absolutismo em que o soberano é aquele que governa a exceção, na visão de Carl Schmitti.

Constata-se diante do que foi exposto, que a Constituição da República de Weimar, apesar de se destacar como um modelo na questão

do avanço em direitos sociais representou o marco da história do Estado de exceção, o qual, diga-se de passagem, durou cerca de 12 (doze anos), em que pese na época ter sido legítima e legal a decisão excepcional e, não a prolongada permanência.

Os temas aqui abordados indicam que o estudo do Estado de exceção é uma fonte inesgotável de reflexão sobre seus efeitos na sociedade e no Estado, pois, como restou consignado, pode ser entendido como "técnica de governo", como pensa o filósofo italiano Giorgio Agamben.

Por efeito, fora analisada a teoria da tripartição dos poderes e sua importância na sociedade democrática, dando ênfase aos formatos normativos disponíveis para a administração pública implementar políticas públicas, sem usurpar a função legislativa, a fim de atender aos anseios da sociedade contemporânea, ante a globalização, contemporizando esses conceitos com a atuação legítima e legal.

Foi destacado como funciona o permissivo constitucional da medida provisória e sua utilização como mecanismo de governar o país, ante a fragilidade e ineficiência da administração pública em gerir os conflitos emergentes da sociedade.

O formato de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo são fatores primordiais para a identificação do Estado de exceção (permanente?). Diante dessa constatação, foi demonstrado factualmente, similitude entre a governança "Vargas" e Dilma, principalmente, devido ao crescimento vertiginoso de medidas provisórias e a promulgação de decreto criando "conselhos populares", neste último caso, usurpando a competência do Legislativo, o qual se encontra em vias de ser afastado do mundo jurídico.

O propósito não é afirmar que se está em momento de Estado de Exceção, pelo contrário, ele pode perfeitamente conviver com a democracia. Nessa linha, o objetivo desse estudo é trazer à baila esses conceitos com o intuito que os operadores do direito e cidadãos reflitam sobre as ações do Poder Executivo e do Legislativo que representa a vontade do povo.

Deste modo, foram feitas considerações sobre o pensamento filosófico do instituto do Estado de Exceção e seus conceitos básicos, enfatizando o aspecto ilegítimo e ilegal de sua decretação, no decorrer do seu desenvolvimento, enfatizando sua aparição no Estado Novo no governo de Getúlio Vargas.

Percebe-se, que sempre há uma justificativa pronta para o desrespeito. Elegeu-se uma técnica de governar, sob os auspícios de uma suposta

necessidade de democracia participativa. Ocorre que tal conduta, como foi exposta no decorrer desse estudo é contrária ao Estado Democrático de Direito, onde este não só deve garantir os direitos fundamentais, como propiciar prestações positivas que firmem essa concepção, sem, contudo, usurpar funções que não são afetas ao governante, nem tampouco violar direitos dos cidadãos.

Ressalte-se, por oportuno, que ao estabelecer um liame entre a "Era Vargas" e Governo Dilma, não significa dizer que se está diante de um regime ditatorial, ao contrário, não há mais espaço para tal retrocesso no seio da sociedade brasileira contemporânea, pois tal situação resultaria em aniquilamento da democracia.

É sob o prisma do Estado Democrático de Direito que se desenvolve a afirmação das garantias e liberdades individuais, não encontrando espaço para arbitrariedades do gestor público, que agindo dessa forma se perpetua no poder, sob o manto de democracia "velada".

Desse modo, é no regime democrático que são garantidos os direitos e garantias individuais, os quais poderão ser suspensos como o foram, na instauração do Estado Novo – Governo "Vargas", submetendo os cidadãos a excepcionais situações com a justificativa de manter a ordem jurídica e proteção do povo. Época ditatorial abominada pela sociedade contemporânea, por representar o aniquilamento da democracia.

Repensar conceitos e valores antigos e transformá-los são medidas que se impõem, contextualizando as nuances atuais, como forma de governar, se valendo do mecanismo "estado de exceção" em situações factualmente excepcionais e, não o utilizando como regra, pois o que o gestor público deve ter em mente é gerar uma nova ordem e o progresso e, não o caos e a desordem, sob pena de haver um desmonte do modelo estrutural da administração pública contemporânea, em razão de o discurso ser completamente diferente da prática.

Diante do que foi abordado, constata-se que esse tema não se esgota neste compacto estudo, requerendo uma constante diligência e análise profunda das questões que a sociedade clama, visando uma real democratização da atividade administrativa.

THE NORMATIVITY OF PUBLIC ADMINISTRATION AT STATE OF PERMANENT?

ABSTRACT: The study of the rule of law and legality faced with the Normative Power of government legality, under the regulatory and normative power of the executive branch, emphasizing the permissibility of constituent power before this legitimacy. In this context, the organic division of powers finds its apex in Montesquieu's proposal, emerging in the legal world – the democracy. The present work seeks to problematize the legal mechanisms available to the Executive Branch, in order to implement public policies, with the aim of making a critical re-reading of the current political scene. It examines historical synthesis on the state of exception, as well as the similar state of exception: Vargas era and Dilma. Thus, the need to rethink old concepts and values overlaps to a real democratization of administrative activity.

KEYWORDS: Normativity of public administration. Rule of law. Legality. State of exception.

Notas justificativas

[i] Em outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 83.

[ii] Celso Ribeiro Bastos, cita. "Montesquieu, entretanto, foi aquele que, por primeiro, de forma translúcida, afirmou que tais funções devem corresponder a órgãos distintos e autônomos. Em outras palavras, para Montesquieu a divisão funcional deve corresponder a uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem, segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum destes pode ser encarregado de decidir as controvérsias. Há de existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome."

[iii] CLÈVE. Op.cit., p.126-127 "[…] As leis de autorização legislativa devem definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da delegação, que pode ser prorrogada. Ademais, as autorizações legislativas não devem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo de sua execução parcelada. Quanto ao tempo, as autorizações caducam com a demissão do governo, com o termo da legislatura ou com a dissolução da Assembleia da República"

[iv] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A nova Constituição da República revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de Poderes, disciplinado, mediante regime estrito, a possibilidade, sempre excepcional, de o Parlamento proceder a delegação legislativa externa em favor do Poder Executivo. A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente possível, só pode ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idôneo para a consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo. A resolução não pode ser validamente substituída, em tema de

delegação legislativa, por lei comum, cujo processo de formação não se ajusta a disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição. (...)" (STF, ADIn 1.296-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10-8-1995).

[v] CLÈVE. Op.cit., p.126-127. "No mundo contemporâneo, não é difícil perceber que a lei vem sendo, também, elaborada pelo Executivo. À luz do direito comparado, parece ser possível afirmar que o Executivo legisla em face de delegação (i) como assento constitucional: em face de (ii) delegação anômala e, finalmente, em face de (iii) atividade legislativa decorrente de atribuição constitucional. No último caso, a atribuição pode ser exercida em (iii.a) situação de normalidade constitucional ou (iii.b) em situação de crise".

[vi] Para Agamben, "o totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político", [apresentando-se, por excelência, o Estado de exceção, como um patamar de indistinção entre democracia e absolutismo." Agamben sinaliza que, para Carl Schmitt "soberano é aquele que governa na exceção"

[vii] Segundo Neto Lira, "Erradicar aquilo que nas palavras do próprio Getúlio era definido como "o ranço democrático" – ou "as filigranas doutrinárias e as falsas noções de liberdades políticas".

[viii] Daniel Sarmento. "Aqui temos que: como o Legislativo esteve fechado durante o Estado Novo, o Próprio Presidente chegou a editar um decreto-lei (DL.1564/1939) cassando decisão do STF que exercera controle de constitucionalidade sobre outro decreto-lei do regime, invocando o art.180 da Carta, que lhe permitia desempenhar as funções do Parlamento enquanto este não se reunisse. Houve protesto do STF, naturalmente, aposição do governo prevaleceu."

[ix] Explica Alexandre de Moraes "[...] apesar dos abusos efetivados com o decreto-lei, a prática demonstrou a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência. Pretendendo regularizar essa situação e buscando tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado, o legislador constituinte de 1988, previu as chamadas medidas provisórias, espelhando-se no modelo italiano."

[x] AGAMBEN esclarece: "Isso significa que o princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco e que o Poder Executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o Poder Legislativo. O Parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do Poder Executivo. Em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e, sim governamental. E é significativo que semelhante transformação da ordem constitucional, que hoje ocorre em graus diversos em todas as democracias ocidentais, apesar de bem conhecida pelos juristas e pelos políticos, permaneça totalmente desapercebida por parte dos cidadãos.

Notas de rodapé

[1] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1989. p. 300.

[2] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 186.

[3] BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 152-153.

[4] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p.102/106.

[5] Ibidem, p. 127.

[6] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58.

[7] CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.112.

[8] AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 58.

[9] Ibidem, p. 24-39.

[10] Ibidem, p. 33.
[11] Ibidem, p.32.
[12] Ibidem, p. 37
[13] Ibidem, p.18
[14] Ibidem, p.28
[15] Ibidem, p. 12.
[16] Ibidem, p. 28.
[17] BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Estado de exceção permanente – atualidade de Weimar. Rio de janeiro: Azougue, 2004, p. 66.
[18] Ibidem, p. 67.
[19] AGAMBEN, Op. cit. p. 61.
[20] FERNANDES. Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2012, p. 259.
[21] NETO, LIRA. Getúlio. Do governo provisório à ditadura do Estado Novo. São Paulo: Companhia das letras, 2013, p. 318.
[22] SARMENTO. Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41-45.
[23] BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Sobrevivência piorada do decreto-lei. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 maio 1996, Caderno I, p. 3.
[24] AGAMBEN, Op. cit. p.29.
[25] Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/noticias/geral, renan-e-alves-afirmam-que-vao-pautar-projetos-para-anular-criacao-de-conselhos-populares,1511479.> Acesso em: 29/06/2014.
[26] Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=118766r.> Acesso em: 28/05/2015.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Poder regulamentar do Executivo*. *In: Revista de Direito Público,* ano XIV, janeiro/junho - 1981, nº 57-58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Sobrevivência piorada do decreto-lei.* Folha de São Paulo, São Paulo, 2 maio 1996, Caderno I.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 11. ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ciência política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo,*

consulta pública e revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente – atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (Cap. I e IV)
_____. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Cap. IV).
CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo* 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
DALLARI**,** Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
FERNANDES. Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed Salvador: Juspodium. 2012.
GRAU, Eros Roberto. O *direito posto e o direito pressuposto.* 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado.* Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo. Atlas, 2010.
NETO, LIRA. Getúlio. *Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das letras, 2013.
RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução: José Cretella Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
SARMENTO. Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2003.
ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
ATALIBA, Geraldo. *Poder regulamentar do Executivo*. *In: Revista de Direito Público,* ano XIV, janeiro/junho - 1981, nº 57-58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Sobrevivência piorada do decreto-lei.* Folha de São Paulo, São Paulo, 2 maio 1996, Caderno I.
BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 11. ed., São

Paulo, Saraiva, 1989.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
_____. *Ciência política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente – atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (Cap. I e IV)
_____. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Cap. IV).
CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo* 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
DALLARI**,** Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
FERNANDES. Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed Salvador: Juspodium. 2012.
GRAU, Eros Roberto. O *direito posto e o direito pressuposto.* 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado.* Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo. Atlas, 2010.
NETO, LIRA. Getúlio. *Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das letras, 2013.
RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução: José Cretella Júnior. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
SARMENTO. Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONSIDERAÇÕES SOBRE DECISIONISMO E PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO - EXAGERO HERMÊUTICO E INTERPRETATIVO

Luciano Luis Almeida Silva[*]

RESUMO: Hermenêutica e interpretação jurídica são conceitos indissociáveis da ideia de entendimento e aplicação de normas num ordenamento jurídico. O intérprete deve sempre ter a cautela e o zelo de observar regramentos básicos de hermenêutica e interpretação, entendendo e respeitando os limites intrínsecos à própria norma em análise. A extrapolação desses limites resultará numa retórica argumentativa que favorece apenas ao intérprete, permitindo a ele fundamentar com peculiar subjetividade, justificando o que se imaginaria injustificável. A efeito, aliado à supervalorização do Poder Judiciário na contemporaneidade, a extrapolação desses limites pelo juiz no momento de decidir resulta no combatido decionismo judicial, onde, com suposto amparo em técnicas de hermenêutica e interpretação jurídica, o magistrado decide na verdade conforme sua consciência e vontade e não dentro dos limites semânticos e parâmetros delineados na própria norma.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica jurídica. Interpretação jurídica. Decisionismo.

1 INTRODUÇÃO

Indiscutível a importância de enfrentamento da problemática do decisionismo judicial que inegavelmente ganha corpo no Brasil.

Referido processo parece ser fruto do aproveitamento equivocado de conceitos de hermenêutica e interpretação jurídica, buscados pelo magistrado contemporâneo que, diante do crescimento exponencial de atuação do Poder Judiciário, passou a enfrentar questões de todas as naturezas, não solucionáveis pela simples leitura da norma.

O intuito deste trabalho, assim, é demonstrar que a utilização da

[*] Bacharel em Direito. Bacharel em Ciências Econômicas. Especialista em Ciências Penais. Advogado e Procurador Municipal em Graccho Cardoso/SE. Membro da Comissão de Defesa da Advocacia Pública da OAB/SE.

hermenêutica e da interpretação jurídicas, que à primeira vista revela-se imprescindível para solução de qualquer caso concreto, quando utilizada como instrumento de argumentação na decisão judicial de modo exacerbado, leva a uma compreensão equivocada da norma utilizada, de modo que o juiz decidirá não de acordo com o que ela representa no ordenamento, mas de acordo com sua vontade e consciência.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES DE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

É de extremo reducionismo dizer que o conceito de hermenêutica jurídica se confunde com o de interpretação jurídica.

A hermenêutica jurídica pode ser caracterizada, no limite da rasa profundidade do que se propõe com o presente artigo, como um processo dinâmico cujo objetivo é investigar e coordenar de modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e finalidade das normas jurídicas, seja princípio, seja regra, fixando critérios norteadores de interpretação.

Grosso modo, é uma ciência da interpretação das normas jurídicas, devendo ser encarada como algo que facilita a sistematização dos processos utilizados para obtenção de uma interpretação correta das normas.

A interpretação jurídica, por sua vez, é o ato de conhecer, saber a essência e em que consiste a própria norma, o que ela quer dizer; traduzir o seu significado, as suas finalidades, as razões do seu aparecimento e as causas de sua elaboração. É descobrir o sentido e o alcance da norma.

Também de modo simplista – para não desviar do foco deste artigo –, é o conjunto de operações lógicas que, seguindo as balizas da construção hermenêutica, buscar desvendar o sentido e os fins das normas, explicando, explanando ou aclarando o sentido de alguma coisa. Interpretação é ato ou efeito de interpretar.

Pablo Serrano (2002, p. 20-21) doutrina:

> O intérprete, para conseguir seus objetivos, deve se valer dos meios ou instrumentos que estão presentes nos diferentes critérios hermenêuticos. Assim, do ponto de vista acadêmico, as teorias da hermenêutica devem ser explicadas como

> preâmbulo ao estudo do direito pois, como disciplina, fornece-nos os critérios básicos que facilitam o estudo, a interpretação e posterior aplicação das normas jurídicas nos diferentes ramos do direito.
> [...]
> A importância da teoria da interpretação da norma jurídica é imensa, e deriva do interesse público, que exige que as leis tenham aplicação fiel ao pensamento do legislador. É de interesse público a interpretação das leis, porque nenhuma lei se faz a não ser para utilidade pública. Então, se é o interesse público que faz a lei, é necessário que ela tenha uma execução uniforme, e não a pode ter sem que haja regras comuns que sujeitem o espírito dos que se acham encarregados de executá-la.

Não há, no Direito, coisa que prescinda de interpretação. Por mais autoexplicativa que possa ser a norma, ele necessita dos olhos do intérprete. A interpretação das normas jurídicas é sempre necessária e viabiliza a adequação destas aos casos concretos, permitindo, assim, a sua aplicação quando exigida.

Não é diferente quando o objeto do estudo é uma Constituição, mormente os princípios nela contemplados. Nessa temática, leciona Streck (2004a, p. 259-260):

> Compreendendo que interpretar é compreender e que somente pela compreensão é que é possível interpretar, não se pode falar na existência de uma hermenêutica constitucional *stricto sensu*, isto é, como uma disciplina autônoma. Admitir a existência de uma hermenêutica constitucional específica seria admitir, também, a existência de uma hermenêutica do direito penal, do direito processual, etc. O processo de interpretação da Constituição tem, sim, uma série de especificidades e peculiaridades, uma vez que a Constituição – entendida como espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e como o espaço de mediação ético-política da sociedade

> – é o *topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico. A especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida tão-somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve-se autossustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele. Como bem diz Ivo Dantas, a interpretação constitucional há de ser feita levando-se em conta o sentido exposto nos princípios fundamentais consagrados na Lei Maior. Acrescente-se, ainda, o dizer de Baracho, para quem "a interpretação constitucional tem princípios próprios do Direito Constitucional, entretanto não abandonando os fundamentos da interpretação da lei, utilizados pela Teoria Geral do Direito, pelos magistrados ou pela administração".

Desta forma, a hermenêutica e a interpretação das normas jurídicas garantem a segurança e a estabilidade do ordenamento jurídico em sua totalidade, pois somente a aplicação correta dos seus métodos, tipos e critérios proporcionará um ordenamento jurídico seguro.

3 DECISIONISMO COMO CARACTERÍSTICA ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

É inegável o agigantamento do Poder Judiciário no Brasil. A descrença no Poder Legislativo e a ineficiência do Poder Executivo, com o consequente enfraquecimento institucional de ambos, teve como efeito uma exigência reiterada – talvez, até necessária – de "intromissão" do Poder Judiciário em praticamente todas as questões de Estado: relações de cunho político, público, particular, de trabalho, afetiva, patrimonial, etc.

Alves (2014, p. 120-121) atribui esse contexto, na mesma proporção, à evolução do constitucionalismo:

> (...) Canotilho (2006) ensina que independente do tipo de Estado; o novo constitucionalismo, para contribuir com a formação de um Estado

> capaz de assegurar os enquadramentos políticos e institucionais para a prossecução do desenvolvimento sustentável e equitativo, deverá somar aos princípios tradicionais do Estado: proteção de segurança e da confiança jurídicas; princípio da proporcionalidade e do acesso ao direito.
> Novos princípios, como: o princípio da transparência dos trabalhos das instituições, dos órgãos e dos mecanismos do Estado; princípio da coerência entre as diferentes políticas e ações que um Estado promove no âmbito político, econômico, social, cultural, ambiental e internacional; princípio da abertura especialmente vocacionado para a busca de soluções múltiplas de governo; princípio da eficácia das ações políticas e finalmente, o princípio da democracia participativa. Estes novos princípios devem ser acrescentados, segundo o paradigma da geologia, formando uma nova camada no direito constitucional.

Carvalho Filho (2014, p. 8-9) explica o crescimento de atuação do Poder Judiciário contemporâneo:

> A função do Judiciário como instituição democrática tem passando por transformações substanciais tanto no Brasil como no exterior, sobretudo a partir de meados do Século XX.
> Embora esse poder tenha sido inicialmente idealizado como órgão responsável pela mera pronúncia da norma preestabelecida pelo legislador, após a Segunda Guerra Mundial, o Judiciário desenvolveu-se, na grande maioria das democracias ocidentais, como instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais e pelo controle dos atos do poder público. Nessa conjuntura, o Poder Judiciário transformou-se em importante interveniente do processo democrático.
> Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle, caso contrário arrisca-se a

> permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

E complementa:

> A partir do Século XX, verifica-se que o fenômeno do constitucionalismo acarreta mudanças estruturais nas funções do Poder Judiciário. Os pilares do Estado de Direito (supremacia da lei, separação dos poderes e definição de direitos fundamentais como direitos subjetivos) foram aperfeiçoados pelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, o qual se caracteriza por fundamentar-se em três novos paradigmas: supremacia da Constituição; interdependência dos poderes; e dimensão objetiva dos direitos fundamentais (CARVALHO FILHO *apud,* CARVALHO FILHO, 2014, p. 11).

O Poder Judiciário assume o papel de "instância de resgate instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo)" (CARVALHO FILHO, 2014, p. 12).

No Estado contemporâneo, as decisões judiciais não mais se limitam estritamente às barreiras do caso concreto, mormente quando o litígio em análise possua uma abrangência de interesses maior, uma certa relevância político-temática. Nesses casos, vem ganhando força no Poder Judiciário brasileiro o comportamento de se decidir conforme resultados mais – moral e politicamente – desejáveis (GUEDES, 2012).

Denuncia Guedes (2012) que, "nessas circunstâncias, a esfera política invariavelmente tenta dominar e subverter uma resposta mais técnica e própria ao direito, capturando e usando os seus espaços para os próprios e específicos fins".

É o crescimento do protagonismo judicial, como proposto por Carvalho Filho (2014, p. 27-29):

> Todo o exposto permite perceber que o Brasil vive atualmente um período de protagonismo judicial. A propósito, sustenta-se que:
> (...) É muito difundida a opinião que a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O STF se considera "árbitro definitivo da constitucionalidade das leis". Entende que sua função "de 'guarda da Constituição' (CF, art. 102 'caput'), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental". E com uma formulação mais simples: "Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último" (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 467).
> Nesse contexto, constata-se a imperiosidade de conformação da atuação do Judiciário, seja para direcionar à fundamentação racional dos julgados, já que é por meio da fundamentação de suas decisões que o Judiciário se legitima, dialoga com a sociedade e também possibilita o controle de seus próprios atos (BARROSO, 2012); seja para impor limites a esse poder, que invoca a Constituição para dar interpretação conforme a ela própria e contra sentido literal expresso, como o fez no caso das uniões homoafetivas.
> (...)
> Se é verdade que a atuação judicial não pode ser passivista a ponto de permanecer sem reação diante de manifestas afrontas ao texto constitucional pelos legisladores, não é mesmo verdade que o Judiciário também não deve intervir demasiadamente em problemas políticos examinados legislador[14], pois o juiz que afasta ou reformula leis com base em entendimentos pessoais ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação dos poderes (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

O que vem atualmente se mostrando mais importante para o Poder Judiciário é a demonstração da discricionariedade, oriunda

da "liberdade" do magistrado em decidir, de modo que o grau de subjetivismo do magistrado alcançou um nível deveras indesejável. Ao invés de uma construção crítica, análise doutrinária, respeito à uniformização jurisprudencial, prevalece o individualismo conceitual de quem está a decidir.

Lenio (2012c) afirma:

> O que importa é a "vontade do poder"; o que importa é que a "interpretação seja um ato de vontade", seja essa "vontade" entendida como poder discricionário, arbitrário, busca dos interesses, dos valores, etc.(se estivermos a tratar de uma decisão judicial...). O que importa é que a decisão seja produto dos subjetivismos. Com isso, sempre se terá a resposta que se quiser. (...) Numa palavra quase final: queremos, todos, uma sociedade democrática. E, fundamentalmente, instituições democráticas. Um Judiciário democrático. Um Ministério Público democrático. Que as decisões de ambos não sejam fruto de opiniões pessoais.
> Que as decisões não sejam fruto do subjetivismo ou voluntarismo. Ninguém é neutro. A neutralidade é uma fraude. Não é disso que se trata. Já escrevi muito sobre isso. Decidir não é o mesmo que escolher. Por isso, a necessidade de cobrarmos a responsabilidade política das decisões (...). É o que chamo de *accountability* hermenêutica.
> Penso que a fonte de tudo isso está na má-compreensão acerca da raiz do direito: o positivismo. Talvez por isso tenhamos uma tão errônea compreensão sobre o papel dos princípios, transformados em álibis para sustentar qualquer decisão (...).

A mazela que afeta o Poder Judiciário brasileiro atualmente pode então ser identificada: o ativismo judicial e o decisionismo decorrente, em nítida relação de causa e efeito. Lenio Streck (2012d) bem descreve essa problemática atual do Judiciário brasileiro, quando reconta a estória da Katchanga, proposta por Warat:

A estória da Katchanga foi inventada pelo saudoso Luis Alberto Warat. Ele a chamava de "O Jogo da Katchanga..." (ele não falava português; retrabalhou os "escravos de Jó", que jogavam "caxangá"... no seu portunhol, virou katchangá e, depois, simplesmente katchanga). (...) Warat contou a estória para metaforizar (e criticar acidamente) a dogmática jurídica. Afinal, dizia "a dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas". E quando alguém consegue entender "as regras", ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a "coisa" ao seu modo...(...) Mas, vamos a estória: existia um Cassino que aceitava todos os tipos de jogos. Havia uma placa na porta: aqui se jogam todos os jogos! Isto é, não havia nada que ficasse de fora do "sistema de jogo" do Cassino. (...). Poderíamos chamar esse "sistema do cassino" de uma espécie de "Cassino Fundamental" (um Grundcassino, a exemplo da Grundnorm kelseniana?)...! De uma forma mais sofisticada, pressupõe-se que "todos os jogos sejam jogados", ou algo nessa linha.

Pois bem. Chegou um forasteiro e desafiou o croupier do cassino, propondo-lhe o jogo da Katchanga. Como o croupier não poderia ignorar esse tipo de jogo — porque, afinal, ali se jogavam todos os jogos (lembremos da vedação de *non liquet*) — aceitou, ciente de que "o jogo se joga jogando", até porque não há lacunas no "sistema jogo".

Veja-se que o dono do Cassino, também desempenhando as funções de croupier, sequer sabia que Katchanga se jogava com cartas... Por isso, desafiou o desafiante a iniciar o jogo, fazendo com que este tirasse do bolso um baralho. Mais: o desafiado (Grundcassinero) também não sabia com quantas cartas se jogava a Katchanga... Por isso, novamente instou o desafiante a começar o jogo.

O desafiante, então, distribuiu 10 cartas para cada um e começou "comprando" duas cartas. O desafiado, com isso, já aprendera duas regras:

1) Katchanga se joga com cartas; 2) é possível iniciar "comprando" duas cartas. Na sequência, o desafiante pegou cinco cartas, devolveu três; o desafiado (croupier ou Grundcassinero) fez o mesmo. Eram as regras seguintes.

Mas o "Grund" (passemos a chamá-lo assim) não entendia o que fazer na sequência. O que fazer com as cartas? Eis que, de repente, o desafiante colocou suas cartas na mesa, dizendo Katchanga... e, ato contínuo, puxou o dinheiro, limpando a mesa. Grund, vendo as cartas, "captou" que havia uma sequência de três cartas e as demais estavam desconexas. Logo, achou que ali estava uma nova regra.

Dobraram a aposta e... tudo de novo. Quando Grund conseguiu fazer uma sequência igual à que dera a vitória ao desafiante na jogada primeira, nem deu tempo para mais nada, porque o desafiante atirou as cartas na mesa, dizendo Katchanga... Tinha, desta vez, duas sequências...! Dobraram novamente a aposta e tudo se repetiu, com pequenas variações na "formação" do carteado. Grund já havia perdido quase todo o dinheiro, quando se deu conta do óbvio: a regra do jogo estava no enunciado "ganha quem disser Katchanga primeiro". Bingo!

Pronto. Grund desafiou o forasteiro ao jogo final: tudo ou nada. O Armagedom! Todo o dinheiro contra o que lhe restava: o Cassino. E lá se foram. O desafiante pegava três cartas, devolvia seis, buscava mais três, fazia cara de preocupado; jogava até com o ombro... Grund, agora, estava tranquilo. Fazia a sua performance. Sabia que sabia! Ou pensava que sabia que sabia...!

Quando percebeu que o desafiante jogaria as cartas para dizer Katchanga, adiantou-se e, abrindo largo sorriso, conclamou: Katchanga... e foi puxar o dinheiro. O desafiante fez cara de "pena", jogando a cabeça de um lado para outro e, com os lábios semicerrados, deixou escapar várias onomatopeias (tsk, tsk, tsk)... Atirou as cartas na mesa e disse:

> Katchanga Real!
> Moral da estória: a dogmática jurídica sabe tudo, tem — sempre — todas as saídas, mas sempre sobra algo!!! Os sentidos não cabem na regra. A lei não está no direito, e vice-versa. Não há isomorfia. Há sempre um não dito, que pode ser tirado da "manga do colete interpretativo". Esse é o papel da interpretação. Para o "bem" e para o "mal"...!

A crítica salta aos olhos: com a roupagem de uma retórica trabalhada em argumentos hermenêuticos e interpretativos, o julgador pode decidir como quiser no caso concreto, muito além dos limites às vezes exigidos para solução da lide. Basta invocar o conteúdo que lhe convier aos princípios (a exemplo) em debate no caso concreto, e jogar algumas referências a autores clássicos da matéria (a exemplo, Dowrkin e Alexy) – ainda que as teses defendidas pelos autores invocados sejam diametralmente inconciliáveis – e "fundamentada" e "legitimada" estará a decisão judicial.

Lenio (2012d) continua:

> Explico. Quando a estória foi criada, não imaginávamos o "estado de natureza hermenêutico" provocado pelas teorias voluntaristas (mormente as pan-principialistas que se multiplicaram Brasil afora, essa fábrica de princípios que provoca um autêntico *bulling* hermenêutico...!). Nem de longe poderíamos imaginar essa onda "solipsista" que se espraiou pós-Constituição de 1988, principalmente nos últimos 10-12 anos. Sendo mais específico: em um Estado dito Democrático de Direito, a tarefa interpretativa (*applicatio*) da magistratura é argumentar dentro dos parâmetros dos mundos constitucionalmente possíveis. Em parte, lutava-se nas brechas da institucionalidade, para encontrar vaguezas e ambiguidades, como analíticos que éramos. Mesmo após o advento da Constituição, levamos alguns anos para compreender o novo paradigma e a própria autonomia que o direito adquirira. A "função" da *Katchanga* se alterara... E muito! Por exemplo, a crítica ao positivismo se

> alterou profundamente; passamos a nos preocupar com o discricionarismo e os ativismos. Só que parcela considerável dos juristas ainda não se deu conta disso, o que é profundamente lamentável. Com efeito, essa discussão está muito atrasada em *terrae brasilis*. Em um segundo momento, a *Katchanga* poderia ser um perigoso elemento de, sob pretexto de superar o exegetismo, transformar-se em um álibi para poder "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa"... Algo que o voluntarismo interpretativo de *terrae brasilis* fez e faz. Basta ver a pan-principiologia... essa bolha especulativa de princípios que assola a pátria. Afinal, se princípios são normas — e deve haver já mais de 2.000 dissertações e teses que dizem isso —, qual é a normatividade de "princípios" (sic) como o da confiança do juiz da causa, da verdade real, da instrumentalidade, da cooperação processual, da ausência eventual do plenário, etc.?
>
> A estória da *Katchanga* Real não pode representar um "ponto cego", porque corre o risco de vitimar sua construção (quando alguém diz "decido conforme minha consciência" ou "decido conforme os valores escondidos debaixo da lei", "decido conforme a razoabilidade", "decido conforme a consciência", "em nome do interesse público", etc., já estamos em face desse "ponto cego", vitimados pela arbitrariedade interpretativa!).
>
> Quando o STJ diz, em outras palavras, que "onde está escrito 15 dias, leia-se 15, mais 15, mais 15" (caso das escutas telefônicas), ele está dizendo: "dou as palavras os sentidos que quero"! Quando o TST diz "não recebo o recurso porque falta um centavo", ele está dizendo "eis um belo e demolidor argumento"... Quando o STF diz que o não cumprimento do artigo 212 é nulidade relativa, ele está dizendo, em outras palavras: "a palavra nulidade significa o que nós queremos que ela significa". "Nem mais, nem menos"!

Essa é a preocupação que se exige da doutrina e da comunidade

jurídica no Brasil. Do modo como estão se dando as decisões, não importa a absurdez da tese que se pretenda defender; se há o mínimo de fundamento científico; qual a base doutrinária que se utilize (se um Tratado de Direito ou um Direito Esquematizado, daqueles plastificado); se tal tese vai de gritante encontro as mais basilares conceitos doutrinários, etc.

O debate de princípios deve ser realizado com cautela. Não está a se falar da atividade de ponderação de princípios, mas do que efetivamente se entende como princípio.

Carvalho Filho (2014, p. 17-19) aponta exemplo à problemática que aqui se discute, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do critério de renda familiar *per capita* para reconhecimento da condição de miserabilidade:

> Não obstante, as conclusões a que a Corte chegou ao julgar os processos foi diametralmente oposta. Fatores externos ao mundo jurídico como o transcurso do tempo e a mudança da composição da Corte podem ter influenciado essa virada hermenêutica, entretanto, o problema visualizado é que o Supremo Tribunal Federal superou orientação consolidada e com efeito vinculante pelos mesmos argumentos que já haviam sido analisados e refutados no julgamento da ADI 1.232.
> (...)
> De qualquer forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal invocou princípios constitucionais para adotar orientação contrária a enunciado expresso do Código Civil e da própria Constituição, o que faz surgir dúvidas sobre os limites da atuação judicial, uma vez que o raciocínio hermenêutico pode ser articulado de modo a conduzir ao resultado desejado.

E critica:

> Tendo em vista que a Constituição é analítica e principiológica, a jurisdição constitucional representa uma viragem hermenêutica da posição

> legalista e preestabelecida à interpretação pautada em princípios, na qual a decisão judicial deve ser racionalmente construída e os magistrados têm um campo de atuação elástico.
> Diante da plurissignificância de sentido das normas constitucionais, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen afirma que o texto das normas funciona como molduras de obras de arte, dentro das quais há certa margem de discricionariedade (KELSEN, 1999, p. 387-397).
> (...)
> Assim, não se pode negar o poder criativo dos juízes, mas a atividade hermenêutica é inicialmente limitada pelo texto da norma, o ponto de partida da interpretação, e qualquer orientação que vá de encontro a esse texto, extrapolando a moldura normativa, não teria legitimidade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 30-32).

Urgente a mobilização doutrinária para o resgate de importantes valores de aplicação e interpretação dos princípios do Direito. Como já mencionou Barroso (2006, p. 64) – e aqui em uma referência nem tão recente –, "provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal".

Questões diversas e complexas surgem quando se fala em controle de racionalidade do discurso jurídico, agravando-se a problemática quanto maior é a liberdade e alcance do decidido por aquele que interpreta. Em matéria de interpretação constitucional, os argumentados postos avocam o papel principal: o caráter aberto, o espaço de indefinição e os conceitos indeterminados dos princípios concedem ao intérprete elevado grau de subjetividade (BARROSO, 2006, p. 367).

Guedes (2012) argumenta:

> Numa das mais conhecidas anedotas que surgiram em torno da lenda em que se transformara, conta-se que Holmes, comprovando seu apego à autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), cansado da retórica de um jovem bacharel, que insistia em que a Corte desconsiderasse o que expressamente dispunha a lei e "fizesse justiça", teria interrompido a oratória do inexperiente jurista

> para adverti-lo de que estava num tribunal onde se aplicava o direito, e não onde se "fazia justiça": "Meu jovem, este é um tribunal de direito, não uma corte de Justiça". De fato, Richard Posner confirma que o insuspeito Holmes, defensor da ideia de uma interpretação mais flexível da Constituição norte-americana, no que ele mesmo designou de "Constituição viva" (*living Constitution*), para que se pudesse atender às exigências da evolução histórica da sociedade, paradoxalmente, caracterizou-se por uma acentuada ênfase na autocontenção da atuação do Poder Judiciário (*judicial restraint*).
>
> Obviamente, ninguém prega o retorno – hoje de todo impossível e já repugnante aos olhos de Oliver Holmes - a um legalismo formalista que reconhecia ao magistrado o papel absolutamente subalterno e desprezível de simples "boca da lei" (*la bouche de la loi*). O problema surge, contudo, quando a pretexto de realização maior da Justiça e de desígnios e valores sociais mais elevados, confere-se ao magistrado, e mesmo dele se exige, o poder de substituir a vontade política e a expressão de justiça do legislador – concretizada na lei - pela expressão política e a vontade de justiça do próprio juiz.

Não está a se falar em restrição ao poder de decisão do juiz, mas de resgate do respeito aos ditames da própria ordem jurídico-constitucional vigente, de ordem funcional. Não há sustentabilidade no grau atual de decisionismo e indeterminação – aqui, no sentido de segurança jurídica e respeito a precedentes – que acomete o Judiciário brasileiro.

Guedes (2012) discorre:

> Com o mesmo propósito de afirmar a necessidade de o Juiz não se submeter ao desejo profundamente humano de impor a sua justiça, a sua visão política e a sua moral pessoal em prejuízo da justiça, do juízo político e da moral objetivamente conformados na lei, Antonin Scalia, para muitos, a maior inteligência da atual composição da Suprema Corte norte-americana, não obstante

> seu conservadorismo, em palestra proferida na Chapman Law School, em Agosto de 2005, com graça e ironia, fazia a seguinte advertência aos magistrados: 'se você pretende ser um juiz bom e confiável, você tem de resignar-se com o fato de que você nem sempre irá gostar das conclusões que você encontrará (na lei). Se você gostar o tempo todo (de suas conclusões), você provavelmente está fazendo algo errado'.
> (...)
> Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça.

E aqui se alinham os pensamentos dos doutrinadores citados, no sentido de que, movido por essa "vontade de justiça", o julgador se veste com o manto das proposições hermenêuticas e interpretativas, construindo uma argumentação retórica principiológica a exclusivo favor da sua tese, para ao final decidir, bem verdade, como quiser, em conduta contrária ao que se almeja da prestação jurisidicional.

4 CONCLUSÃO

Hermenêutica e interpretação jurídica são temas sérios, não passível

de esquematização e plastificação. A simplificação da principiologia hermenêutica e dos critérios de interpretação da norma representam grave perigo de retrocesso no Direito, pois geram efeito oposto, permitindo que o intérprete amplie o conceito do que se analisa no caso, levando-o à construção de uma argumentação que, antes de tudo, garanta a "validade e certeza" do seu ponto de vista.

Interpretar não pode ser um ato de vontade nem um ato de poder. Como os autores pontuam, existem limites ao significado de qualquer norma e parâmetros, às vezes postos na própria norma, que devem ser observados e obedecidos, sob risco de se institucionalizar o decisionismo.

___

CONSIDERATIONS OVER DECISIONISMO AND BRAZIL'S JUDICIARY: EXAGGERATION ON HERMENEUTIC AND LAW INTERPRETATION

ABSTRACT: Hermeneutic and legal interpretation are indissociable concepts on the idea of understanding and applying legislation. The interpreter must always be cautious and ensure that he observes basic rules of hermeneutic and law interpretation, understanding and respecting the boundaries intrinsic to the rule itself. The extrapolation of those limits will surely result on an argumentative rhetoric that favors only the interpreter himself, allowing him to support his arguments with peculiar subjectivity, only to justify what would be unjustifiable. On that matter, considering the contemporary overvaluation of the Judiciary, that extrapolation by the judge on the moment of his decision result on the hard-fought decisionismo, where allegedly based on hermeneutic techniques and law interpretation the magistrate in fact decides based on his own consciousness e not within the semantic parameters of the law.

KEYWORDS: Law hermeneutic. Law interpretation. Decisionismo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. *Responsabilidade dos magistrados*: impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: XIMENES, Julia Maumann (Org.). Judicialização da política e democracia. Brasília: IDP, 2014, p. 106-132.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
CARVALHO FILHO, José S. *Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade*: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maumann (Org.). Judicialização da política e democracia. Brasília: IDP, 2014, p. 8-41.
GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.
GUEDES, Néviton. *O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção.* Consultor Jurídico, 23/07/2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em 13/01/2013.
JABORANDY, Clara Cardoso Machado. *A influência da hermenêutica constitucional para formação do raciocínio do intérprete.* In: FILHO, Rodolfo Pamplona; ASSIS JR., Luiz Carlos de (Coord.). Hermenêutica aplicada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55-77.
Serrano, Pablo Jiménes. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultura, 2002.
STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2004.
STRECK, Lenio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Consultor Jurídico, 22/03/2012. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 30/10/2014.
STRECK, Lenio Luiz. *Como se prova qualquer tese em Direito.* Consultor Jurídico, 26/04/2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>. Acesso em 14/05/2012.
STRECK, Lenio Luiz. *A katchanga e o bullying interpretativo no Brasil*. Consultor Jurídico, 28/06/2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em 09/07/2012.

A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO CONSENSUAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Eliana Tavares Lima*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a mediação (método consensual de resolução de conflitos) a qual busca solucionar uma questão jurídica entre as partes por meio do diálogo aberto, visando, principalmente, o restabelecimento do relacionamento entre elas. Nesse sentido, situa-a entre os métodos de resolução de conflitos, diferenciando-a da conciliação, descrevendo suas características peculiares, tais como a voluntariedade e a oralidade, além de destacar seus aspectos positivos frente aos demais métodos.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Resolução de Conflitos. Diálogo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo precípuo esclarecer acerca da mediação – método consensual de solução de conflitos.

O tema mostra-se extremamente atual e importante, tendo em vista que a mediação é um método de resolução de conflitos novo e que tem se mostrado bastante eficaz. Ademais, a resolução de conflitos por meio de um método diverso da via judicial é bastante interessante no contexto jurídico atual, visto que a sociedade moderna acostumou-se a solucionar problemas por meio da disputa, da divergência, esquecendo-se de que estes podem ser resolvidos por meio da convergência de opiniões, do entendimento. Nesse sentido, busca difundir um método que resgata a cultura da paz.

2 MEDIAÇÃO

2.1 CONCEITO DE MEDIAÇÃO

* Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio, graduada pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogada e Conciliadora Voluntária no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJ/SE).

A origem provável do termo Mediação remonta ao século XIII quando era utilizado para designar a intervenção humana entre duas partes. Ademais, esse termo foi encontrado na Enciclopédia Francesa em 1694.

Sua etimologia deriva da palavra latina *Mediator*, "mediador", de *Mediari*, "intervir, colocar-se entre duas partes" e *Medius*, "meio"[1].

Nesse toar, faz-se *mister* salientar que existem formas autocompositivas de solução de conflitos e formas heterocompositivas. As primeiras são a mediação, a conciliação, e a negociação, sendo "[...] aquelas em que as próprias partes interessadas, com ou sem a colaboração de um terceiro, encontram, através de um consenso, uma maneira de resolver o problema."[2]

Em contrapartida, as formas heterocompositivas são a arbitragem e a via judicial, "o conflito é administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir, sendo a referida decisão vinculativa em relação às partes".[3]

As formas autocompositivas de resolução de controvérsias surgiram para dar vazão à necessidade social de que seus problemas fossem solucionados, visto que a via judicial se mostra ineficaz e débil na elucidação de tais conflitos.

Há divergência entre os estudiosos do assunto no tocante à classificação da mediação, tendo em vista que alguns a classificam como autocomposição, outros como heterocomposição. Todavia, entende-se, majoritariamente, tratar-se de método autocompositivo, uma vez que as partes possuem autonomia para solucionar o problema existente, sendo o mediador apenas um facilitador na busca dessa resolução.

Ademais, a mediação é um dos meios alternativos de resolução de controvérsias ou *Alternative Dispute Resolutions (ADRS),* estando incluída no mesmo rol, a conciliação, a negociação e a arbitragem. Tais meios fazem parte do sistema multiportas de acesso à justiça, ou seja, maneiras distintas de se solucionar um problema, permitindo assim a ampliação de respostas para um mesmo impasse, a fim de que ele seja resolvido com a solução mais adequada ao caso concreto e que esta supra as necessidades e os interesses das partes.

Tal sistema teve origem:

> Em 1976, o Professor Frank Sander expôs, em uma conferência realizada nos Estados Unidos da América acerca das causas das insatisfações

> populares com a Administração da Justiça, a ideia de um sistema judicial ampliado através da introdução de múltiplos programas para resolver as disputas por meios de métodos alternativos, os quais poderiam ser utilizados antes ou durante o transcurso de uma ação judicial [...].
> Na realidade, o Professor Frank Sander desenvolveu um menu de alternativas para resolução de conflitos, do qual se poderia escolher a alternativa mais adequada para cada caso em particular e a isto ele denominou *O TRIBUNAL MULTIPORTAS*, no qual um funcionário especializado fazia uma análise prévia do conflito apresentado pelo interessado e o orientava para a "porta" mais adequada para aquele tipo de causa, podendo ser um juiz, um árbitro, um mediador etc[4].

Objetivamente, a mediação é definida como "atividade técnica exercida por terceira pessoa que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos"[5].

Ainda, segundo Vezzulla[6],

> mediação é a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.

Ademais, com base no proferido pelo Presidente da ABRAME – Associação Brasileira de Mediadores e Árbitros, Áureo Simões Júnior[7], entende-se que:

> A Mediação é uma técnica pela qual, duas ou mais pessoas, em conflito potencial ou real, recorrem a um profissional imparcial, para obterem num espaço curto de tempo e a baixos custos uma

> solução consensual e amigável, culminando num acordo em que todos ganhem. A Mediação é uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias, através de uma nova cultura, em que a solução dos conflitos passa por um facilitador profissional que tenta através de várias técnicas, pela conscientização e pelo diálogo proporcionar uma compreensão do problema e dos reais interesses e assim ajudar as partes a acordarem entre si, sem imposição de uma decisão por terceiro, num efetivo exercício de cidadania.

Logo, diante de tais conceituações visualiza-se o papel ativo que é conferido às partes pela mediação. O terceiro está presente somente para orientá-las a encontrar uma solução conjunta para os impasses apresentados, buscando a satisfação de ambas as partes.

2.2 DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Após a devida conceituação de mediação, é interessante diferenciarmos esta da conciliação, visto que a similaridade entre elas faz com que muitas pessoas as confundam ou até mesmo não as distingam, como na França, Espanha e Equador, devido à presença de um terceiro – mediador e conciliador- e da possibilidade da obtenção de um acordo.

Nas palavras de Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, a mediação:[8]

> é uma atividade destinada a fazer com que as partes encontrem, pacificamente, uma solução para o conflito de interesses entre elas existente. Tal atividade é desenvolvida por uma terceira pessoa, neutra em relação às partes e ao conflito e denominado mediador, que, por meio de técnicas disponíveis, que se socorrem inclusive da Psicologia, procura auxiliá-las a realizar discussão de seus pontos de discordância, levando cada um a considerar o posicionamento adotado pela outra e, por esse meio, obter um consenso que, na medida do possível, implique não só na construção de um acordo para colocar fim ao conflito, mas também

> no apaziguamento de seus espíritos e, além de tudo isso, na possibilidade do estabelecimento de um novo relacionamento.

Em contrapartida, baseando-se no entendimento de Kalil, "na conciliação, o terceiro imparcial sugere, interfere e aconselha as partes a chegarem a um acordo, sendo a celebração deste o foco principal dessa forma de resolução de conflitos"[9].

Diante de tais definições, delineiam-se várias distinções entre a mediação e a conciliação. A primeira delas refere-se ao fato de que na mediação as partes encontram a solução para o conflito, ou seja, o terceiro atua apenas como um facilitador que auxilia os atores sociais a descobrirem qual a melhor maneira de resolver tal conflito.

Nesse sentido:

> A mediação foi pensada de modo a devolver às partes o protagonismo sobre suas vidas no que concerne à solução de suas contendas. Distancia-se do modelo paternalista, que fomenta a ideia de que um terceiro, com maior conhecimento ou poder, encarregar-se-á de solucionar desavenças entre aqueles que não conseguirem fazê-lo por conta própria, e procura restaurar a capacidade de autoria das partes na solução de conflitos.[10]

Todavia, na conciliação, o terceiro interfere de maneira incisiva, oferecendo opções de acordo e encaminhando as partes para aquele que considera o melhor. Nesse sentido, o que se busca, primordialmente, no método é a realização de um acordo.

Já na mediação, o fundamental é o restabelecimento de relações harmônicas entre as partes, sendo que esta pode ser considerada satisfatória, ainda que não haja o acordo.

Ademais, com base em Fernanda Medina Pantoja seguindo os ensinamentos do professor Juan Carlos Vezzula:

> A conciliação e a mediação têm procedimentos distintos e servem para situações diversas. A conciliação é mais ágil e rápida, destinando-se aos casos em que o objeto da disputa é exclusivamente

> material e não existe um relacionamento significativo ou contínuo entre as partes, como na hipótese de um abalroamento de veículos ou de uma relação de consumo. A mediação, por meio da qual se solucionam conflitos mais complexos, baseados em relações duradouras, requer que o terceiro disponha de técnicas específicas, a fim de auxiliar as partes sem interferir, levando-as a buscar cooperativamente uma solução[11].

Diante do acima esposado, infere-se que o processo da mediação é muito mais profundo do que o da conciliação, visto que os conflitos são mais complexos, justificando a busca pelas causas subjetivas dos mesmos, e não somente o que se encontra na superfície.

Nesse toar, tal intento se baseia no entendimento de que as causas que motivaram o conflito não são aquelas facilmente identificadas, e sim motivos não revelados pelas partes ou até mesmo não identificados por elas.

Em seguida, podem-se destacar outros aspectos distintos entre a conciliação e a mediação. Na mediação, busca-se a satisfação de ambas as partes, ou seja, de que alguma maneira ao final do processo as partes envolvidas sintam-se melhores a respeito daquele conflito. E esse intuito é incutido nas pessoas envolvidas no processo. Em contrapartida, a conciliação ainda carrega o arquétipo adversarial que se relaciona a toda disputa. Logo, as partes buscam o melhor para si mesmas, sem se importar com o nível de satisfação da parte opositora.

Ademais, na conciliação, os efeitos do acordo proposto somente são analisados em relação à parte ali diretamente envolvida. Contudo, a mediação procura um acordo que beneficie tanto às pessoas diretamente envolvidas quanto aos terceiros - tais como família, amigos, vizinhos - uma vez que a solução encontrada refletirá também nesses atores da relação.

Igualmente, a mediação possui uma abordagem multidisciplinar, sendo auxiliada por outras ciências – Psicologia, Direito, Antropologia, Sociologia, Serviço Social - com vistas à compreensão abrangente do conflito analisado. Já a conciliação, diante de sua própria natureza, é monodisciplinar.

Nesse mesmo sentido, ressalta-se que a mediação preocupa-se em

"como fazer para evitar que a motivação do evento passado volte a ser manejada como foi e passe a ser, então, administrada de maneira que as relações permaneçam preservadas [...]"[12]. Logo, ela foca-se no futuro dos relacionamentos postos em questão.

Ao contrário, a conciliação fixa-se no reconhecimento dos responsáveis pelos acontecimentos e as possíveis correções, valorizando a culpa pelos fatos ocorridos e o momento atual das relações.

Por fim, vale destacar também que a publicidade caracteriza a conciliação, visto ser esta comumente praticada no âmbito judicial, sendo a divulgação ampla e irrestrita dos atos inerentes ao processo judicial. Contrariamente, a mediação busca a confidencialidade nos atos, uma vez que esta propicia às partes confiança e segurança no método aplicado, devido à profundidade e à subjetividade dos temas abordados na mesma.

2.3 CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO

Com base nos inúmeros conceitos expostos acima e nas diferenças apontadas entre a mediação e a conciliação, podemos entrever diversas características da mediação.

A primeira delas refere-se à participação de um terceiro imparcial, o mediador. Este não pode se posicionar a favor de nenhuma das partes, mantendo-se igualmente neutro em relação a elas, visto que tal posicionamento propiciará um melhor diálogo e entendimento.

Nesse toar, aduz Lilia Maia de Moraes Sales que[13]:

> é função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas (...) A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão, descaracteriza a mediação, pois a igualdade de oportunidade de diálogo é imprescindível a esse procedimento.

Já a segunda diz respeito à privacidade da mediação, visto que o processo é sigiloso, somente sendo divulgadas as informações quando permitida pelas partes envolvidas. Ademais, tal princípio será mitigado nos casos em que o interesse público se sobrepuser ao interesse privado.

Nesse sentido, vale destacar que a confidencialidade da mediação é imprescindível para o sucesso do método, uma vez que gera confiança entre as partes e o mediador, pois essas não terão receio de que as informações ali relatadas sejam utilizadas em seu desfavor, além de assegurar a imparcialidade do mesmo.

Em seguida, a terceira característica é a oralidade. Neste método, predomina a informalidade pela qual as pessoas envolvidas podem debater livremente os problemas que lhe afligem, com vistas a encontrar a melhor solução. Logo, a apresentação de provas testemunhais ou documentais de nada vale para este procedimento, uma vez que as palavras, gestos e posicionamentos são a matéria-prima da mediação.

A quarta característica marcante da mediação é a reaproximação das partes. Estas, ao longo do processo litigioso, acabam por se afastar e aumentar o rancor que sentem umas pelas outras. Contudo, a mediação busca o restabelecimento do diálogo entre as mesmas e a reconstrução do relacionamento entre elas. Nesse toar, conforme mencionado anteriormente, não basta somente a redação de um acordo.

Assim se posiciona Ana Célia Roland Guedes[14]:

> o objetivo básico é que os envolvidos desenvolvam um novo modelo de inter-relação que os capacite a resolver ou discutir qualquer situação em que haja a possibilidade de conflito. É, pois, uma proposta educativa e de desenvolvimento de habilidades sociais no enfrentamento de situações adversas.

Ademais, a quinta característica desse método é a autonomia das decisões/autocomposição, uma vez que as partes decidem qual a melhor solução para o conflito em tela.

De acordo com Lília Maia de Morais Sales[15]:

> Mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o

> diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide.

Outrossim, a sexta característica é o equilíbrio das relações entre as partes. Com o intuito de restabelecer o relacionamento entre os envolvidos, faz-se mister que todos possuam os mesmos direitos durante o processo de mediação, como - por exemplo - idêntico direito de se manifestar acerca dos fatos narrados.

Esse equilíbrio faz-se necessário, tendo em vista que se uma das partes se sentir prejudicada, não colaborará com o processo e não se obterá o sucesso desejado.

Em seguida, também importante ressaltar o caráter voluntário da mediação, pois as partes escolhem se submeter ou não a ela. Além disso, possuem a autonomia de desistir dela a qualquer momento.

Ainda que, em alguns países, ela seja obrigatória, como, por exemplo, Argentina e Peru, a voluntariedade permanece, visto ser característica basilar da mediação, sendo que o contrário desvirtuaria a função do método.

Finalmente, a última das peculiaridades da mediação diz respeito a não-competividade do método.

Segundo Fernanda Tartuce[16]:

> Nos tempos atuais, os sujeitos da lide devem se conscientizar sobre a necessidade de substituir a desgastada forma beligerante por uma conduta cooperatória no processo, em que todos os participantes encerrem esforços para pacificar o conflito de forma justa e com o menor dispêndio de tempo e dinheiro.

Esta busca, em verdade, desconstruir o caráter adversarial estabelecido nos conflitos analisados, afastando-se a cultura do litígio e destacando a importância de ambas as partes para a solução do impasse.

3 A FIGURA DO MEDIADOR

Importante faz-se esclarecer acerca do mediador, figura fundamental na aplicação da mediação, visto que se utiliza de técnicas adequadas ao

processo, auxiliando os envolvidos a solucionarem seus conflitos de maneira satisfatória para ambos.

Segundo as lições de Lília Maia de Morais Sales[17], mediador é:

> [...] terceiro imparcial que auxilia o diálogo entre as partes com o intuito de transformar o impasse apresentado, diminuindo a hostilidade, possibilitando o encontro de uma solução satisfatória pelas próprias partes para o conflito. O mediador auxilia na comunicação, na identificação de interesses comuns, deixando livres as partes para explicarem seus anseios, descontentamentos e angústias, convidando-as para a reflexão sobre os problemas, as razões por ambas apresentadas, sobre as consequências de seus atos e os possíveis caminhos de resolução das controvérsias.

Infere-se que o mediador atua, em verdade, como um facilitador que conduz a mediação no sentido de que as partes encontrem uma resposta para o impasse. Sendo assim, o exercício da função de mediador exige um perfil, uma formação e uma capacitação específicos.

No tocante ao perfil do mediador, este tem que ser paciente, calmo e livre de preconceitos, a fim de que possa conduzir o processo de maneira imparcial, acalmando os ânimos e conferindo a todos a possibilidade de expor os fatos de acordo com sua ótica.

Ademais, discute-se muito sobre a formação acadêmica do mediador, inclusive se falando em necessidade do mesmo ser operador do Direito. Todavia, a profundidade da mediação exige muito mais do que a capacidade de se realizar acordos, mesmo sendo esta uma característica válida.

Nesse toar, atualmente configura-se como diretriz basilar da mediação, a interdisciplinaridade, ou seja, o trabalho em conjunto de diferentes ramos do conhecimento, com o intuito de buscar e encontrar a solução mais adequada ao conflito.

O mediador não pode se restringir aos aspectos jurídicos, nem tampouco aos aspectos psicológicos. Este tem que buscar no Direito, na Psicologia, no Serviço Social, na Comunicação, na Sociologia e em outras ciências, as ferramentas necessárias para o bem fazer do seu ofício.

Assim, faz-se mister a capacitação do mediador por meio de treinamentos interdisciplinares que garantam a este um amplo leque de conhecimentos, visto que insuficiente a mera formação acadêmica.

Ainda, nesse sentido, mostra ser uma solução viável à necessidade da interdisciplinaridade a inserção da figura do co-mediador – profissional especializado na área a que concerne o conflito.

Ademais, "o mediador como administrador do conflito entre as partes, tem a função de exercer a gestão do processo, o governo com controle, pois quem quer conduzir bem deve saber onde chegar, o que quer realizar (governo) e não deve perder o rumo traçado (controle)".[18]

Logo, o mediador é essencial ao sucesso da mediação, pois ele traçará as estratégias para condução do processo, inclusive como abordar as pessoas participantes com o intuito de desarmá-las. Além de ser o maior instrumento de esclarecimento e disseminador da cultura de mediação, visto tratar-se de um método inovador.

4 ESPÉCIES DE MEDIAÇÃO

Há diversas classificações quanto às espécies de mediação, entre elas destacam-se: a mediação endoprocessual, extraprocessual ou pré-processual e a mediação paraprocessual. As diferenças entre as classificações giram, basicamente, em torno do aspecto analisado e priorizado: o momento de realização da mediação, o profissional que a realiza, a função da mediação.

Nesse toar, ressalte-se que muitas classificações se assimilam, pois utilizam terminologias distintas para representar o mesmo conceito.

Inicialmente, destaca-se a existência da mediação endoprocessual, extraprocessual e pré-processual. Conforme a própria denominação, a mediação endoprocessual ocorre dentro do processo judicial; a extraprocessual ocorre externamente ao processo; e a pré-processual, antes que a ação judicial se inicie, com vistas a dirimir o conflito existente, em caso de insucesso o conflito será encaminhado à fase processual.

A extraprocessual pode ser realizada de duas maneiras: a profissional e a não profissional. Esta é a realizada pelos pais, amigos ou qualquer pessoa que possua a confiança das pessoas envolvidas no conflito. Contrariamente, a profissional é aplicada por escritórios de advocacia, Tribunais de Mediação, consultórios de Psicologia e associações de classe.

Ademais, as partes escolhem o terceiro imparcial – mediador – que irá desenvolver a mediação. Por fim, a mediação extraprocessual é incipiente, ainda que propicie uma resolução eficaz do conflito.

Imediatamente, a mediação endoprocessual, conforme dito anteriormente, ocorre após a formação do processo judicial ou é determinada pelo magistrado no decorrer do procedimento quando encaminhada pelo conciliador.

No tocante à mediação paraprocessual, esta é uma nova modalidade de mediação criada pelo PL nº 4.728/1998 a qual pode ser judicial ou extrajudicial e prévia ou incidental.

No tocante à mediação judicial e extrajudicial, há uma impropriedade terminológica, uma vez que o critério de distinção entre elas é a qualificação do mediador e não a realização da mediação dentro ou fora do processo judicial.

Enquanto a judicial somente pode ser realizada "por advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores", a extrajudicial ocorre quando o mediador não possui tais requisitos, além de ser "independente, selecionado e inscrito no Respectivo Registro de Mediadores"[19].

Ademais, a mediação extrajudicial "pode ser classificada como mediação comum, configurando-se como aquela que já se verifica na prática e pode ser conduzida por qualquer pessoa de confiança dos interessados. A mediação comum pode ser ainda subdividida em mediação institucional (organizada por centros de mediação ou associações) ou independente (conduzida por mediadores, sem vínculo com nenhuma entidade, e escolhidos livremente pelas partes, para prevenir ou compor conflitos)"[20].

No tocante à judicial, esta se refere à mediação "quando efetivada no curso de uma demanda já instaurada, sendo conduzida por mediadores judiciais (previamente cadastrados e habilitados segundo as regras do respectivo Tribunal) designados pelo juiz da causa"[21].

Ademais, a mediação paraprocessual, segundo o momento em que ocorrer, poderá ser prévia ou incidental. A mediação prévia ocorre antes mesmo de a parte adentrar com a ação judicial, ressaltando-se que, apesar de não ocorrer em uma ação judicial, os efeitos jurídicos são idênticos. Ela poderá ser realizada por mediadores judiciais ou extrajudiciais.

Ao contrário, a mediação incidental ou obrigatória, concerne à realizada durante o processo judicial, devendo ser o mesmo suspenso enquanto realiza-se o processo de mediação.

Quanto à obrigatoriedade da mediação incidental, fazem-se necessárias algumas críticas. Dois aspectos devem ser analisados ao se discutir a obrigatoriedade da mediação: a determinação pelo juiz de aplicação da mediação a todos os processos de conhecimento; e a supressão da voluntariedade da mediação, visto que as partes não optam pela mediação, sendo esta imposta pelo magistrado da causa sua realização.

A mediação não deve ser aplicada a qualquer tipo de conflito, uma vez que não é toda controvérsia que se adequa a esse método. Segundo Maria Nazareth Serpa, "a mediação é mais apropriada aos (i) conflitos interpessoais de relação continuada, em que existe a necessidade de se preservarem as relações; (ii) conflitos em que os fatores psicológico e emocional preponderem sobre o fator jurídico; e (iii) conflitos em que haja a predominância das questões de fato sobre o direito."[22]

A voluntariedade e a autodeterminação das partes, consoante tópico 1.2, configuram-se em características essenciais da mediação, pois as partes devem optar ou não pela realização de tal processo. Nesse sentido, "quando as partes firmam livremente um acordo, tem-se uma maior garantia de que seus interesses serão atendidos e de que ambas cumprirão espontaneamente o acordado. Já a coerção para mediar, além de criar mais um inafastável degrau no acesso à justiça, remove esta vantagem, porquanto destrói o ambiente de franca comunicação necessário ao processo de negociação"[23].

Além dessas, pode-se citar como espécies de mediação, a regulatória e a emancipatória. A mediação regulatória é aquela que adota o "modelo de agência" cujo objetivo maior consiste em satisfazer às partes e, normalmente, relaciona-se à prática de mediação vinculada ao sistema judicial; em contrapartida, a mediação emancipatória ou comunitária tem como um objetivo transformador, visto que visa organizar a comunidade.

Nesse toar, a mediação comunitária prega que "o conflito não pode ser visto como algo necessariamente negativo. Posto que inerente à vida, este fenômeno é o resultado natural das diferenças entre os seres humanos. Assim, uma nova concepção de justiça deve atribuir sentido positivo aos conflitos, visando superá-los de forma criativa e, quando

possível, solidária"[24].

Além disso, ela propicia o aprofundamento dos laços sociais, uma vez que a solução do conflito é encontrada nas respostas oferecidas pela própria comunidade. Logo, mesmo inexistindo acordo, o aperfeiçoamento da comunicação e participação da comunidade torna o processo válido, uma vez que este é o primordial objetivo desse tipo de mediação.

Em seguida, tem-se ainda outra classificação quanto aos modelos de mediação: mediação estrutural, mediação baseada em interesses, mediação terapêutica e mediação transformativa.

A mediação estrutural foca-se na resolução dos conflitos com presteza. Nesse toar, baseia-se nos direitos conferidos pela lei às partes e no posicionamento da Justiça no tocante ao tema do conflito. Assim, o mediador assume uma postura intervencionista, sendo a mediação estrutural aplicada, frequentemente, em audiências conciliatórias no âmbito judicial.

Já a mediação baseada em interesses busca atender aos reais anseios das partes envolvidas, além de privilegiar o sistema "ganha-ganha" em que ambos envolvidos saem satisfeitos, com base na cooperatividade.

Quanto à mediação terapêutica, esta se centra na análise dos aspectos psicológicos e sociais que deflagraram o impasse e que o impediram de ser solucionado. Nesse tipo de mediação busca-se o restabelecimento das relações interpessoais e a melhoria da comunicação.

Por fim, a mediação transformativa "promove o fortalecimento e o reconhecimento entre as partes. Este enfoque ajuda a desenvolver um entendimento mútuo. Transformação é um processo de cura. No plano ideal, transformação transcende as partes imediatamente envolvidas no conflito. Ela valoriza o humanismo e a harmonia social"[25].

5 TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO

Ainda vale mencionar as principais técnicas aplicadas à mediação as quais buscam melhorar a comunicação entre as partes, encontrar novas alternativas para solucionar o conflito, sendo utilizadas de acordo com a fase do procedimento, destacando-se[26]:

> 1. *Looping, Rephrasing e Reframing:* questionamentos em abundância com vistas a identificar os reais interesses das partes, sendo

os mesmos questionamentos feitos de maneira distinta ou em outro contexto.

2. *Caucus* ou sessões privadas: reunião privada entre o mediador e uma das partes, permitindo a esta expor fatos ou sentimentos e esclarecer alguma questão ainda obscura. Alguns pesquisadores posicionam-se de forma contrária a tal técnica, visto que esta causaria uma quebra de confiança e imparcialidade do mediador, resolvendo-se tal impasse com a realização de uma sessão privada com a outra parte envolvida.

3. *Escuta ativa:* técnica fundamental na mediação, "a partir da linguagem verbal e não verbal, o mediador decodifica o conteúdo da mensagem como um todo. Propicia a expressão das emoções, o alívio das tensões e assegura a quem está falando a sensação de que está sendo ouvido".[27]

4. *Elaboração de resumos:* os mediadores devem elaborar resumos, ressaltando a exposição dos fatos pelas partes. Estes podem ser delimitadores do conflito ou cooperativos – estimulam a convergência dos interesses e a cooperação entre os participantes.

5. *Resumo seguido de confirmações*: o mediador faz um breve resumo dos fatos narrados, a fim de que as partes percebam o que foi dito por elas e confirmem-nos ou não.

6. *Brainstorming (tempestade de ideias):* na busca por soluções para o conflito, os participantes são incentivados a citar todas as soluções que vêm à cabeça, com o intuito de analisá-las e selecionar as mais adequadas ao caso em tela.

7. *Teste de realidade:* o mediador analisa junto aos mediandos as soluções apontadas e a viabilidade delas sobre um prisma objetivo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediação é um meio alternativo de resolução de conflitos, onde um terceiro é chamado para encaminhar as partes a chegarem a uma solução

ou acordo, demonstrando ser um caminho viável para a autocomposição de conflitos.

Através desse método de resolução de conflitos, busca-se uma solução para a controvérsia que agrade a ambas as partes, mesmo que a satisfação não seja plena. Ou seja, busca-se a melhor solução para os litigantes a fim de que não haja perdedor nem ganhador, como ocorre ao final de um processo judicial.

O sucesso da mediação tem vários efeitos positivos, entre eles destacam-se dois.

A mitigação da cultura litigiosa que domina a sociedade na qual os conflitos existentes entre as pessoas só podem ser resolvidos no âmbito do Poder Judiciário. Afirmando-se, inclusive, que esse método deve ser utilizado como alternativa viável à via judicial, contudo com os cuidados inerentes para que não se perca a essência da mediação, ou seja, esta não pode se tornar mais um método de resolução rápida de conflitos. É inerente à mediação a necessidade de analisar com prudência e atenção o problema para que sejam encontradas as verdadeiras causas e que estas possam ser resolvidas.

Todavia, o mais importante refere-se ao grau de satisfação proporcionado pela mediação. Como dito anteriormente, a mediação busca agradar a ambas as partes que saem mais satisfeitas, geralmente, após a realização de tal procedimento. Isso ocorre porque conseguem solucionar o real problema que as encaminhou em direção ao conflito, já que não são descobertas e mencionadas às causas emocionais e psicológicas que geraram o conflito.

Embora todos os aspectos positivos apontados, a mediação ainda encontra-se incipiente no Brasil, devido à cultura do litígio que emperra o seu pleno desenvolvimento.

Nesse toar, faz-se mister que se rompam barreiras e que a mediação seja acolhida na sua inteireza como método que convida ao diálogo e que pretende solucionar os impasses decorrentes da convivência humana, abarcando todas as complexidades e nuances inerentes a esta.

MEDIATION PROCEDURE AS CONFLICT RESOLUTION OF CONSENSUS

ABSTRACT: This article aims to analyze mediation procedure

(consensual method of resolving conflicts) which seeks to resolve a legal issue between the parties through open dialogue, aiming mainly at restoring the relationship between them. In this sense, it is located between the methods of conflict resolution, differentiating it from reconciliation, describing its unique characteristics, such as the willingness and orality, and highlight its positive aspects compared to the other methods.

KEYWORDS: Mediation. Conflict resolution. Dialogue.

Notas

[1] LISTA DE PALAVRAS. *Mediador*. 30/10/2009. Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/palavras/mediador/>. Acesso em: 2 mar. 2015.
[2] SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 14.
[3] Idem.
[4] DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y Conciliación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 21.
[5] MATTOS, Adherbal Meira. *Aspectos da mediação no direito internacional e no direito brasileiro*. In.: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (colaboradores). Mediação de conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 126.
[6] VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p.15-16.
[7] TABRAS. *Arbitragem e mediação no Brasil*. Disponível em: <http://www.tabrasdobrasil.com.br/conceitos_mediacao.asp Acesso em: 3 mar. 2015.
[8] TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, p. 131.
[9] KALIL, Lisiane Lindenmeyer. *Diferenças entre Mediação e outras formas de gestão de conflitos*. 03/08/2006. Disponível em: http://www.mediarconflitos.com/2006/08/diferenas-entre-mediao-e-outras-formas.html Acesso em: 4 de mar. 2015.
[10] ALMEIDA, Tania. *Mediação e conciliação*: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (colaboradores). Mediação de conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 96-97.
[11] PANTOJA, Fernanda Medina. *Da mediação incidental*. In.: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
[12] ALMEIDA, Op. cit., p. 96-97.
[13] SALES, Lília Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 48.
[14] PINTO, Ana Célia Roland Guedes. *O conflito familiar na Justiça* – Mediação e o exercício dos papéis. Revista do Advogado, São Paulo, n. 62, p. 69, mar. 2001.
[15] SALES, Lília Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 47.
[16] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008, p. 220.
[17] SALES, Lília Maia de Morais. *Mediação de conflitos*: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 79.

[18] MUNIZ. Tânia Lobo. *A ética na mediação*. CASELLA, Paulo Borba. SOUZA, Luciane Moessa de. (Colaboradores). Mediação de conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 109.
[19] SOUZA, Luciane Moessa de. *A ética na mediação*. CASELLA, Paulo Borba. SOUZA, Luciane Moessa de. (Colaboradores). Mediação de conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.
[20] TARTUCE, Op. cit., p. 238.
[21] TARTUCE, Op. cit., p. 241.
[22] SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 101.
[23] PANTOJA, Op. cit., p. 197.
[24] FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária*: por uma justiça da emancipação, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 149.
[25] BRITO, Rildo Albuquerque Mousinho de. *Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá*. São Paulo: LTr, 2010, p. 16.
[26] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação*: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_161005.pdf. Acesso em: 4 mar. 2015.
[27] CARTILHA DE MEDIAÇÃO. *Arbitragem OAB Minas Gerais*. 2009. Disponível em: <http://www.precisao.eng.br/jornal/Mediacao.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2015.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. *Mediação e conciliação:* dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (colaboradores). Mediação de conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRITO, Rildo Albuquerque Mousinho de. *Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá*. São Paulo: LTr, 2010.

DUPUIS, Juan Carlos G. *Mediación y Conciliación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária*: por uma justiça da emancipação, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KALIL, Lisiane Lindenmeyer. *Diferenças entre mediação e outras formas de gestão de conflitos*. 03/08/2006. Disponível em: http://www.mediarconflitos.com/2006/08/diferenas-entre-mediao-e-outras-formas.html. Acesso em: 4 de mar. 2013.

LISTA DE PALAVRAS. Mediador. 30/10/2009. Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/palavras/mediador/>. Acesso em: 2 mar. 2013.

MATTOS, Adherbal Meira. *Aspectos da mediação no direito internacional e no direito brasileiro. In*.: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (colaboradores). Mediação de conflitos:

Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
MUNIZ. Tânia Lobo. *A ética na mediação.* CASELLA, Paulo Borba. SOUZA, Luciane Moessa de. (Colaboradores). Mediação de conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
PANTOJA, Fernanda Medina. *Da mediação incidental In*.: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
PINTO, Ana Célia Roland Guedes. *O conflito familiar na Justiça – Mediação e o exercício dos papéis.* Revista do Advogado, São Paulo, n. 62, 2001.
SALES, Lília Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
_____. *Mediação de conflitos:* família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
SOUZA, Luciane Moessa de. *A ética na mediação.* CASELLA, Paulo Borba. SOUZA, Luciane Moessa de. (Colaboradores). Mediação de conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
TABRAS. Arbitragem e mediação no Brasil. Disponível em: <http://www.tabrasdobrasil.com.br/conceitos_mediacao.aspAcesso em: 3 mar. 2013.
TARGA, Maria Ines; CORREA de Cerqueira César. *Mediação em juízo.* São Paulo: LTr, 2004.
TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis.* Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.
VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação.* Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

"ACHADO NÃO É ROUBADO": A DESMITIFICAÇÃO DE UMA INGÊNUA CRENÇA HUMANA

Diego de Lima Cardoso*

RESUMO: O presente artigo consiste em um estudo crítico e jurídico acerca do aforismo dito "achado não é roubado", muito popular na sociedade brasileira, traçando-se breves conceitos operacionais, bem como a aplicação da lei penal à conduta criminosa com objetivo de arrematar, ao final, suas principais vicissitudes, desmitificando a opinião pública por meio da apresentação do crime de apropriação de coisa achada e o procedimento a ser adotado diante de real situação de localização de bem perdido.

PALAVRAS-CHAVE: Apropriação. Achado. Crime.

1 INTRODUÇÃO

Certamente, alguém, alguma vez na vida, já foi protagonista da seguinte cena: passando despercebido por uma calçada, avista mais à frente que há no chão uma cédula (papel moeda) aparentemente sem dono e, acautelando-se de que ninguém está a presenciar o fato, apodera-se da nota guardando-a em seu bolso e segue seu linear caminho com aquele sorriso prazenteiro.

Pois é, há quem acredite que tal comportamento não é mais do que um simples achado, sem repercussão ilícita, incorrendo no famoso prolóquio do "achado não é roubado!", mas se engana se assim ainda pensar.

Para os desavisados, ou mesmo para aqueles que ignoram completamente o direito, calha informar que tal comportamento, a depender das circunstâncias de como se operou o caso, pode ensejar a aplicação da lei penal imputando-lhe a prática de conduta criminosa prevista no art. 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal brasileiro.

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes/SE. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe exercendo atualmente a função de Assessor de Juiz. Pós-graduado em Direito Processual Civil 2010/01 pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia – UFBA. E-mail: diego.cardoso@tjse.jus.br

É, portanto, com base neste raciocínio apriorístico que tentaremos revelar as características deste tipo penal, desvencilhando o ignorante dito popular da inexorável conduta criminosa.

2 CONCEITOS OPERACIONAIS

Antes de nos dedicarmos à análise das vicissitudes que o caso apresenta, são de necessária compreensão alguns conceitos bem trabalhados pela doutrina de modo a se bem identificar as diversas situações que o caso em concreto poderá repercutir.

Inicialmente, vejamos a redação do tipo penal em testilha:

> Art. 169 - **Apropriar-se** alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:
> Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.
> Parágrafo único - Na mesma pena incorre:
> **(...)**
> **Apropriação de coisa achada**
> II - quem acha **coisa alheia perdida** e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias. (grifamos)

É de se ver que o crime decotado acima traz enquanto núcleo do tipo o verbo "apropriar" que, na conceituação lexical diz respeito a "tomar como seu; tomar como próprio; conveniente" (FERREIRA, 2001, p. 54). Já na literatura mais adequada do direito penal, *apropriar-se* vem a significar "entrar na posse de algo, comportando-se em relação à coisa como se fosse seu dono" (MASSON, 2014, p. 708).

Com efeito, por "apropriar-se" deve-se compreender aquela conduta do sujeito de ter a coisa para si com a finalidade específica de assenhoreamento definitivo (do latim *animus rem sibi habendi*), i.e., detém a coisa comportando-se como se dono fosse da mesma.

Demais disso, a coisa objeto desta apropriação precisa ser *perdida*. É dizer, trata-se de objeto cuja posse/propriedade é desconhecida e sendo encontrada em local aberto ao público. No entender da doutrina

abalizada, "coisa alheia perdida é aquela que se extraviou de seu proprietário ou possuidor em *local público* ou de *uso público*" (MASSON, 2014, p. 709).

Todavia, tal conceito encontra bastante singularidade semântica com a *res nullis* ou com a *res derelicta*. Aquela diz respeito à coisa de ninguém, ou seja, a coisa que nunca foi propriedade de alguém antes. Já esta última diz respeito à coisa abandonada cujo proprietário se desfaz por iniciativa própria. Nestas situações, cuida-se de objetos que podem licitamente ser adquiridas as respectivas propriedades caso sejam descobertas a ermo, na própria dicção do art. 1.263 do Código Civil[1]. Bem contextualizando a matéria é o exemplo apresentado por LACERDA e OLIVEIRA (2006, p. 02):

> Da mesma forma aquele que encontra algo abandonado, *res derelicta*, isto é, coisa da qual o dono não quer mais, pode adquirir a propriedade também em consonância com o mesmo artigo. Para exemplificar tem-se um peixe pescado em um costão que é *res nullis*, e uma lata de cerveja vazia jogada no lixo é *res derelicta*, haja vista que para o "catador de lixo" a lata tem valor econômico.

Ademais, há ainda que se conceituar (e individualizar) a chamada *coisa esquecida*. Diferentemente da coisa perdida, a esquecida cuida de objeto que foi deixado pelo seu legítimo possuidor/proprietário, não intencionalmente, mas por desídia ou falha.

Logo, é tecnicamente equivocado se dizer que a coisa esquecida está perdida! Em verdade, a coisa esquecida está apenas fora do campo de atenção do seu proprietário ou possuidor, mas que poderá ser buscada logo após que o mesmo se der conta do equívoco. Sobre a distinção, com a sabedoria que lhe é própria, é o escólio do mestre NUCCI (2012, p. 807):

> Coisa perdida e coisa esquecida não se confundem, por certo. A perdida sumiu por causa estranha à vontade do proprietário ou possuidor, que não mais a encontra; a esquecida saiu de sua esfera de disponibilidade por simples lapso de memória, embora o dono saiba onde encontrá-la. Ex:

> saindo à rua, o indivíduo deixa cair sua carteira e continua caminhando sem perceber: trata-se de coisa perdida; saindo de um restaurante, esquece o casaco sobre a cadeira: trata-se de coisa esquecida, pois terá chance de voltar para pegá-lo.

Por fim, há ainda a "invenção" que se caracteriza por ser objeto dotado de atividade inventiva quando não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado de técnica. Ou seja, através do esforço intelectual criativo alguém desenvolve algo não conhecido e, por isso, tem o direito à patente, tornando-a propriedade industrial, nos termos da Lei nº 9.279/1996, sendo, portanto, insuscetível de apropriação.

3 "ACHADO NÃO É ROUBADO": SERÁ QUE NÃO MESMO?

Como se pôde contemplar alhures, qualquer do povo que achar um objeto não é necessário e automaticamente o seu dono, exceto quando se ficar claro que se trata de coisa abandonada (*res derelicta*) ou coisa de ninguém (*res nullis*).

Portanto, à primeira vista, parece-nos que a solícita e popular frase pode conter um fundo de verdade. Mas será?

Primeiramente, vamos desmistificar duas premissas que são muito ignoradas quando se trata deste assunto.

A primeira delas é que não se deve falar tecnicamente em *roubo*, haja vista que o crime roubar se configura pela conduta de subtrair coisa alheia móvel por meio da grave ameaça ou violência contra a pessoa, na própria dicção do art. 157 do Código Penal[2]. Logo, é forçar a barra querer comparar algo que é simplesmente achado com a figura típica do roubo.

A segunda pode ser melhor traduzida pela seguinte frase: "Achar coisa perdida não é crime, é sorte!" Entrementes, crime será quando a pessoa que achou a coisa perdida se recusar a devolvê-la a quem de direito. Vejamos.

Diz o art. 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal que "quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias" comete o citado crime.

Com efeito, o que se pode esperar legalmente da conduta do sujeito

que encontrar coisa alheia perdida é, imediatamente, buscar devolvê-la ao seu legítimo possuidor ou, se ignorar este condição, entregá-la à autoridade competente, digo, ao delegado ou ao juiz, que deverá adotar procedimento previsto na lei para localização do seu proprietário.

Acerca do procedimento, o atual Código de Processo Civil (1973)[3], em seu Título II (dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária), Capítulo VII (das coisas vagas), encabeça o método pelo qual deverá ser adotado a fim de que a coisa perdida tome uma funcionalidade. Neste sentido, são estes os dispositivos legais de regência:

> Art. 1.170. Aquele que achar coisa alheia perdida, não Ihe conhecendo o dono ou legítimo possuidor, a entregará à autoridade judiciária ou policial, que a arrecadará, mandando lavrar o respectivo auto, dele constando a sua descrição e as declarações do inventor.
>
> Parágrafo único. A coisa, com o auto, será logo remetida ao juiz competente, quando a entrega tiver sido feita à autoridade policial ou a outro juiz.
> Art. 1.171. Depositada a coisa, o juiz mandará publicar edital, por duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de 10 (dez) dias, para que o dono ou legítimo possuidor a reclame.
>
> § 1º O edital conterá a descrição da coisa e as circunstâncias em que foi encontrada.
>
> § 2º Tratando-se de coisa de pequeno valor, o edital será apenas afixado no átrio do edifício do fórum.
>
> Art. 1.172. Comparecendo o dono ou o legítimo possuidor dentro do prazo do edital e provando o seu direito, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, mandará entregar-lhe a coisa.
>
> Art. 1.173. Se não for reclamada, será a coisa avaliada e alienada em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas e a recompensa do inventor,

> o saldo pertencerá, na forma da lei, à União, ao Estado ou ao Distrito Federal.
>
> Art. 1.174. Se o dono preferir abandonar a coisa, poderá o inventor requerer que lhe seja adjudicada.
>
> Art. 1.175. O procedimento estabelecido neste Capítulo aplica-se aos objetos deixados nos hotéis, oficinas e outros estabelecimentos, não sendo reclamados dentro de 1 (um) mês.
>
> Art. 1.176. Havendo fundada suspeita de que a coisa foi criminosamente subtraída, a autoridade policial converterá a arrecadação em inquérito; caso em que competirá ao juiz criminal mandar entregar a coisa a quem provar que é o dono ou legítimo possuidor.

Enfim, este é o dever/ser[4] que se espera de qualquer pessoa que, no seu caminho, se depare com a coisa perdida quando não lhe conheça o dono ou legítimo possuidor.

Outro fato interessante nesta história e, possivelmente ignorado por muitos, é que a recompensa que se espera por este feito de quão honestidade não simboliza apenas uma *mera faculdade* do proprietário/possuidor que teve o objeto achado. Absolutamente não.

Consoante expressa previsão do art. 1.234 do Código Civil (Lei nº 10.406/02), aquele que restituir a coisa achada fara jus a uma recompensa[5] de, no mínimo, 05% (cinco por cento) do valor da coisa, acrescidas das despesas que também teve para conservar e transportá-la. Eis o inteiro teor do dispositivo *infra*:

> Art. 1.234. Aquele que restituir a coisa achada, nos termos do artigo antecedente, **terá direito a uma recompensa não inferior a cinco por cento do seu valor**, e à **indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa**, se o dono não preferir abandoná-la.
> Parágrafo único. Na determinação do montante da recompensa, considerar-se-á o esforço desenvolvido pelo descobridor para encontrar o

> dono, ou o legítimo possuidor, as possibilidades que teria este de encontrar a coisa e a situação econômica de ambos. (grifei)

Neste sentido, com idêntica maestria de outrora, valho-me de exemplo citado por OLIVEIRA e LACERDA (2006, p. 01) para ilustrar a lei, senão vejamos:

> Inicialmente, imagine-se em alto-mar quando de repente você avista algo boiando, e, ao se aproximar percebe que é um barco de pesca emborcado, de cabeça para baixo e que não afundou. Você reboca o barco emborcado até a praia, coloca-o em terra firme, lava-o e conserta-o. O Barco emborcado tem um nome Perdido II, o que leva a entender que deve existir o Perdido I, e que este deve ter um proprietário, pois você que descobriu o Perdido II não é proprietário e deve inicialmente encontrar o verdadeiro proprietário, como prescreve o Artigo 1.233 do Código Civil e o Artigo 1.170 do Código de Processo Civil. Você deve estar se perguntando como fica seu trabalho de puxar o barco, consertá-lo, etc. A Lei prevê uma recompensa de no mínimo 5% do valor da coisa e mais as indenizações pelas despesas para o caso de Descoberta. (...) No intuito de ilustração, suponhamos que o Perdido II foi avaliado em R$ 100.000,00, você teria, no mínimo R$ 5.000,00 de recompensa mais às despesas por rebocar o barco, lavá-lo, consertá-lo e o gasto despendido para procurar o proprietário. Esta recompensa viria por parte do proprietário, caso fosse encontrado. Não encontrando o proprietário do Perdido II a autoridade competente daria conhecimento da descoberta através da imprensa e outros meios de informação, expedindo editais eis que seu valor os comporta, o que não é obrigatório em todos os casos. Decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre o Perdido II, será ele vendido em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas,

> mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o Perdido II (Artigo 1.237 do Código Civil).

Ocorre que, embora a lei traga esta benevolência, mas, convenhamos, 05% (cinco por cento) não são lá essas coisas quando a outra opção é ficar com 100% (cem por cento). Ou seja, no exemplo acima, se o sujeito, de fato, achasse o barquinho de R$ 100.000,00 (cem mil reais) e sabe que vai receber apenas R$ 5.000,00 (cinco mil reais) de recompensa por devolver, ele certamente teria outras 95 mil razões para não devolver, não seria? Difícil dilema de se equacionar, ainda mais em se tratado da realidade social do povo brasileiro, mormente na atual conjuntura político-econômica.

É, então, em face justamente desta pessoa incauta que a lei penal teve que trazer expressa previsão do art. 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal, a fim de demonstrar que, de fato, o achado quando não devolvido é crime.

No entanto, outra faceta explorável sobre o tema diz respeito ao sensacionalismo que a mídia imputa à pessoa que descobre o objeto perdido. Apenas para efeito de comentários, fiquemos com o exemplo do Sr. Francisco Basílio Cavalcante.

A história deste brasileiro de 63 (sessenta e três) anos e de 34 (trinta e quatro) anos de trabalho dedicado no aeroporto internacional de Brasília, no ano de 2004, lhe rendeu, talvez, um momento ímpar do qual jamais se olvidará.

Conforme bem noticiado pela mídia de plantão àquela época[6], o Sr. Francisco ficou "famoso" por ter devolvido uma mala contendo US$ 10 mil (o que equivalia na época a R$ 30 mil) que havia achado no banheiro do aeroporto quando ainda trabalhava como faxineiro.

Tal fato deu tanto ibope que ele foi, após o episódio, promovido no emprego, quintuplicando o seu salário, recebeu 16 (dezesseis) passagens aéreas para sua cidade natal (quando então só tinha viajado de avião uma única vez e mesmo assim com passagem de cortesia em 1989), virou "garoto propaganda" de um *merchandising* televisivo sob o lema "sou brasileiro e não desisto nunca". E não para por aí. O ápice foi ter sido recebido pelo presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, o qual lhe condecorou com homenagem digna de um herói nacional.

Sem embargos ao ato de bravura e benfazeja praticado pelo Sr. Francisco, algo raro na atual sociedade (que se averbe), mas chega a ser hilário o fato quando analisado pela ótica do direito. Isto porque, ele não fez nada mais do que o seu dever legal, dentro de um Estado Democrático de Direito. E, inclusive, teve até "prejuízo", uma vez que não exerceu validamente o quanto previsto no art. 1.234 do Código Civil que lhe garantia o direito de recompensa pelo achado da mala. Isto sim é que deveria ter sido criticado pela mídia, mas não o foi. Faltou-lhe, pois, um advogado.

4 SITUAÇÕES ESPECIAIS DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Apesar de já restar combalida a máxima popular de que "achado não é roubado", mas o não devolver é crime, outras situações especiais envolvendo o mesmo contexto fático merecem, pela sua singularidade, necessários comentários.

Primeiro deles diz respeito às consequências jurídico-penais na distinção entre a *coisa perdida* e a *coisa esquecida*. Conforme já visto em linhas anteriores, a coisa perdida é aquela que sumiu por motivo ignorado à vontade do dono/possuidor, enquanto que a coisa esquecida é aquela que tão somente saiu da esfera de disponibilidade do dono/possuidor, por simples lapso de memória, embora o mesmo saiba onde encontrá-la.

Neste caso, portanto, em se tratando de *coisa esquecida*, o agente que ignora o dever legal não estará incorrendo na figura típica do art. 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal, mas sim, propriamente dito, no crime de furto simples com previsão no art. 155, *caput* do Código Penal, senão vejamos.

Pensemos no seguinte exemplo: uma pessoa foi a um restaurante e, após pedir a conta, sacou a carteira do seu bolso de modo a retirar o cartão bancário para pagar a despesa, entrega-o ao garçom que efetua o contato magnético com a máquina portátil e, na sequência, após aprovação do pagamento, o cliente, por qualquer motivo desconhecido, fica entretido com fato alheio, levanta-se da cadeira e vai embora do estabelecimento sem qualquer intervenção do garçom.

Neste singelo exemplo, não muito difícil de ocorrer na prática, a atitude do garçom que, sabendo da origem do cartão bancário, não lhe restitui imediatamente ao cliente, não estará cometendo o crime de

"apropriação de coisa achada", mas sim furto, uma vez que a elementar do tipo penal prevista no art. 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal é a coisa perdida. Além disso, perfectibilizada está a inversão da posse da coisa alheia móvel, necessária para a caracterização do furto[7].

Com o intuito de melhor contextualizar o caso, é o precedente jurisprudencial extraído do TJDFT, cuja ementa assim se encontrada vazada:

> **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FURTO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO. APROPRIAÇÃO DE COISA ACHADA. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. DISTINÇÃO ENTRE COISA ACHADA E COISA PERDIDA. DENÚNCIA E ELEMENTOS INDICIÁRIOS QUE SE REFEREM AO CRIME DE FURTO. RECURSO PROVIDO**. 1. Não há que se confundir coisa perdida com coisa esquecida, pois nesta segunda hipótese o bem saiu da esfera de disponibilidade do possuidor ou proprietário devido a simples lapso de memória, porém o legítimo dono sabe onde encontrá-la ou, pelo menos, tem ideia do local e do tempo em que a esqueceu. **2. Quem se apropria de coisa esquecida, disso tendo conhecimento, comete furto, e não apropriação**. 3. A comprovação da versão acusatória do fato e de todas as circunstâncias que a compõem deverá ser realizada pelo órgão acusador no curso da instrução penal, ao final da qual o juiz terá melhores condições para avaliar a tipicidade concreta da conduta (art. 383 do Código de Processo Penal). 4. Recurso provido. (grifei)[8]

Outra situação especial no tocante à aplicação da lei penal relativamente ao crime em quizila diz respeito a sua atipicidade em função do erro de tipo. Explicamos.

Mais uma vez recorreremos a um exemplo. Suponha-se que João tenha um paletó que o acompanha desde quando se formou em Direito, há 10 (dez) anos, recebido de presente do seu saudoso pai, já falecido.

Considere-se que esta é a única peça de sua vestimenta formal que ele não substitui, por ter apreço sentimental, embora já esteja com aspecto de velha, haja vista os desgastes provocados pelo tempo e pelos produtos químicos de limpeza. Mesmo assim João não se desfaz dela e, em um belo dia, João, ao se sentar num restaurante, coloca o paletó sobre a cadeira e lá permanece. Após o jantar, recolhe seus pertences que estavam sobre a mesa e vai embora. Já no instante de fechar o estabelecimento, o garçom, que arrumava as mesas, viu um paletó sobre a cadeira e, observando que ninguém veio buscar por acreditar que teria sido abandonado ante seu péssimo estado de conservação, resolve ficar com o mesmo levando-o consigo para casa.

Pois bem. Neste simplório exemplo, é de se ver que o ato do garçom de levar consigo o paletó por acreditar tratar-se de coisa abandonada em razão do seu péssimo estado de conservação não configura fato típico, nem sequer o do crime previsto no art. 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal, uma vez que tal conduta não está amparada pelo elemento anímico do dolo, em face do erro do tipo provocado pela opinião do garçom de que se tratava de bem abandonado (*res derelicta*), e não de coisa perdida. Nestas sendas, é a lição do professor MASSON (2014, p. 711), para quem:

> (...) O fato é atípico quando o sujeito se apropria de coisa abandonada (*res derelicta*), pois não há patrimônio merecedor de proteção pelo Direito Penal. Também será atípico o fato, por ausência de dolo, como consequência do erro de tipo, na hipótese em que se apoderou de coisa perdida que reputava abandonada, em face do seu péssimo estado de conservação. É irrelevante se o bem foi encontrado casualmente ou se sua perda foi presenciada pelo agente quando a vítima se afastava do local, desde que tal perda não tenha sido por ele provocada.

Há também situações hilárias de aplicação do crime do art. 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal, onde três jovens se apropriaram de uma vaca atropelada na estrada e dos restos mortais do animal aproveitaram para saciarem a fome fazendo um churrasco e,

quando descoberta a atividade ilícita, acharam que podiam se livrar do crime com a restituição de aproximadamente 01 (uma) banda e meia dos restos mortais do aludido animal.

No entanto, não se pode perder de vista que o crime em espécie não se desvencilha se o objeto for restituído em parte, uma vez que, conforme diz a lei, "quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, *total ou parcialmente* (...)", estará incorrendo, mesmo assim, na conduta criminosa. Foi o que aconteceu no julgamento da apelação criminal em trâmite no TJDFT com a seguinte ementa, *in verbis*:

> **APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO DE COISA ACHADA – MATERIALIDADE – AUTORIA – FIXAÇÃO DA PENA**.1. Condenam-se os réus pelo crime de apropriação de coisa achada (CP 169, par. único, II, do CP), se suas confissões judiciais, confirmadas pelos depoimentos judiciais da vítima e do agente de polícia que os prenderam em flagrante, provam que eles acharam o animal atropelado, na estrada, e que se apropriaram de seus restos mortais, que não lhes pertencia, para fazer um churrasco. 2. Deu-se parcial provimento ao apelo do MPDFT para condenar os réus pelo crime de apropriação de coisa achada (CP 169, par. único, II) e aplicar, a ambos, a pena de 01 ano de detenção, substituindo-a, para ambos, por uma pena restritiva de direitos[9].

Outrossim, há quem entenda que o crime, para sua perfeita configuração, dependa do transcurso do prazo de 15 (quinze) dias necessários para comunicar a autoridade competente. É dizer, para quem advoga esta opinião, se a coisa for apreendida ainda no interstício dos 15 (quinze) dias, o fato será atípico. Neste sentido, BITTENCOURT (2010, p. 266):

> Somente se configura a apropriação de coisa achada após ultrapassado o prazo legal de quinze dias sem que o achador devolva a coisa achada ou entregue à polícia. Assim, não excedida a faixa legal de quinze dias, nem se tipifica o crime.

Endossando o mesmo entendimento, é o escólio do penalista MASSON (2014, p. 711), segundo o qual:

> (...) além disso, constitui-se em crime a prazo (somente se consuma depois de transcorrido o prazo de 15 dias legalmente previsto). Se a coisa for apreendida em seu poder antes do transcurso deste prazo, o fato será atípico.

Entrementes, há quem entenda diferente, advogando tese de que, não se observará o prazo legal de 15 (quinze) dias para tipificação do ilícito penal quando o agente passar a agir como se fosse o dono da coisa antes mesmo do transcurso daquele prazo. Neste desiderato, é o que defende ASSIS (2007, p. 560/561): "a consumação da figura delituosa de apropriação de coisa achada se dá após a expiração do prazo legal de quinze dias, *salvo se o agente vendeu ou consumiu a coisa achada*".

É o que também entendeu o STM – Superior Tribunal Militar – ao julgar conduta equivalente no Código Penal Militar, em seu art. 249, parágrafo único[10], cujo aresto seguiu assim ementado, *expressi verbis*:

> **APROPRIAÇÃO DE COISA ACHADA – CRIME A PRAZO – NECESSIDADE DE DECURSO DE 15 DIAS PARA A CONSUMAÇÃO DO CRIME**. **Salvo se o agente vender ou consumir o objeto**, para haver a consumação do delito de apropriação de coisa achada, é necessário que decorra o prazo de quinze dias sem que o acusado tenha devolvido o bem. (grifei)[11]

Há que se destacar, ainda, por força de expressa previsão legal contida no art. 170 do Código Penal[12] que ao crime de apropriação de coisa achada é aplicável a regra traçada pelo art. 155, §2º do Código Penal conhecido como *furto privilegiado*[13], o que, portanto, torna, também, possível a caracterização da figura da *apropriação privilegiada*. Neste sentido, trago à colação a redação do citado dispositivo comparativo:

> Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
> (...)

> § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

Ou seja, se o sujeito que incorreu na figura típica do crime de apropriação de coisa achada for considerado primário[14][15] e for de pequeno valor a coisa apropriada[16], o juiz escolherá entre diminuir a pena de um a dois terços ou apenas aplicar a pena de multa[17].

Não é demais ressaltar que o privilégio é um *direito subjetivo do réu*. Quer isto dizer que, não há campo para discricionariedade do juiz neste caso, posto que, identificados os requisitos legais, o magistrado não poderá negar o benefício ao réu. Neste sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, conforme avistável do precedente ora trazido à baila:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. RES FURTIVA. VALOR SUPERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ARTIGO 155, § 2º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (...). 2. **Para o reconhecimento do crime de furto privilegiado - direito subjetivo do réu - a norma penal exige a conjugação de dois requisitos objetivos, consubstanciados na primariedade e no pequeno valor da coisa furtada que, na linha do entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, não deve ultrapassar o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos**. 3. É indiferente que o bem furtado tenha sido restituído à vítima, pois o critério legal para o reconhecimento do privilégio é somente o pequeno valor da coisa furtada. 4. Na hipótese, em que houve tentativa de furto qualificado pelo arrombamento, o valor da res furtiva era superior ao salário mínimo então vigente, circunstância que impede o reconhecimento do privilégio legal. 5. Habeas corpus não conhecido.[18]

Por fim, cumpre afirmar que o crime de apropriação de coisa achada é de ação penal pública incondicionada e, em face da quantidade da pena *in abstrato* prevista pela lei penal, tratando-se de infração penal de menor potencial ofensivo[19], atrai a competência dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM), sendo compatíveis os institutos despenalizadores, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo do rito sumaríssimo, ora previsto na Lei nº 9.099/95.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como fora possível detalhar, o aforismo popular "achado não é roubado", muito conhecido por todos, revela, além de certa impropriedade técnica, uma falsa interpretação da lei penal, eis que, a depender das circunstâncias do caso concreto, poderá o agente que se usa desta escusa ter cometido um crime previsto no art. 169, parágrafo único, inciso II do Código Penal, sob a rubrica marginal de "apropriação de coisa achada".

Além disso, muito se é ignorado pela população em geral sobre o procedimento de como se deve agir quando diante de situações em que o agente se depara com um bem móvel que, aparentemente, é desconhecido o possuidor/proprietário. A culpa por tal desconhecimento, de fato, é imputável não somente à educação que recebemos, mas também aos veículos de comunicação que fazem do "sortudo" um verdadeiro herói sem, no entanto, exaltar que tal comportamento não deveria ser algo extraordinário quando é a própria lei quem já prevê o dever de agir e, inclusive, estabelece ao sortudo direito a uma recompensa (mínimo de 5% do valor do bem), o que também é circunstância ignorada pela mídia sensacionalista.

Portanto, mesmo sendo algo quão impregnado na cultura popular como certo, façamos como há muito ensina, metaforicamente, as sagradas escrituras: "vendo extraviado o boi ou ovelha de teu irmão, não te desviarás deles; restituí-los-ás sem falta a teu irmão (...) assim farás também com toda a coisa perdida, que se perder de teu irmão, e tu a achares; não te poderás omitir[20]. (...) Aquele a quem os juízes declarar culpado *restituirá em dobro ao seu próximo*[21]". Enfim, seja sortudo por achar o que está perdido e alegre-se ao devolvê-lo porque certamente esta alegria será tanto quanto a alegria de quem teve a coisa restituída.

"FIND NOT STOLEN": THE DEMYTIFICATION OF A HUMAN NAIVE BELIEF

ABSTRACT: This article consists of a critical and legal study of the said aphorism "finding is not stolen", very popular in brazilian society, by drawing brief operational concepts and the application of criminal law to criminal conduct in order to cast off, to end, its main vicissitudes, demytifying the public through the presentation of the thing found appropriation of crime and the procedure to be adopted before real well lost location situation.

KEYWORDS: Ownership. Found. Crime.

Notas

[1] Art. 1.263. Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei.
[2] Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: (...).
[3] No novo CPC (Lei nº 13.105/15), o procedimento ficou mais enxuto, apenas disciplinado no art. 746 com os seus três parágrafos. A novidade será o uso do incremento da internet como instrumento de auxílio na busca pelo real proprietário.
[4] Da Teoria Pura do Direito do filósofo e jurista austríaco Hans Kelsen, a conduta humana (ser) só adquire uma significação jurídica quando coincide com uma previsão normativa válida (dever ser).
[5] Também conhecido como achádego, que é a recompensa devida pelo dono da coisa perdida àquele que a encontra e devolve.
[6] Informações disponíveis no portal R7Notícias do Distrito Federal, acessível pelo link:<http: http://noticias.r7.com/distrito-federal/noticias/veja-como-esta-o-ex-faxineiro-que-achou-e-devolveu-mala-cheia-de-dolares-20120420.html> acesso em: 03 abr.2015.
[7] Art. 155 (CP): Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.
[8] TJDFT. RSE nº 2012111994098 2ª T. Rel. João Timóteo de Oliveira. DJ 20/02/2014.
[9] Apelação Crime nº 20080810011074APR. TJDFT. 2ªT. Rel. Sérgio Rocha. DJ 29/07/2010.
[10] Art. 249. Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza: (...) Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de quinze dias. (redação original)
[11] Apelação Crime nº 46-97.2011.7.07.007/PE. STM. Rel. Marcos Martins Torres. DJ 28/06/2012.
[12] Art. 170 (CP): Nos crimes previstos neste Capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, §2º.
[13] Também conhecido como furto de pequeno valor ou furto mínimo.
[14] Apesar do Código Penal não definir expressamente o conceito de sujeito primário, no entanto, é assente na doutrina e na jurisprudência tratar-se daquele que não é reincidente, isto é, que não praticou novo crime depois de ter sido definitivamente condenado (sentença condenatória

transitado em julgado), no Brasil ou no exterior, por crime anterior (art. 63 do Código Penal) ou não superado o período depurador de 05 (cinco) anos previsto no art. 64 do Código Penal.

[15] Há entendimento ainda no sentido de que é vedado o privilégio não só ao reincidente, mas também ao tecnicamente primário, que se cuida do sujeito que, embora não se enquadrando no conceito de reincidente, registra condenação anterior (MASSON, 2014, p. 618).

[16] A despeito também do Código Penal silenciar acerca do que seja "pequeno valor", a jurisprudência, visando a proporcionar segurança jurídica, estabeleceu que se trata daquele objeto que não exceda o montante de 01 (um) salário mínimo, levando-se em conta o tempo do crime (e não o da sentença). Ver REsp nº 207.181/DF, STJ, 5ªT. Rel. José Arnaldo da Fonseca. DJ 13/06/2000.

[17] Não há que se falar em substituir a pena de reclusão pela detenção, uma vez que o próprio tipo penal já prevê como pena originária a detenção.

[18] STJ - HC: 132422 SP 2009/0057151-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 18/06/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2014.

[19] Art. 61 (Lei nº 9.099/95). Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

[20] Deuteronômio 22:1-3.

[21] Êxodo 22:9.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código de Penal Militar*: Comentários, doutrina e jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. 6. ed. São Paulo: Juruá, 2007, 831p.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 1090p.

BRASIL. Presidência da República. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: 03 abr. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio* Século XXI Escolar: o minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 2001. 790p.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014, 1771p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 12. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 1322p.
OLIVEIRA, Álvaro Borges de; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. *A descoberta no Código Civil*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 28, abr 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1073>. Acesso em 03 abr. 2015.

MACHADO DE ASSIS, TEORIAS ACERCA DA CONSTITUIÇÃO, E O CONVITE AO "BATISMO CONSTITUCIONAL": A FORÇA DA NASCENTE

Thyago Gutierres Rodrigues Santos*

RESUMO: O presente artigo visa analisar de forma breve algumas teorias acerca da concepção jurídico-político-social da Constituição, realçando e defendendo a crucialidade da absorção da *mens legis* da Lei Maior pela população brasileira, que está em sua maior densidade axiológica exatamente onde o texto não começa: o Preâmbulo da Carta.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Teorias. Preâmbulo.

1 INTRODUÇÃO – A EXORTAÇÃO MACHADIANA AO BATISMO CONSTITUCIONAL

Em certa altura do romance *Quincas Borba* - clássico lavrado pela pena do gênio literário de Machado de Assis –, o personagem principal do livro, chamado Rubião, recebe em seu domicílio um exemplar de um novo jornal lançado no Rio de Janeiro. O nome: a Atalaia. Ao terminar de ler o artigo editorial da nova folha, deparou-se com a conclamação que encerrava o texto: *"Mergulhemos no Jordão constitucional"*. Segundo o narrador, *"Rubião achou-o excelente; tratou de ver onde se imprimia a folha para assiná-la"*.[1]

O "bruxo do Cosme Velho", homem culto e letrado tanto nas Sagradas Escrituras quanto nas grandes obras mundiais, usou de sua magistral sutileza para ventilar no romance a questão social e política que à época permeava a sua querida cidade maravilhosa, então capital nacional: **a urgente necessidade de assimilação do Texto Constitucional recém-outorgado pela sociedade.** O desfecho, inequivocamente imbuído de caráter bíblico, aludia ao momento conturbado do país.

* Thyago Gutierres Rodrigues Santos é Técnico Judiciário com função de Assessor de Juiz na Comarca de Poço Redondo/SE. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Aprovado no VII Concurso para Analista Judiciário do MPU e no III Concurso para Analista Judiciário do MPSE.

A República Brasileira, que fora proclamada em 15 de novembro de 1889, passava a ter uma nova Carta Magna, que vigorou a partir de 24 de fevereiro de 1891 e foi intelectualmente fincada na intensa atuação de outro gigante, Rui Barbosa. O Texto Maior foi publicano no mesmo ano da publicação do aludido romance machadiano. O Congresso Nacional, juntamente com a população, fazia oposição ao novo e primeiro Presidente da República, Marechal Deodoro da Fonseca, entre outras razões, devido à grave crise econômica – a "crise do encilhamento". O ápice da desavença foi a tentativa de aprovar a chamada "Lei de Responsabilidades", a qual limitava os poderes do Executivo Federal.

A represália do presidente, nada republicana, foi drástica: apenas 09 (nove) meses depois da promulgação da Constituição, no dia 03 de novembro, o Marechal Deodoro dissolveu o Congresso Nacional, decretou Estado de Sítio, determinou a prisão de líderes oposicionistas e baixou censura total sobre a imprensa do então Distrito Federal.

A repercussão, como não poderia ser diferente, foi igualmente violenta, gerando a movimentação intensa da elite paulista e dos militares, culminando na concreta ameaça de bombardeamento do Rio de Janeiro pelos canhões do "Encouraçado Riachuelo", caso o Chefe do Executivo não renunciasse. Cedendo ao temor de uma iminente guerra civil, o Marechal renunciou, 20 (vinte) dias depois da dissolução do Congresso.

Talvez o "leitor atento" deste artigo – a quem tanto prezava Machado de Assis – já esteja especulando acerca das intenções do presente estudo. De fato, a riqueza histórica brevemente narrada permite livros inteiros de observações; contudo, o nosso enfoque aqui e agora é apenas e tão somente um: fazer reverberar nos tempos de hoje a exortação do mestre literário proferida há mais de um século atrás.

O Rio Jordão está localizado na Palestina, e funciona como barreira geográfica natural entre Israel e a Jordânia. Segundo os Evangelhos, João Batista, primo carnal de Jesus, pregava o arrependimento do povo e clamava pela confissão dos pecados da sua gente, conduzindo os pecadores alcançados ao breve mergulho nas águas do rio – o batismo -, exteriorização da mudança espiritual interna do convertido.

A metáfora machadiana é, ao que nos parece, esta: somente a imersão da sociedade nos ideais da nova Constituição e dos valores do novo pacto social produzirá a mudança tão almejada. Ora, o conhecedor das obras do "bruxo" sabe da sua maestria em inocular mais

de um veneno (ou antídoto, como quiser) na mesma seringa. Como não podemos – e nem queremos – escrutinar todas as intenções possíveis do escritor, essa é a que nos serve no momento.

O Brasil passava por sérias turbulências, tanto econômicas – com falência de várias empresas e bancos, inflação alta e especulação financeira –, quanto sociais, pois não esqueçamos que fazia apenas 03 (três) anos que os escravos tinham sido alforriados, criando uma nova classe de cidadãos desamparados pelo Estado e despreparados para qualquer outra atividade lícita que não lhes fosse imposta com os chicotes nas costas. A empolgação gerada pela nova República, a Carta Magna repleta de ideais modernos e inovadora em diversos institutos jurídicos, como a adoção do presidencialismo, o abandono do Poder Moderador, a criação do STF, entre outros, era digna de alavancar o espírito cívico do povo até as mais elevadas alturas que só a esperança é capaz de alçar.

Todavia, quis o destino da história que a infante República brasileira, logo na gênese de sua penosa e trepidante caminhada, visse seu Congresso ser fechado pelo Presidente com apenas **09 (nove) meses** de vigência da Constituição. Talvez nem a mais fina ironia machadiana ousasse dar à luz tamanho acinte político, apesar do perfeito tempo de gestação do disparate institucional.

E é nessa conjuntura que a exortação do livro dispara o clamor da conscientização política da população, assim como João Batista clamava por arrependimento. ***"Mergulhemos no Jordão constitucional"***, é o grito do Atalaia.

Mas o que é a Constituição para que nela todos nós mergulhemos? Arregimentar poucas e breves noções acerca dela é o intento deste breve artigo.

2 TEORIAS ACERCA DA IDEIA DE "CONSTITUIÇÃO"

2.1 OS "FATORES REAIS DE PODER" DE FERDINAND LASSALE

Inúmeras são as concepções passíveis de tentar explicar o que vem a ser uma Constituição. Pode-se perfeitamente montar toda uma biblioteca somente com obras colimadas para a explanação do tema. Todas as conceituações naturalmente priorizam a visão da Carta Maior sob o seu prisma característico. Assim, as teorias sociológicas sobre a Constituição

irão dissertar a partir do ponto de vista da assimilação e repercussão da Lei sobre o corpo social; as teorias políticas darão primazia aos contornos e aspectos políticos, e assim sucessivamente.

Nos dizeres do mestre Bonavides, o termo "Constituição" abarca uma gradação de significados, os quais podem apontar tanto para significados mais largos como para outros mais específicos, como no caso do uso da palavra quando se quer fazer referência aos caracteres peculiares de algo, ou ainda no sentido político, o qual é rotineiramente comentado pelos juristas[2].

Há muito que o questionamento aqui enfrentado perdura. Ferdinand Lassale, ao iniciar a palestra que deu origem a sua célebre obra, indaga de pronto o que significaria uma Constituição[3]. Ao longo do seu discurso, usa de exemplos e situações hipotéticas para demonstrar que, mesmo que todas as leis do seu país fossem destruídas – de forma que não se encontrasse mais um único exemplar das leis e da própria Constituição – alguns limites concretos revelar-se-iam existentes de imediato, com pujança e solidez dignas de um verdadeiro mandamento constitucional.

Declara que a Constituição é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. A partir do momento em que as verdadeiras forças controladoras do país passam a ter guarida na "folha de papel" da Constituição, absorvendo características jurídicas positivadas, nesse momento então, os fatores de poder se tornam Direito através das inúmeras instituições jurídicas resultantes dessa "transmutação".

Devemos destacar: a palestra ministrada por Ferdinand Lassale em 16 de abril de 1862 não trouxe a lume críticas inovadoras para à época, mas tratou de sintetizar todo um conjunto de manifestações que combatiam uma corrente tanto formal quanto abstrativista dos estudos sobre as Constituições. Desta feita, Lassale proferiu suas palavras *"(...) buscando assim explicar cientificamente, de modo deveras precursor, o fracasso da Constituição inspirada por dogmas meramente jurídicos e normativistas"*[4]

De fato, as considerações realizadas por Lassale revelam uma elevada carga de irresignação contra o ideal meramente positivista do que seria a Carta Constitucional. Ademais, as críticas por ele tecidas demonstram o alto nível de absorção da realidade sócio-política do seu país, a Prússia.

O referido autor, por meio de diversas ilustrações altamente factíveis, conseguiu transmitir a mensagem de que há em uma nação diversos centros concentradores de poder. Não um poder institucionalizado,

juridicizado, mas diluído, difuso, invisível aos olhos estatais, tais como a aristocracia, a grande burguesia, o operariado e os banqueiros.

2.2 A VISÃO POSITIVISTA DE HANS KELSEN

Grande destaque na história do Direito mundial é devido também ao positivismo jurídico, ensinado por juristas consagrados da chamada Escola de Viena.

A escola positivista, que teve como representante máximo o ministro da Suprema Corte alemã Hans Kelsen, primava pelo esmero e dedicação quase obsessivos pela letra da lei. O ânimo formalista dessa escola era o de tentar expurgar da Ciência do Direito todos os elementos que lhe fossem estranhos[5]. Para tanto, tolhia-se ao máximo quaisquer concepções que não se encaixassem nos padrões da metodologia das ciências exatas. Para os positivistas, o Direito somente trataria de questões normativas, insculpidas nos textos legais. Fora da norma, não haveria Direito; daí a origem da sua rotulação. Conforme ensinam Bittar e Almeida,

> *"é a colocação da realidade fática como único objeto merecedor de consideração por parte da Ciência Jurídica que faz com que a razão de ser do positivismo jurídico reduza-se à compreensão da norma e do sistema jurídico no qual ela está inserida. De fato, será o reducionismo uma característica fundamental dos positivistas"*[6].

Os adeptos dessa escola doutrinária proclamavam que a Constituição seria apenas uma "lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos", segundo ensina Bonavides[7]. O sistema normativo seria perfeitamente hermético e pleno, sem qualquer necessidade de complementação cognoscitiva de algum outro ramo do saber humano. O ordenamento jurídico seria autônomo por natureza, um ideal pleno em si mesmo. Seria o alfa e ômega de si próprio. Assim, não havia espaços para a utilização de conhecimentos sociológicos, filosóficos, políticos, éticos, e afins.

A célebre pirâmide jurídica Kelseniana revelaria os degraus hierárquicos e existenciais do ordenamento, de forma que a Constituição seria o cume do edifício. Toda a legislação abaixo dela deveria manter

pontos de interligação formal entre o topo da pirâmide, instaurando a ideia do encadeamento lógico necessário ascendente. É dizer: as normas da base devem ter conformação total com a Constituição e todas as outras leis posicionadas acima, o que limitava o aplicador do Direito (?)[8] a, de forma cartesiana, verificar a validade das leis inferiores com aquelas localizadas acima na pirâmide.

Ocorre que, partindo de normas inseridas na parte baixa do edifício Kelseniano, a regressão ascendente em busca de sua validade jurídica seria infinita, haja vista que toda norma teria um pressuposto validante anterior. O problema seria solucionado pela "norma fundamental" (*grundnorm*), a qual lastrearia todo o ordenamento e responderia por toda a validez maior do sistema.

A princípio, deduzir-se-ia que essa *grundnorm* seria a Constituição a qual conhecemos; todavia, não é[9]. Como ensinam Bittar e Almeida, a norma fundamental seria apenas um "pressuposto lógico do sistema", inexistindo tanto histórica como fisicamente. Sua matéria seria tão somente lógica, como meio de interromper o regresso *ad infinitum* do movimento perquiridor da validade normativa[10].

Aqui encontramos o que é, para nós, o grande equívoco da formulação positivista de Hans Kelsen. A essência maior do ideal da Escola de Viena é a primazia absoluta e irrestrita da norma jurídica em relação a todo outro e qualquer conhecimento que possa ser rotulado como "não-jurídico". A sua metodologia científica cartesiana, lógico-dedutiva, é o que dá direcionamento aos seus estudos. As lentes pelas quais enxergam o Direito é preenchida pelo causalismo científico. Tamanha fixação pela "racionalização pura" do Direito desembocou na ideia de que apenas a busca pela validade da norma (nos moldes já comentados alhures) bastaria para o correto desempenho da atividade jurisdicional.

Acontece que a Constituição, que dentro da engendração positivista - que poderia perfeitamente figurar como o ápice indiscutível e "sagrado" de todo(s) o(s) sistema(s) jurídico(s) - é relegada a segundo plano na importância do sistema, haja vista que ela não seria o fundamento maior do ordenamento. Ao invés disso, a Constituição perderia seu lugar de lastro supremo para uma suposta "norma fundamental", de comprovação jamais verificada! Em outros termos: no positivismo, a *grundnorm* existe; contudo, ninguém pode dizer com precisão o que ela é, mas apenas concebê-la como uma barreira abstratamente concebida para impedir o

colapso lógico de seu desenvolvimento causalista! É dizer: existe porque precisa existir; caso contrário, toda a concepção está errada.

Outro traço marcante seu é a completa distinção entre Estado e sociedade, localizando-os em polos opostos, como se aquele não fosse formado e sustentado pelos integrantes do povo. Ressalte-se ainda a identificação conjunta feita entre o sentido formal e o material da Constituição, que não dissociava os dois aspectos, gerada pelo "fruto da confiança otimista dos positivistas", conforme Bonavides relata[11].

2.3 AS MODERNAS TEORIAS – A CONSTITUIÇÃO COMO RESULTADO DO PROCESSO POLÍTICO DE INTERPRETAÇÃO, COMO LEGITIMAÇÃO DO PODER SOBERANO, COMO ESCOLHA POLÍTICA DA NAÇÃO

Inocêncio Mártires Coelho aponta ainda a existência de diversas outras concepções sobre a Constituição. Uma delas a trata como processo político, ideia esta desenvolvida pelo professor germânico Peter Häberle. Para este,

> *"(....) a Constituição escrita é, como ordem-quadro da República, uma lei necessária mas fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação, do que decorre, por outro lado, que a verdadeira Constituição será o resultado - sempre temporário e historicamente condicionado - de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade"*[12]

Esse processo de interpretação alhures citado faria parte da mecânica típica de uma sociedade aberta e pluralista, onde os cidadãos influenciariam na hermenêutica e no manejo da Constituição, manifestando verdadeira democracia.

Ainda conforme Coelho há a perspectiva da Constituição enquanto legitimação do poder soberano segundo a ideia de Direito, que fora arquitetada por Georges Burdeau. A Lei Maior seria o estatuto do poder, judicializando aquilo que Lassale chamou de "fatores reais de poder", insculpindo-os na Carta Política. Assim, a Constituição seria a criadora do Estado de Direito, pois

> *"(...) se antes dela o poder é mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas que o disputam, com a Constituição esse poder muda de natureza, para se converter em Poder de Direito, desencarnado e despersonalizado"*[13].

Ressalte-se também a moderna contribuição de Konrad Hesse, que desenvolveu a ideia de Constituição como *"ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais"*[14]. Esse alvo somente se alcançaria devido a capacidade da Lei Maior de moldar a unidade política e a atuação estatal por meio de princípios, além de fixar os postulados gerais da ordem jurídica, visando a resolução dos conflitos internos[15].

Como reação ao extremismo desenvolvido pela escola positivista, despontou, entre outras, a teoria constitucional de Carl Schmitt. Este elaborou uma separação entre a "Constituição" e a "lei da Constituição", o que deveria ser, para ele o ponto de partida de todo estudo sobre a Carta Magna. Para Schmitt, a "Constituição" seria a escolha política da nação; consubstanciaria-se na essência mais densa do Estado, onde constariam todas as matérias reitoras da construção e manutenção da ordem político-jurídica do país.

Segundo Bonavides, a Constituição, para Schmitt, diante da sua magnitude axiológica, não caberia em nenhuma lei ou norma, e seria exatamente isso que diversificaria os dois elementos. A "lei da Constituição" cuidaria, por sua vez, de estipular os procedimentos jurídicos e as mecânicas necessárias para a elaboração de todo e qualquer sistema jurídico.

Trataremos agora de, a partir da conceituação teórica colacionada anteriormente, analisar brevemente a Carta da República Brasileira de 1988.

Conforme a teoria material da Constituição, esta é muito maior e mais complexa do que primeiramente se possa parecer. Emerge da sintetização alhures grafada que a nossa verdadeira Constituição não se resume ao texto promulgado em 05 de outubro de1988 pela nossa Assembleia Constituinte. De fato, o texto normativo ali inserido apenas seria a exteriorização da verdadeira Constituição Brasileira, posto que

essa, por sua grandeza, não poderia ser totalmente abarcada por nenhuma codificação.

É cediço o conhecimento da situação política e social que margeou a elaboração da CF de 1988, pelo que não descreveremos aqui. Notória é a percepção da preocupação da Assembleia Constituinte e da sociedade em geral em renovar o quadro em que o país se encontrava.

3 A NASCENTE DO "JORDÃO" MENOSPREZADA: O PREÂMBULO COMO VETOR HERMENÊUTICO IMPRESCINDÍVEL PARA A CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta Política vigente inicia-se com seu preâmbulo. A doutrina realça a força hermenêutica dos Preâmbulos Constitucionais na medida em que operam como vetor da interpretação da Carta. Conforme salienta Inocêncio Coelho - em obra lavrada juntamente com Gilmar Mendes e Paulo Branco - lá encontramos a expressão do mandato popular outorgado à Assembleia para redigir a nova Lei Maior. Tamanha importância impeliu Peter Häberle a declarar que sua função seria a de "Constituição da Constituição", funcionando ainda como "pontes no tempo" para trazer a lume a vontade jurídica que impelia a formação do Texto[16].

Ora, o preâmbulo, de fato, espelha o espírito alavancador da Assembleia Constituinte, a qual elaborou o novel paradigma jurídico-político-social do país. É uma tomada de posição, um direcionamento consensual de todo o povo, que, devidamente representado, homologa o estabelecimento de um novo sistema. Entendemos que é aqui onde se avista com a maior facilidade a "Constituição" oriunda da doutrinação de Carl Schmitt.

Ao se observar a parte introdutória da CF/88, vislumbra-se o espírito que imbuíra os trabalhos, *verbis:*

> *"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,*

> *fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."*

Primeiramente, devemos dissecar, ainda que brevemente - haja vista a vocação do tema para sozinho criar dezenas de páginas - os pontos vitais dos dizeres preambulares da CF/88.

A Assembleia Constituinte teve como objetivo primordial a criação de um Estado Democrático. Apesar de não ter feito constar expressamente o complemento nominal "de Direito" logo após a palavra "Democrático", pode-se serenamente perceber sua colocação subliminar, o que se torna insofismável logo após, na cabeça do artigo 1º[17].

A destinação desse novo Estado Brasileiro recém-pactuado, concebido popularmente pela representação no Congresso, é assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, além de um grande e novo rol de valores. São eles: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Estes, por sua vez, foram idealizados como "valores supremos" de uma sociedade "fraterna, pluralista e sem preconceitos", a qual deve fundar-se na harmonia social. Esse mesmo Estado decidiu primar pelo solucionamento pacífico das controvérsias, tanto na ordem interna como externa. Por derradeiro, invoca a proteção de Deus para inaugurar a nova ordem político-jurídico-social do país.

Não relutamos em afirmar que o parágrafo anterior tem carga de conteúdo vasta o suficiente para ser destrinchado em um trabalho exclusivo. Entretanto, atendo-nos às limitações deste artigo, frisaremos aquilo que mais nos fornecerá substratos para a construção do tema.

A maior parcela da doutrina constitucional no mundo profere a impossibilidade de se atribuir efeitos normativos aos preâmbulos, pois não garantem direitos por si só, nem estabelecem deveres autonomamente. Desta feita, não se poderia alegar judicialmente a ofensa a algum preceito contido no preâmbulo constitucional, apesar do mesmo deitar diretrizes hermenêuticas robustas.

Ressaltando o seu caráter hermenêutico imprescindível, desponta o ensinamento de Coelho, o qual descreve importantíssimas lições de Javier Tejada. Tamanha é a contribuição dos autores que nos torna obrigatória sua transcrição, *verbis:*

> *"(...) Aquilatando o valor dos preâmbulos como vetor da interpretação constitucional, Javier Tejada invoca ensinamento de outro jurista de relevo, Martin Casals, para ressaltar que, sob esse aspecto,* ***o texto preambular tanto pode ser encarado como o cânone hermenêutico principal e vinculante****, vale dizer, como o* ***primeiro e obrigatório****, dentre os critérios de interpretação,* ***quanto ser visto como regra hermenêutica suplementar - de natureza teleológica ou psicológica - , a ser utilizada livremente pelos operadores da Constituição,*** *sendo sob esse ângulo supletivo que se deve aquilatar o seu valor como regra de interpretação. Se valorado como o principal cânone interpretativo e com caráter vinculante - porque se supõe nele positivados o sentido, objetivos e finalidade do texto a que precede - , isso implicará que* ***o articulado constitucional há de ser entendido em conformidade com o preâmbulo,*** *o que além de limitar a liberdade do intérprete, relega a segundo plano os demais cânones hermenêuticos, os quais, de resto, não são hierarquizados, nem se apresentam em* numerus clausus*"*[18]. (grifos nossos)

Proclama igualmente o art. 1º da CF/88 os fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. Pelo propósito deste estudo, destacamos aqui os pilares dos incisos II e III, que são, respectivamente, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o art. 3º da mesma CF elenca os objetivos fundamentais da República Brasileira, sendo que frisamos aqueles trazidos nos incisos I e IV, a saber, a construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de preconceitos ou discriminações.

Portanto, da seção preambular da CF/88 – e nesta principalmente - até o artigo 3º podemos afirmar que encontramos o espírito legal da Carta Magna, a *mens legis* de todo o ordenamento político-jurídico-social do Brasil.

Assim, conjugando a vontade política que propulsionou a elaboração da nova CF, bem como os fundamentos da República do art. 1º, além dos objetivos fundamentais do art. 3º, é possível constatar, com clareza solar,

qual o norte de todo o novo ordenamento jurídico inaugurado em 05 de outubro de 1988. Esse norte, que é o caminho efetivador das disposições constitucionais, é a decisão político-jurídica deflagrada na CF/88, a qual é positivamente destrinchada no preâmbulo da Carta Magna. Talvez por ter assim também entendido foi que o mestre alemão Häberle tenha atribuído imenso valor às introduções constitucionais.

E é exatamente nesta esteira que encontramos no bojo da ADIN nº 2.649/DF, cuja relatora foi a eminente Min. Cármen Lúcia, o seguinte comentário a respeito da parte introdutória da CF/88:

> *"Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao* ***Preâmbulo da Constituição,*** *no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que 'O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar', tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico' (...).* ***Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988***

> ***é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade."*** *(ADI 2.649/DF, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)"* (grifos nossos)

A força hermenêutica do preâmbulo da CF/88 afigura-se-nos crucial, pelo que concordamos com Coelho, o qual citando Karl Larenz, declarou brilhantemente que *"se for verdade que um texto só responde a quem o interroga corretamente, então parece elementar que a Constituição se recuse a falar com quem não saiba dirigir-se a ela"*[19].

Por outro viés, é inconteste a ideia de que tudo se interpreta, até mesmo o silêncio. A interpretação de qualquer texto não pode se desconectar da realidade de onde o mesmo surgiu. Sem olvidar ainda que é preciso, para se entender plenamente a mensagem transmitida pelo autor, conhecer ao máximo quem ele é e em que contexto escreveu. Não há sombra de dúvidas de que a própria CF, a despeito de todo seu conteúdo abstrato e valorativo, é um texto. Pois bem.

Os juízes, aplicadores do Direito por excelência, são constitucionalmente incumbidos da (imensa) responsabilidade de "dizer o Direito" nos casos concretos que lhes chegam. Pacificam as controvérsias, definem a mais prudente solução jurídica à lide. Buscam restabilizar a paz social ferida. Considerando que a Carta da República é a nova diretriz comum da nação, que estabelece todas as bases do novo ordenamento jurídico, e que a *mens legis* de todo o sistema pode ser captada no preâmbulo da Carta; atentando-se ainda para sua supremacia – que é ajustada consensualmente por toda a população (ainda que apenas em tese) – é de se concluir pela apreensão imediata do espírito constitucional (inserto no preâmbulo) pelo aplicador do Direito e sua subordinação direta.

Com isso, é possível afirmar que a CF/88, enquanto ponto de partida e de chegada da aplicação legal, demanda para sua concretização, uma mesma pré-compreensão jurídica de todos os aplicadores do Direito brasileiro, sob pena de desrespeitá-la racional e insinuosamente.

As lentes hermenêuticas do operador do Direito deverão ser necessariamente preenchidas pelos valores insculpidos no Preâmbulo da CF/88, sob pena de, apesar da sinceridade intelectual e racional do operador, descumpri-la do modo mais nocivo possível.

E exatamente nesta mesma esteira que Coelho afirma que, sendo

certo que o problema fundamental para o aplicador do Direito não é a distância no tempo entre a criação da norma e o momento de aplicá-la, mas sim a *"**distância material entre a generalidade do seu enunciado e a singularidade dos casos a decidir**"*, então é correto afirmar que o *"intérprete-aplicador apresenta-se não apenas como uma tarefa de desocultamento ou de fixação de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como **um esforço de mediação/superação desse abismo entre a generalidade da lei e a situação jurídica emergente dos casos particulares"***[20]**.**

E eis então que surge o ápice do mergulho, a revolução interna que deflagra o novo olhar para o mundo jurídico do "convertido". **O aplicador do Direito no Brasil deve ter em mente o superior objetivo da nova ordem jurídica, o qual defendemos estar com maior veemência axiológica exatamente de onde o julgador não bebe e aonde o intérprete não se banha: no Preâmbulo da Carta!** Se a nascente do rio é desprezada, sabe-se muito bem o que pode acontecer com o leito das águas ao final. Em tempos de crise hídrica no país, a importância do olhar zeloso para com a gênese dos rios é quase palpável.

O desejo de mudanças no país, o qual a cada dia pulsa com maior e acumulada força nas ruas, nunca foi tão grande quando da promulgação da CF/88. O quadro crítico do qual Brasil saíra à época foi traumatizador, e suas sequelas até hoje doem em muitos. Diante dessa perspectiva, é de se perceber que a ânsia atual se irmana com o escopo original da Carta, a qual até hoje não foi devidamente respeitada.

Confirmando a tese, aduz Coelho que *"a constante adequação das normas aos fatos – um trabalho essencialmente entregue à clarividência dos intérpretes-aplicadores – apresenta-se como requisito indispensável à própria efetividade do direito, o qual só funciona enquanto se mantém sintonizado com a realidade social"*.[21]

Assim sendo, os aplicadores do Direito, em especial os Magistrados, são convocados para a tarefa de confrontar a norma com a realidade social que os cercam, interpretando o ordenamento de modo teleológico e sistemático, a fim de alcançar o desejo supremo do Estado Brasileiro: a instituição de "*um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia*

social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

E para não permitir que a ideia aqui defendida seja relegada ao conceito de mero exercício de divagação filosófico-jurídica acadêmico, eis que vem a doutrina constitucionalista da França, acostumada a ensinar Direito ao mundo, materializar a ideia ao estabelecer desde 1971 que **o Preâmbulo da Carta Magna Francesa de 1946** – já há muito revogada! – **integra o bloco de constitucionalidade do ordenamento gaulês**, servindo nada menos do que de parâmetro legal para aferir a consonância material e formal da legislação infraconstitucional aos preceitos da *Lex Legum.*

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão dos ideais insculpidos na Carta de 1988 ainda não foi assimilada pelo povo que supostamente a deseja concreta. O caminho doutrinário para os movimentos de Constitucionalização dos diversos ramos jurídicos está sendo aberto paulatinamente. Todavia, assim como é catastrófico descuidar da nascente do rio que nos dá de beber água limpa, assim se revela igualmente perigoso olvidar do intento que fez o país se reunir em Assembleia. Aplicar a lei esquecendo para que foi lavrada é rasgá-la a pretexto de cumpri-la. O chamado silencioso da Carta reverbera nas ruas, buscando em quem possa ressoar. Assim como o profeta dos Evangelhos, que teria exortado os seus compatriotas a uma nova visão de mundo, assim os Magistrados, intérpretes-concretizantes da vontade da lei, são convocados ao profundo mergulho no desejo estatal mais genuíno de construção de uma sociedade fraterna, justa, boa. Então uma nova classe de aplicadores do Direito surgirá no Brasil, capazes de revolucionar de forma igualmente serena e radical a realidade em que vivemos.

E mesmo sabendo ser esse o fim do artigo, ponho-lhe agora o início de tudo, querendo que, no fim das contas, seja esse de todos o mesmo começo:

> *"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade,*

a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

MACHADO DE ASSIS, THEORIES ABOUT THE CONSTITUTION, AND THE CALLING FOR THE "CONSTITUTIONAL BAPTISM": STRENGTH OF SPRING

ABSTRACT: This paper aims to examine briefly some theories about the legal-political-social conception of the Constitution, enhancing and advocating the centrality of absorption of the *mens legis* of the highest law by the Brazilian population, which is at its greatest axiological density exactly where the text don´t happen: the Preamble of the Highest Law.

KEYWORDS: Constitution. Theories. Preamble.

Notas

[1] Assis, Machado de. *Quincas Borba*; Edição anotada com biografia do autor e panorama da vida cotidiana da época. Porto Alegre, Editora L&PM Pocket, 2012, p. 127.
[2] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 80.
[3] LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Disponível em http:// www.ebooksbrasil.com.
[4] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 96.
[5] Daí o nome da obra, que suficientemente representa todo o movimento, a saber, a Teoria Pura do Direito, de Kelsen.
[6] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 328.
[7] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 171.
[8] Deixamos propositadamente este ponto de interrogação para manifestar tacitamente a ideia de que, nos moldes positivistas, a Lei era compulsivamente idolatrada e estudada, e tudo a pretexto de ser corretamente aplicada. Ocorre que o a Lei não abarca o Direito, mas sim o Direito que, por ser infinitamente maior, abarca a Lei. Assim, entendemos que a atuação jurisdicional Kelseniana fazia de tudo, menos aplicar o Direito.
[9] Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em nota adicional presente na obra de Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida, a questão sobre o que seria a "norma fundamental" da concepção do mestre de Viena paira sem respostas. Poderia ser um ato ou um fato de poder, um princípio lógico, uma construção histórica, entre outros. Para mais, ver BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. op. cit., p. 339.
[10] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. op. cit., p. 338/339.

[11] BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 172.
[12] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.
[13] Idem, ibidem, p. 10.
[14] Idem, ibidem, p. 11.
[15] Idem, ibidem, p. 11.
[16] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. ob. cit., p. 28, 29.
[17] "Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)".
[18] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. op. cit., p. 34.
[19] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. op. cit., p. 34.
[20] Silva Martins, Ives Gandra da; Mendes, Gilmar; Nascimento, Carlos Valder. Tratado de direito constitucional, v.1., 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 303.
[21] Idem, ibidem, p. 312.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. *Quincas Borba;* Edição anotada com biografia do autor e panorama da vida cotidiana da época. Porto Alegre, Editora L&PM Pocket, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de direito constitucional*, v.1., 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SERGIPE ASSIMÉTRICO: INCONSTITUCIONALIDADES EM LEIS ORGÂNICAS DE MUNICÍPIOS DO ESTADO DE SERGIPE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA CONSTITUCIONAL

Paulo Roberto Lima Santos*

RESUMO: O trabalho analisa variadas Leis Orgânicas de Municípios do Estado de Sergipe, apontando dispositivos que padecem de inconstitucionalidade por violação ao Princípio da Simetria Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Leis Orgânicas. Simetria. Municípios de Sergipe. Inconstitucionalidades.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a configuração de vícios de inconstitucionalidade em variadas leis orgânicas de municípios situados no Estado de Sergipe à luz do Princípio da Simetria Constitucional.

Existe verdadeira escassez de estudos sobre as leis orgânicas dos municípios do Estado de Sergipe, sendo um dos objetivos deste artigo contribuir, ainda que de forma mínima, com o preenchimento desta lacuna.

Para compreensão da temática, serão feitas breves considerações sobre o forma federativa de Estado e o Estado Federal Brasileiro (com ênfase nos Municípios) para, ao fim, serem feitos apontamentos sobre dispositivos constantes em algumas Leis Orgânicas de municípios sergipanos que, por inobservância ao Princípio da Simetria, padecem de vício de inconstitucionalidade.

2 ESTADO FEDERAL

Os doutrinadores, em quase que sua totalidade, apontam o surgimento

* Pós-graduando em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. E-mail: paulolima.jus@hotmail.com

do Estado Federal na Constituição dos Estados Unidos da América, no ano de 1787[1].

Após se declararem independentes, as antigas treze colônias britânicas adquiriram, cada qual, status de Estado e, visando a preservação de sua independência, celebraram um tratado, denominado Artigos de Confederação. Nos termos deste instrumento, cada Estado manteria sua soberania[2].

Dalmo de Abreu Dallari (2005, p. 257) noticia que

> A experiência demonstrou, em pouco tempo, que os laços estabelecidos pela confederação eram demasiado frágeis e que a união dela resultante era pouco eficaz. Embora houvesse um sentimento de solidariedade generalizado, havia também conflitos de interesses, que prejudicavam a ação conjunta e ameaçavam a própria subsistência da confederação.

Como bem observa Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra conjunta com Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 847)

> A confederação estava debilitada e não atendia às necessidades de governo eficiente comum do vasto território recém-libertado. O propósito de aprimorar a união entre os Estados redundou na original fórmula federativa, inscrita pela Convenção da Filadélfia de 1787 na Constituição elaborada, conforme se vê do próprio preâmbulo da Carta, em que se lê: "nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formamos uma União mais perfeita...".

Percebe-se, pelo contexto de surgimento, que a noção de Estado Federal parte da ideia de união entre Estados, que, abrem mão de sua soberania para que seus fins comuns sejam, em tese, eficientemente atendidos, fazendo nascer um novo Estado.

Após a experiência norte-americana, outros Estados passaram a adotar a forma federativa, cada qual adequando "a fórmula original" às suas particularidades. Entretanto, é possível identificar traços comuns ao sistema federativo.

A primeira característica, já citada, é a união de Estados que, deixam de ser soberanos, fazendo nascer um novo Estado[3] (o Estado Federal), este, e apenas este, soberano. As demais unidades federativas vão deter autonomia.

Conforme explica Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 848) em obra citada,

> A autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa, como, também, política. Os Estados-membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis, como também lhe é reconhecido elaborá-las. Isso resulta em que se perceba no Estado Federal uma dúplice esfera de poder normativo sobre um mesmo território; sobre um mesmo território e sobre as pessoas que nele se encontram, há incidência de duas ordens legais: a da União e a do Estado-membro.

Outra característica do Estado Federal é a impossibilidade de secessão. Uma vez que um Estado adere a uma federação, não mais pode se retirar.[4]

No caso do Estado brasileiro, tal característica se mostra de forma expressa no art.1º da Constituição Federal.

De forma diversa ao que, normalmente, ocorre nas Confederações, a base jurídica de um Estado Federal é uma Constituição, e não um tratado.

Tendo em vista a já mencionada pluralidade de ordens jurídicas no território de um Estado federal, a Constituição servirá de fundamento de validade às demais normas, tendo ainda o papel de repartir as competências entre os entes federativos.

Há quem aponte, ainda, como características da analisada forma de Estado, a existência de uma Corte Superior para a solução de conflitos entre os entes federativos, e a possibilidade de intervenção como, segundo Pedro Lenza (2012, p. 423) "instrumento para assegurar o equilíbrio federativo e, assim, a manutenção da Federação" ante circunstâncias de crise.

3 FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Como é cediço, a primeira Constituição brasileira a adotar a forma

federativa de Estado foi a de 1891, texto que fora inspirado no modelo americano. As cartas posteriores também optaram pelo federalismo[5].

A Constituição Federal de 1988 criou um modelo de federação *sui generis*, vez que, além da União e dos Estados-membros, característicos do modelo clássico, incluiu como entes federativos os Municípios e o Distrito Federal.

A União, nas palavras de Paulo Gonet Branco (2009, p. 852), "é o fruto da junção dos Estados entre si, é a aliança indissolúvel destes". Tal ente só existe em Estados federados.

Convém advertir que a União não corresponde à República Federativa do Brasil, apesar de manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (art. 21, I, CF).

Como bem ensina Pedro Lenza (2012, p. 428),

> uma coisa é a União – unidade federativa - , ordem central, que se forma pela reunião de partes, através de um pacto federativo. Outra coisa é a República Federativa do Brasil, formada pela reunião da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos, nos termos da CF. A República Federativa do Brasil, portanto, é soberana no plano internacional (cf. Art.1º, I), enquanto os entes federativos são autônomos entre si!

Vale transcrição da lição de MENDES; BRANCO e COELHO (2009, p. 852):

> No plano legislativo, edita tanto leis nacionais – que alcançam todos os habitantes do território nacional e outras esferas da Federação – como leis federais – que incidem sobre os jurisdicionados da União, como os servidores federais e o aparelho administrativo da União.

Os Estados-membros são entes autônomos, e, nos moldes do art. 25 da CF, se organizam por suas próprias constituições e leis (auto-organização), além de possuírem seus próprios poderes (autogoverno) e se autoadministrarem.

O Distrito Federal, também passou a ser considerado ente federativo e sua criação, segundo Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino (2010, p. 235) "foi decorrente da necessidade de existência de um território neutro, não pertencente a nenhum dos Estados, para instalação da sede do governo federal".

Apesar de ser dotado de auto-organização, autogoverno e autoadministração, há quem defenda que sua autonomia é parcialmente tutelada pela União. Noticia Pedro Lenza (2012, p. 450) que,

> o art. 32, §4º, declara inexistir polícias civil, militar e corpo de bombeiros militar, pertencentes ao Distrito Federal. Tais instituições, embora subordinadas ao Governador do Distrito Federal (art.144, §6º), são organizadas e mantidas diretamente pela União, sendo que a referida utilização pelo Distrito Federal será regulada por lei federal [...], também observar que o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal serão organizados e mantidos pela União (arts. 21, XIII e XIV, e 22, XVII).

Cabe lembrar que a Constituição Federal veda a divisão do Distrito Federal em municípios (art. 32).

Quanto aos Municípios, existem doutrinadores que sustentam que não são verdadeiros entes federativos. Contudo, não é objeto deste trabalho aprofundar-se em tal discussão, de modo que, para os fins propostos, aderir-se-á o entendimento majoritário de que os Municípios são entes federativos.

Descrevendo as características deste ente federativo, o professor Lucas Gonçalves da Silva, em obra conjunta com Jussara Jacintho e Pedro Durão (2012, p. 24) leciona que

> A inclusão do Município na estrutura da Federação vem acompanhada de consequências, tais como: o reconhecimento de sua capacidade de auto-organização, mediante a elaboração de sua Lei Orgânica, bem como de edição de leis municipais; capacidade de autogoverno, que se dá com a

> eleição direta do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores, sem ingerência do governo federal ou estadual; a capacidade de autoadministração, dando à Administração a possibilidade de manter e prestar serviços de interesse local; e a capacidade legislativa, fruto da ampliação de suas competências, permitindo a elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas a sua competência exclusiva e suplementar.

Nos termos do art. 29 da Constituição Federal, rege-se o Município por sua Lei Orgânica, que equivale à sua Constituição, ou seja, numa perspectiva hierárquica, é superior aos demais atos normativos municipais.

O mesmo dispositivo constitucional impõe que a Lei Orgânica "seja votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará".

Embora desnecessária a menção, o Constituinte Originário fez questão de deixar expresso no texto constitucional que o conteúdo das leis orgânicas deve observar os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do respectivo Estado (art. 29, CF). É o que muitos doutrinadores denominam de Princípio da Simetria.

Conforme mencionado em outras linhas, as competências do Município estão previstas constitucionalmente. Em sua maioria, estão elencadas no art. 30, existindo outras espalhadas pelo texto, como, por exemplo, as definidas nos arts. 156, 182, §§ 1º e 4º; 211, § 2º, etc.

Da leitura do art.30 da Carta Magna, pode-se concluir que o vetor metodológico adotado para a enumeração das competências dos municípios foi o princípio do interesse local.

Sobre o assunto, comentam Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino (2010, p. 231):

> A competência atribuída aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I) é exclusiva e, portanto, indelegável. Apesar de nova, esta expressão mantém o mesmo sentido da anterior (peculiar interesse), tradicionalmente utilizada em nossas Constituições. Deve ser entendido como interesse local aquele que é

> predominantemente um interesse do Municipio, ainda que não seja exclusivo.
> Outrossim, cabe aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (CF, art. 30, II). Apesar de não estar elencado entre os entes da federação que possuem competência legislativa concorrentemente (CF, art. 24), os Municípios podem exercer a competência legislativa suplementar, desde que relacionadas a assuntos de interesse local. A competência suplementar dos Municípios também poderá ser exercida nos casos do art. 22, XXI e XXVII, da Constituição.

Sobre a formação destes entes, dispõe o art. 18, §4º da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996:

> A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Assim, são requisitos para a criação de Município: a) Lei Complementar Federal que irá dispor sobre o período e procedimento para a realização; b) Estudo de Viabilidade que apontará se a o município a ser criado possuirá condições de subsistir nos ditames constitucionalmente previstos; c) Plebiscito com as populações dos municípios envolvidos e; d) Lei Estadual que criará no novo Município.

4 INCONSTITUCIONALIDADES EM LEIS ORGÂNICAS DE MUNICÍPIOS DO ESTADO DE SERGIPE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

Neste ponto do trabalho, far-se-á análise de alguns dispositivos constantes em Leis Orgânicas de Municípios do Estado de Sergipe que

apresentam vício de inconstitucionalidade por violação ao Princípio da Simetria, vez que, não guardam compatibilidade com os modelos previstos na Constituição Federal e com a Constituição do Estado de Sergipe.

Cumpre advertir que as Leis Orgânicas aqui apontadas, em sua maioria, foram catalogadas nos endereços eletrônicos (quando existentes) das Câmaras Municipais e Prefeituras dos respectivos municípios, de modo que o texto disponibilizado nos referidos sítios pode estar desatualizado. Também foi catalogado material impresso contendo reproduções (fotocópias) de textos legais municipais, cedidos por juízes, servidores e outros profissionais que lidam diariamente com os referidos diplomas, cabendo igualmente advertir acerca da possibilidade de desatualização do material.

Ademais, existe a possibilidade de existência de outros vícios de inconstitucionalidade (inclusive por violação ao Princípio da Simetria) nas leis orgânicas analisadas que não foram apontados neste trabalho.

Feitas tais considerações, faz-se à análise proposta.

Na lição de Francisco Mafra, em escrito disponibilizado na rede mundial de computadores, o Princípio da Simetria Constitucional "é o princípio federativo que exige uma relação simétrica entre os institutos jurídicos da Constituição Federal e as Constituições dos Estados-Membros".

Não há consenso na doutrina acerca do contéudo jurídico deste princípio, existindo quem defenda sequer tratar-se de princípio, mas forma de argumentação por analogia diante de questão federativa sem solução constitucional evidente[6].

Contudo, para os fins deste trabalho, adotar-se-á o conceito retro mencionado.

Passemos à análise de alguns dispositivos que violam tal norma principiológica.

O art. 1º da Lei Orgânica do Município de Laranjeiras prevê, como um dos seus fundamentos, a soberania, senão veja-se:

> Art. 1º O Município de Laranjeiras, pessoa jurídica e de direito público interno, é unidade territorial que integra a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil e do Estado de Sergipe e tem como fundamentos essenciais à sua

> existência e autonomia:
> I – a soberania
> […]

Conforme já mencionado em tópico próprio, os entes que compõem a federação não gozam de soberania, mas tão somente de autonomia. Quem detém a soberania é a República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito internacional.

Em igual equívoco incorreram os legisladores dos Municípios de Cumbe, Gararu e Siriri, que também fizeram constar no art. 1º das respectivas leis orgânicas municipais, a soberania como fundamento do Município.

Por razões óbvias, tal "soberania" não é exercida faticamente, de modo que os artigos mencionados devem ser reputados inconstitucionais.

Outro caso curioso é da Lei Orgânica do Município de Nossa Senhora do Socorro, onde está consignado no seu art. 2º que "São poderes do Município, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Ocorre que a Constituição Federal não prevê a criação de órgãos do Poder Judiciário no âmbito municipal. Assim tal dispositivo viola o Princípio de Simetria.

Tal dispositivo, obviamente, não guarda correspondência com a realidade fática.

Partindo para o campo do Processo Legislativo, temos o interessante caso de Municípios sergipanos que preveem a Medida Provisória como espécie normativa municipal.

É o caso do Município de Lagarto, conforme se vê da redação do art. 28 da Lei Orgânica abaixo transcrita:

> Art. 28 - Em caso de relevância e urgência, o Prefeito poderá adotar medidas provisórias com força da lei, devendo submetê-las de imediato à Câmara Municipal que estando em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.
> Parágrafo Único – As medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir

> de sua publicação devendo a Câmara Municipal disciplinar às relações jurídicas delas decorrentes.

Igualmente preveem a Medida Provisória como componente dos respectivos processos legislativos os Municípios de Amparo do São Francisco (arts. 54, V e 61), Barra dos Coqueiros (arts. 56, V e 65), Campo do Brito (art. 27), Estância (art. 50, V e 57), Frei Paulo (Arts. 27, V e 30) , Gararu (art. 85, XX), Graccho Cardoso (arts. 24, V e 27), Ilha das Flores (arts. 30, V e 36), Japoatã (arts. 47, V, e 54), Laranjeiras (arts. 44, V e 51), Poço Verde (art. 50), Poço Redondo (arts. 50, V e 57) e Telha (arts. 26, V, 32 e 45, VI).

É sabido que pairam dúvidas a respeito da possibilidade dos chefes do Executivo municipal editarem medidas provisórias.

No âmbito estadual, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 425/TO) já assentam a possibilidade dos Chefes do Executivo Estadual editarem Medidas Provisórias desde que tal hipótese esteja prevista na Constituição Estadual.

A propósito, leciona Paulo Gustavo Gonet Branco em obra já citada (2009, p. 941):

> Não obstante o caráter excepcional da medida provisória, ela foi prevista em parte permanente da Constituição Federal. Integra o desenho da tripartição dos Poderes adotado entre nós. Na ordem pretérita, vedava-se a adoção dos decretos-leis nas unidades federadas. A Constituição em vigor não possui regra análoga sobre a medida provisória. Sendo assim, a Constituição estadual, que conferir aos Governadores de Estado a faculdade de editar medidas provisórias, não destoará da ordem constitucional federal.

No plano municipal, há quem defenda a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo Prefeito.

Faz-se ressalvas a este entendimento.

Em observância ao Princípio da Simetria, tem-se que, mesmo se admitindo a possibilidade de edição da analisada espécie normativa pela municipalidade, as medidas provisórias municipais só poderão ser

elaboradas pelos prefeitos se na Constituição do Estado houver previsão da mesma hipótese para o Governador do Estado.

Nesse sentido, ensina Alexandre de Moraes (2004, p. 580):

> […] o Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais. Tal entendimento, que igualmente se aplica às Leis Orgânicas dos Municípios, acaba por permitir que no âmbito estadual e municipal haja previsão de medidas provisórias a serem editadas, respectivamente, pelo Governador do Estado ou Prefeito Municipal e analisadas pelo Poder Legislativo local, desde que, no primeiro caso, exista previsão expressa na Constituição Estadual e no segundo, previsão nessa e na respectiva Lei Orgânica do Município. Além disto, será obrigatória a observância do modelo básico da Constituição Federal.

No caso do Estado de Sergipe, a Constituição não prevê a possibilidade do Governador do Estado editar tais medidas.

Assim, entende-se que os artigos das leis orgânicas de municípios localizados no Estado de Sergipe que preveem tal hipótese são inconstitucionais.

Outro vício de inconstitucionalidade, recorrente nas leis orgânicas dos municípios sergipanos, está relacionado às imunidades parlamentares.

Muitas dos diplomas analisados "concedem" aos vereadores, além da imunidade material, a imunidade formal.

A título de ilustração, transcreve-se o art. 93 da Lei Orgânica do Município de Aracaju:

> Art. 93 – O Vereador possui imunidade parlamentar, não podendo ser preso, salvo em flagrante delito, nem processado criminalmente, sem prévia autorização da Câmara Municipal, de acordo com o inciso XVII do artigo 13 da Constituição Estadual.
> Parágrafo único – A prévia autorização de que fala

> o caput deste artigo será apreciada pelo Plenário da Câmara Municipal, por votação secreta em dois turnos, e decidida pelos votos da maioria absoluta de seus membros, garantindo-se amplo acesso às informações que justifiquem o pedido.

Ocorre que, a Constituição da República não concedeu tal imunidade aos vereadores.

Tal vício já fora apontado por Filipe Cortes de Menezes (2008, p. 92):

> A Constituição Federal, desde a Emenda Constitucional nº 35/2001, dando nova redação ao art. 53, acabou com a exigência de permissão da casa legislativa para se processar um membro do Congresso Nacional. Com base no princípio supra referido (o da Simetria), conclui-se não haver também tal permissão prévia para se processar um Deputado Estadual e um Vereador.

No mesmo sentido, BRANCO (2009, p. 946) quando afirma que

> Os vereadores não se beneficiam das regras sobre imunidade formal. Somente gozam de imunidade material (art. 29, VIII, da CF). Mesmo a imunidade material, contudo, é limitada territorialmente à circunscrição do Município.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se posicionou sobre a permissão dada pela Constituição de Sergipe, reputando-a inconstitucional. Vale a transcrição da ementa:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado de Sergipe, Art. 13, inciso XVII, que assegura aos vereadores e prerrogativa de não serem presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente se a devida autorização da respectiva câmara legislativa, com suspensão da prescrição enquanto durar o mandato. Competência da União para legislar sobre direito penal e processual penal. 1. O Estado-

> membro não tem competência para estabelecer regras de imunidade formal e material aplicáveis a Vereadores. A Constituição Federal reserva à União legislar sobre o Direito Penal e Processual Penal. 2. As garantias que integram o universo dos membros do Congresso Nacional (CF, Art. 53 §§ 1º, 2º, 5º e 7º), não se comunicam aos componentes do Poder Legislativo dos Municípios. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente para declarar inconstitucional e expressão contida na segunda parte do inciso XVII do artigo 13 da Constituição do Estado de Sergipe. (ADI 371, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2002.

Assim sendo, o art. 93 da Lei Orgânica de Aracaju não guarda compatibilidade com a Constituição Federal.

De igual modo, devem ser considerados inconstitucionais dispositivos das leis orgânicas municipais de Amparo do São Francisco (art. 46), Campo do Brito (art. 15), Capela (art. 29), Gararu (art. 53), Graccho Cardoso (art. 15), Japaratuba (art. 29), Japoatã (art. 39), Lagarto (art. 16), Nossa Senhora do Socorro (art. 37), Poço Redondo (art. 43), Propriá (art. 36) e São Cristóvão (art. 22).

Outra situação merecedora de apontamento é a do prazo máximo de afastamento do Chefe do Executivo sem a perda do cargo.

O art. 83 da Constituição Federal dispõe que o "Presidente e o Vice-Presidente não poderão, sem licença do Congresso Nacional, ausentar-se do país por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo" criando verdadeiro controle do parlamento, a fim de evitar a *acefalia* no âmbito do Poder Executivo[7].

A Constituição do Estado de Sergipe, quando da reprodução da norma mencionada, criou nova hipótese restritiva, impondo a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa quando o Governador ou o Vice-Governador se ausentarem do país, por qualquer prazo.

Veja-se a redação dos dispositivos da Carta Estadual:

> Art. 47 É da competência privativa da Assembleia Legislativa:
> VII – autorizar o Governador e o Vice-Governador

> do Estado a se ausentarem do País, por qualquer prazo, ou do Estado, quando a ausência exceder a quinze dias;
>
> Art.80 O Governador do Estado e o Vice-Governador, quando em exercício da Governadoria, não poderão ausentar-se do Estado por mais de quinze dias consecutivos, sem prévia autorização da Assembleia Legislativa, sob pena de perda do cargo.
> Parágrafo único. O Governador do Estado e o Vice-Governador não poderão ausentar-se do país por qualquer prazo sem prévia licença da Assembleia Legislativa, sob pena de perda do cargo.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela impossibilidade desta limitação pelas Constituições Estaduais, em razão da observância ao Princípio da Simetria, conforme julgado assim ementado:

> Afronta os princípios constitucionais da harmonia e independência entre os Poderes e da liberdade de locomoção norma estadual que exige prévia licença da Assembleia Legislativa para que o governador e o vice-governador possam ausentar-se do país por qualquer prazo. Espécie de autorização que, segundo o modelo federal, somente se justifica quando o afastamento exceder a quinze dias. Aplicação do princípio da simetria (ADI 738, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 13-11-2002, Plenário, DJ de 7-2-2003).

No plano municipal, há quem defensa que qualquer que seja o prazo, sendo a viagem para o exterior, deve ser autorizada pela Câmara. Nesse sentido é a lição de Jussara Maria Moreno Jacintho em obra conjunta com Lucas Gonçalves e Pedro Durão (2012, p. 150), comentando o art. 116 da Lei Orgânica do Município de Aracaju para a qual "Viagens ao exterior, ainda que por período inferior aos 10 dias previstos na LOM, devem ser autorizadas pela Câmara Municipal, sob pena de perda do mandato, posto que (sic) impossível administrar o Município, ultrapassadas as

fronteiras do País".

Contudo, este não foi o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, conforme se vê do julgado:

> SERVIDOR PÚBLICO. Prefeito Municipal. Ausência do país. Necessidade de licença prévia da Câmara Municipal, qualquer que seja o período de afastamento, sob pena de perda do cargo. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 49, III, e 83 cc art. 29, caput da CF. Normas de observância obrigatória pelos estados e municípios. Princípio da simetria. Ação julgada procedente para pronúncia da inconstitucionalidade de norma da lei orgânica. É inconstitucional o parágrafo único do art. 99 da Lei Orgânica do Município de Betim, que não autoriza o Prefeito a ausentar-se do país, por qualquer período sem licença da Câmara Municipal, sob pena de perda do cargo (RE 317.574, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1º-12-2010, Plenário, DJE de 1º-2-2011).

Assim, as leis orgânicas dos município de Sergipe que reproduziram a exigência de autorização parlamentar para o chefe do Executivo viajar para o exterior, por qualquer prazo, apresentam vício de inconstitucionalidade por "assimetria". Foi o que ocorreu com o art. 51 da Lei Orgânica de Canindé de São Francisco, onde se vê que "O Prefeito não poderá ausentar-se do Município, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, ou do país, por qualquer tempo, sem licença da Câmara Municipal".

Ainda sobre a questão do afastamento dos prefeitos do município, é possível verificar que várias das leis orgânicas analisadas apresentam prazo diverso daquele avistável nas Constituições Federal e Estadual, qual seja, o de 15 (quinze) dias sem a necessidade de autorização da Casa Legislativa.

Entre as que apresentam o prazo de afastamento superior ao previsto nas Cartas Estadual e Federal estão as do Município de Cumbe (art. 20, II e art. 66) e de Siriri (art. 20, II e art. 66), ambas fixando-o em 20 dias.

A maioria dos textos municipais fixa tal prazo em 10 (dez) dias. É o que ocorre com as Leis Orgânicas de Amparo do São Francisco (art.

81), Aracaju (arts. 91, VII e 116), Barra dos Coqueiros (arts. 37, IX e 77), Campo do Brito (arts. 13, V e 44), Capela (arts. 27, VI e 55), Estância (arts. 42, IV e 76), Frei Paulo (arts. 13, IV e 47), Gararu (arts. 81, II), Graccho Cardoso (arts. 13, IV e 44), Japaratuba (arts. 27, VI e 55), Japoatã (arts. 17, VII e 65), Lagarto (arts. 14, IV e 45), Laranjeiras (arts. 15, VIII e 65), Nossa Senhora das Dores (arts. 15, VIII e 66), Nossa Senhora do Socorro (arts. 35, VI e 63), Neópolis (art. 8º, b, VI e 56), Propriá (art. 62), Ribeirópolis (arts. 29,V e 55), Poço Redondo (arts. 22,VI e 74) e São Cristóvão (arts. 20, VIII e 52).

Em sendo a matéria diretamente relacionada à dinâmica e/ou relacionamento entre os Poderes, tais leis orgânica deveriam obedecer ao modelo estabelecido nas cartas estadual e federal. Nesse sentido, já se posicionaram os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PREFEITO MUNICIPAL. LICENÇA DA CÂMARA DE VEREADORES. AUTORIZAÇÃO E PRAZO. PRECEDENTES. 1. É inconstitucional artigo da Lei Orgânica Municipal que exige licença da Câmara para o Prefeito se afastar do Município por mais de dez dias e do Estado por qualquer tempo. 2. Ofensa aos arts. 8º, 53, IV, e 81 da Constituição Estadual e de preceitos da Constituição Federal. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70015038912, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/08/2006)

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CERRITO. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL QUE, EM SEU ART. 71, III, CONDICIONA O AFASTAMENTO DO PREFEITO MUNICIPAL À LICENÇA PRÉVIA DA CASA LEGISLATIVA, POR PRAZO DIVERSO DAQUELE ESTABELECIDO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VIOLAÇÃO DAS REGRAS

> INSERTAS NO ARTIGO 2º DA CARTA FEDERAL, BEM COMO NOS ARTS. 10, 53, IV, E 81, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL REJEITADA. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA. AÇÃO PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70012795233, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 23/01/2006)
>
> Ocorre que, o inciso VI do art. 8º da Lei Orgânica do Município, expressamente aponta a necessidade de autorização da Câmara, quando o Prefeito tiver que ausentar-se do Município "por mais de dez dias".
> Portanto, a inconstitucionalidade do preceito impugnado decorre da violação ao princípio da simetria, uma vez que as Constituições Federal e a do Estado de Santa Catarina apontam que, no caso de ausência do chefe do Poder Executivo, por prazo superior a 15 (quinze) dias, é que deve ser requerido ao Chefe do Poder Legislativo o pedido de licença. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, trecho do voto do relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.015277-0, de Videira, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 03-07-2013).

Situação curiosa acontece com a Lei Orgânica do Município de Tobias Barreto que, para a mesma hipótese, não guarda a devida correlação entre os artigos que dispõem sobre o mencionado afastamento. Veja-se a redação dos dispositivos:

> Art. 73º – À Câmara Municipal compete privativamente as seguintes atribuições:
> IV – autorizar o Prefeito e o Vice-Prefeito a se ausentarem do Município **por mais de quinze dias ou do Estado por qualquer período**; (grifou-se)

> Art. 115º – O mandato do Prefeito é de quatro anos, vedada a reeleição para o período subsequente, e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição.
> § 1º. O Prefeito e Vice-Prefeito não poderão sem licença da Câmara Municipal, ausentar-se **por período superior a vinte dias ou por qualquer período do Estado**. (grifou-se)

Observa-se que os artigos transcritos, além de violarem o Princípio da Simetria, por razões já expostas, distoam entre si, podendo gerar equívocos interpretativos, de modo que, deve prevalecer o entendimento no sentido de que é desnecessária a autorização da Câmara Municipal quando o afastamento é inferior a 15 (quinze) dias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que muitos dispositivos constantes nas leis orgânicas de vários municípios do Estado de Sergipe não guardam a devida simetria com o modelo previsto constitucionalmente, de modo que, fica evidenciada a necessidade da comunidade jurídica sergipana dar maior atenção ao processo de elaboração e aplicação das leis locais.

Outrossim, verificou-se uma omissão das Casas Legislativas municipais quanto a retificação do conteúdo dos dispositivos violadores do princípio analisado.

Notou-se, ainda, certa dificuldade de acesso às leis orgânicas, vez que a maioria dos Municípios e suas respectivas Câmaras Municipais não dispõem de endereços eletrônicos na rede mundial de computadores. A criação de sites pelos mencionados entes e órgãos públicos e a disponibilização das leis orgânicas dos municípios, em formato digital/virtual, além de difundir o seu conteúdo, fomentaria o debate jurídico sobre tais normas, de modo que a população, em especial os operadores do direito, poderiam oferecer maiores contribuições - inclusive no âmbito acadêmico - para a correta aplicação e construção dos institutos jurídicos atinentes aos entes municipais.

ASYMMETRIC SERGIPE: UNCOSTITUTIONAL DISPOSITIONS CONTAINED IN ORGANIC LAW OF MUNICIPALITIES IN THE

STATE OF SERGIPE IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF CONSTITUTIONAL SYMMETRY

ABSTRACT: The paper analyzes various organic laws of municipalities in the State of Sergipe, pointing devices that suffer from unconstitutional for violating the principle of Constitutional Symmetry.

KEYWORDS: Organic Laws. Symmetry. Municipalities of Sergipe. Uncostitutional dispositions.

Notas

[1] Dalmo de Abreu Dallari (2005, p. 256), tratando das origens do Estado Federal, informa que "houve muitas alianças entre Estados antes do século XVIII, mas quase sempre temporárias e limitadas a determinados objetivos, não implicando a totalidade de interesses de todos os integrantes. Alguns autores entendem que o primeiro exemplo dessa união total e permanente foi a Confederação Helvética, surgida em 1291, quando três cantões celebraram um pacto de amizade e de aliança. Na verdade, porém, essa união, que se ampliou pela adesão de outros cantões, permaneceu restrita quanto aos objetivos e ao relacionamento entre os participantes até o ano de 1848, quando se organizou a Suíça como Estado Federal".

[2] Dalmo de Abreu Dallari (2005, p. 256-257).

[3] Conforme explica Dalmo de Abreu Dallari (2005, p. 258), "foi dado o nome de Estado a cada unidade federada, mas apenas como artifício político, porquanto na verdade não são Estados".

[4] Dalmo de Abreu Dallari (2005, p. 259) aponta como exceção o caso da antiga União Soviética, onde o art. 17 da Constituição previa que cada República Federada poderia, livremente, deixar de integrar a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

[5] Sobre as vantagens e desvantagens do modelo federativo, leia-se Dalmo de Abreu Dallari, Ob. Cit. p. 260-262

[6] LEONCY, Léo Ferreira. Uma proposta de releitura do "Princípio da Simetria". In: Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>. Acesso em 27/05/2015 às 17:14.

[7] Expressão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.647/MA.

REFERÊNCIAS

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição da República Federativa do Brasil para concursos*. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JACINTHO, Jussara; SILVA, Lucas Gonçalves da; DURÃO, Pedro. *Lei Orgânica do Município de Aracaju Comentada: apontamentos, Correspondências, Decisões atualizadas*. Aracaju: Criação, 2012.

MAFRA, Francisco. *Ciência de Direito Constitucional*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://

www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=858>. Acesso em 27/05/2015 às 16:52.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
MENEZES, Filipe Cortes de. *Direito Constitucional*: As normas de Aracaju à luz da Constituição Sergipana. São Cristóvão: Editora UFS, 2008.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
LEONCY, Léo Ferreira. *Uma proposta de releitura do "Princípio da Simetria"*. In: Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>. Acesso em 27/05/2015 às 17:14.

A EVOLUÇÃO DA INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA CITAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL

Paulo Sousa Leão Menezes[*]

RESUMO: A produção deste artigo científico trata da evolução legislativa e hermenêutica das disposições acerca dos efeitos da citação na execução fiscal. A análise se inicia com breve explanação sobre o instituto da citação, para embasar, posteriormente, a discussão travada em torno de quais os dispositivos aplicáveis na interrupção da prescrição, tendo em vista regulação da matéria pela Lei de Execuções Fiscais, Código de Processo Civil e Código Tributário Nacional, inclusive com a posterior modificação realizada pela LC 118/2005. Desse modo, recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça são examinadas para levantar a necessidade de aplicação dos parágrafos 2º a 4º do artigo 219, do CPC. A interpretação conjunta do CTN com o CPC valoriza o devido processo legal e a igualdade, bem como a duração razoável do processo, obrigando a Fazenda Pública a promover a citação do devedor de forma mais célere.

PALAVRAS-CHAVE: Interrupção da Prescrição. Execução Fiscal. Citação.

1 INTRODUÇÃO – INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA CITAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

A citação é o ato processual pelo qual se integra o sujeito passivo na relação jurídica processual, bem como dar-lhe ciência da demanda formulada em face dele. No processo civil, está disciplinada nos artigos 213 a 233 do Código de Processo Civil (CPC).

O artigo 219 do CPC lista cinco efeitos decorrentes da citação, sendo dois processuais e os demais de ordem material. São eles: induz a litispendência; torna prevento o juízo; torna litigiosa a coisa; constitui a mora do devedor; e interrompe a prescrição.

Pela importância que tem para o entendimento da matéria desse

[*] Pós-graduando em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Analista Tributário da Receita Federal.

artigo, vale a transcrição do dispositivo:

> Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.
>
> § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.
>
> § 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.
>
> § 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.
>
> § 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.
>
> § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.
>
> § 6º Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

Da leitura desse artigo podemos concluir que, nos termos do CPC, a interrupção da prescrição ocorre pela citação válida, que deve, necessariamente, ocorrer nos dez dias posteriores ao despacho que ordenar, sendo tal prazo, prorrogável por até noventa dias.[1]

Ocorre, no entanto, que o Código Civil de 2002 também tratou das causas de interrupção da prescrição, prevendo no inciso I do artigo 202 a interrupção "por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual".

A prescrição é instituto que visa a estabilidade social, a tranquilidade na ordem jurídica, ocorrendo diante da inércia do titular de um direito

subjetivo. Tendo em vista essa finalidade, a doutrina compatibiliza os dispositivos do Código de Processo Civil e do Novo Código Civil, de modo que, atualmente, o despacho que ordena a citação interrompe a prescrição, mas retroagindo à data da propositura da demanda, desde que a citação tenha se realizado nos prazos dispostos no art. 219.

Dessa forma, não houve qualquer mudança na sistemática prevista no Código de Processo Civil. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo Curso de Direito Civil*, volume 1: parte geral) são bem claros:

> Em nosso entendimento, o disposto no art. 202, I, do Novo Código Civil não entra em rota de colisão com o art. 219 e parágrafos do Código de Processo Civil, devendo as referidas regras ser interpretadas harmonicamente. Vale dizer: exarado o despacho positivo inicial de citação ("cite-se"), os efeitos da interrupção do prazo prescricional retroagirão até a data da propositura da ação, desde que a parte promova a citação nos prazos legalmente previstos. Esse é o melhor entendimento. Dessa forma, parece-nos que, quanto ao ato jurídico que interrompe a prescrição, não houve mudança (2012. p. 558).

Seguem essa linha, dentre outros, Carlos Roberto Gonçalves[2], Flávio Tartuce[3], Fredie Didier Jr.[4] e Daniel Amorim Assumpção Neves[5].

Assim, resta evidente que, embora haja pequena discordância sobre se houve ou não revogação parcial do dispositivo processual, a doutrina segue o mesmo entendimento, sendo necessária a citação válida dentro dos prazos previstos para a retroação à data de ajuizamento da ação como marco de interrupção da prescrição. Conclui-se, então, que a promoção da citação é uma obrigação da parte autora.

É interessante ainda mencionar a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça que assim dispõe: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". Esse enunciado segue o entendimento firmado no extinto Tribunal Federal de Recursos cristalizado na Súmula 78.

A súmula em questão foi publicada em 13 de junho de 1994, sendo posteriormente incorporada ao texto legal (parte final do § 2º do artigo

219, transcrito acima) na reforma do Código de Processo Civil realizada através da Lei nº 8.952/1994.

É muito importante destacar que, quando essa súmula foi editada, a data da interrupção era considerada a data do despacho (redação anterior do § 1º do artigo, dada pela Lei 5.025/1973).

Explanada a interrupção da prescrição nos processos civis, passemos à análise dessa questão nos processos executivos fiscais.

2 INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA CITAÇÃO NAS EXECUÇÕES FISCAIS

2.1 BREVES LINHAS SOBRE A EXECUÇÃO FISCAL

A execução fiscal é espécie de execução de quantia certa fundada em título extrajudicial regulada por lei específica – Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais). No Brasil, a Administração Tributária tem a competência de formar o título executivo extrajudicial, a Certidão de Dívida Ativa, no entanto não está apta a executar forçadamente os bens do devedor, sendo obrigada a recorrer ao Poder Judiciário.

Maria Helena Rau de Souza[6] faz importante observação sobre o sistema em que está inserido a execução fiscal:

> [...] o correto manejo da execução fiscal, em que pese sua especialidade procedimental, há que iniciar pela compreensão de sua inserção dentro do sistema jurídico, à luz do qual se revela como subespécie de execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial (1998, p. 2-3).

O próprio artigo 1º da Lei de Execuções Fiscais (LEF) dispõe expressamente que o Código de Processo Civil é a norma que deve ser aplicada subsidiariamente no manejo de ação executiva específica.

Pois bem, o artigo 8º, § 2º, da LEF dispõe que "O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição".

Ocorre que a execução fiscal deve ser manejada para a cobrança da Dívida Ativa da União, que, por sua vez, é composta de créditos tributários e não tributários.

Quando se trata dos créditos tributários, existe outro dispositivo normativo no ordenamento brasileiro tratando da matéria: o artigo 174, I, do Código Tributário Nacional, que, em sua redação original, previa que "[a prescrição se interrompe] pela citação pessoal feita ao devedor".

Posteriormente, o inciso em comento foi modificado pela Lei Complementar 118/05, passando a dispor da seguinte maneira: "[a prescrição se interrompe] pelo despacho do juiz que ordenar a citação na execução fiscal". Tal mudança, como é de fácil percepção, veio ao encontro da Lei de Execução Fiscal.

Diante do exposto, é possível, a partir de qual norma deva ser aplicada, chegar a conclusões distintas sobre a interrupção da prescrição pela citação na execução fiscal. O objetivo do presente artigo é discorrer sobre as posições doutrinárias e, especialmente, jurisprudenciais acerca do tema.

Tal análise será dividida entre três tópicos: o período anterior à LC 118/05, posterior a essa norma e REsp 1.120.295/SP.

2.2 PERÍODO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR 118/2005

Como destacado nos tópicos anteriores, a interrupção da prescrição da cobrança de créditos tributários, antes da LC 118/2005, variava conforme a norma aplicada ao caso concreto.

É que o Código de Processo Civil (a ser aplicado subsidiariamente de acordo com o art. 1º da LEF) disciplina de forma mais minuciosa a questão, impondo prazos para a promoção da citação e a retroação à data do ajuizamento. Além de fixar como marco a citação válida (*caput* do artigo 219).

Por outro lado, a própria Lei de Execuções Fiscais dispõe expressamente que é o despacho que ordena a citação que interrompe o prazo prescricional, sem fazer qualquer referência ao Código de Processo Civil. Não estabelece nenhum prazo para a ocorrência da citação, nem faz qualquer menção a possíveis casos de demora para prolação do referido despacho (independente de quem seja responsável por isso).

O inciso I, do artigo 174, do Código Tributário Nacional, em sua redação original (anterior à LC 118/2005), estabelecia que a prescrição se interrompe pela citação pessoal do devedor.

Partindo dessas divergências no direito positivo, foi possível identificar três correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria em questão, cada uma privilegiando determinada norma.

A primeira corrente defendia a aplicação sem ressalvas do disposto na Lei de Execuções Fiscais, sendo, dessa forma, o prazo prescricional interrompido na data do despacho que ordena a citação do devedor.

O Superior Tribunal de Justiça tem decisões nesse sentido:

> Execução Fiscal. 1. Prescrição. Na execução fiscal, a ordem de citação interrompe a prescrição por força do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830 de 1980, não estando o credor, para este efeito, sujeito ao prazo do artigo 219, § 4º, do Código de Processo Civil (STJ, REsp nº 30.096-90/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJU 06/11/1996).

James Marins[7] cita a posição de Cid Heráclito Queiroz[8] como defensor da aplicação do § 2º do artigo 8º, da LEF.

A segunda corrente, defendida por José Silva Pacheco[9], entende que deveriam ser aplicados integralmente os dispositivos do Código de Processo Civil atinentes à interrupção da prescrição pela citação.

Assim, duas situações poderiam ocorrer: (I) se a citação válida ocorresse dentro dos prazos previsto nos §§ 2º e 3º, do art. 219, do diploma processual, a interrupção da prescrição retroagiria à data da propositura da ação (§ 1º do mesmo artigo); no entanto, (II) se a Fazenda Pública não promovesse a citação dentro dos respectivos prazos, a interrupção se daria na data da efetiva citação válida (§ 4º, do artigo 219, CPC).

Vale a pena transcrever a doutrina de Silva Pacheco, que esclarece seu posicionamento:

> Embora o § 1º do art. 219 do CPC de 1973 tenha redação semelhante, vê-se complementado pelos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do mesmo artigo, no sentido de complementar-se a citação dentro de certo prazo, sob pena de consumar-se a prescrição" (2000, p. 118)

A jurisprudência é inexpressiva nesse sentido, não havendo registro

de decisões de tribunais superiores afastando totalmente os dispositivos constantes na LEF e CTN nessa matéria.

A última corrente entende que a única norma que poderia dispor sobre prescrição em matéria tributária seria o Código Tributário Nacional.

É que esse diploma normativo foi recepcionado na nova ordem constitucional de 1988 com *status* de lei complementar, que é o veículo normativo apto a estabelecer as normas gerais de direito tributário (artigo 146, III, *c*, da Constituição Federal).

Como a matéria prescrição integra essa classe normativa, não haveria possibilidade de ser ordenada por lei ordinária.

Cabe ainda um adendo: A Emenda Constitucional nº 1/1969 que modificou a Constituição de 1967 instituiu a referida obrigatoriedade de LC, de modo que a Lei de Execuções Fiscais, publicada em 1980, não teve o condão de revogar os dispositivos do CTN.

Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka[10] são muito claros ao explicar esse entendimento, de modo que vale a transcrição: "A disciplina da prescrição integra as normas gerais de direito tributário, sob reserva de lei complementar, nos termos do artigo 146, III, *c*, da CF, reserva esta já existente desde a EC nº 1/69 à CF/67".

A grande maioria da doutrina partilha desse posicionamento, dentre os quais: Manoel Álvares[11], Eduardo Bottallo[12], Adnilton José Caetano[13].

Seguindo o entendimento doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo dessa forma, aplicando a prescrição nos termos do inciso I, do artigo 174, do Código Tributário Nacional.

No REsp 618.644/PE , por exemplo, ficou bem evidente a posição que prevalecia no STJ, vejamos:

> **TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS – CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES RECEPCIONADAS COM STATUS DE LEI COMPLEMENTAR - PRECEDENTES. DESPACHO CITATÓRIO. ART. 8º, § 2º, DA LEI Nº 6.830/80. ART. 219, § 5º, DO CPC. ART. 174, DO CTN. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE.**

RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. PRECEDENTES.

1. O artigo 40 da Lei de Execução Fiscal deve ser interpretado harmonicamente com o disposto no artigo 174 do CTN, que deve prevalecer em caso de colidência entre as referidas leis. Isto porque é princípio de Direito Público que a prescrição e a decadência tributárias são matérias reservadas à lei complementar, segundo prescreve o artigo 146, III, "b" da CF.

2. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

3. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição, desde que arguida pelo curador, se o executado não foi citado, por isso, não tem oportunidade de suscitar a questão prescricional. Isto porque, a regra do art. 219, § 5º, do CPC pressupõe a convocação do demandado que, apesar de presente à ação pode pretender adimplir à obrigação natural.

4. Ressalva do ponto de vista do Relator, no sentido de que após o decurso de determinado tempo, sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que afronta os princípios informadores do sistema tributário a prescrição indefinida.

5. É inaplicável o referido dispositivo se a prescrição se opera sem que tenha havido a convocação do executado, hipótese em que se lhe apresenta impossível suscitar a questão prescricional.

6. Permitir à Fazenda manter latente relação processual inócua, sem citação e com prescrição intercorrente evidente é conspirar contra os princípios gerais de direito, segundo os quais as obrigações nasceram para serem extintas e o

> processo deve representar um instrumento de realização da justiça (2000, p. 118).
> 7. A prescrição, tornando o crédito inexigível, faz exsurgir, por força de sua intercorrência no processo, a falta de interesse processual superveniente, matéria conhecível pelo Juiz, a qualquer tempo, à luz do § 3º do art. 267 do CPC.
> 8. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
> 9. Recurso provido, ressalvado o entendimento deste Relator, porquanto a jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça entende pela impossibilidade de o juiz declarar *ex officio* a prescrição de direitos patrimoniais (STJ, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 28/02/2005).

É interessante observar que o STJ, de fato, reconheceu a obrigatoriedade de ordenação da prescrição em matéria tributária através de lei complementar, tratando-a como norma geral. Mas, além disso, também admitia a possibilidade de interpretação conjunta com o Código de Processo Civil (que é lei ordinária).

Dessa forma, o prazo prescricional se interrompe pela citação pessoal, nos termos do artigo 174, I, do CTN, mas retroage à data do ajuizamento, desde que a citação ocorra segundo os §§ 2º a 4º do artigo 219 do Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência no REsp 34.581/SP, tratou especificamente dessa questão (embora ainda não tivesse afastado a aplicação do artigo 8º, § 2º, da LEF), de modo que vale a transcrição da ementa desse julgado:

> Embargos de Divergência em Recurso Especial. Execução Fiscal – Despacho citatório eu não interrompe a prescrição. Artigo 8º, § 2º da Lei nº

> 6.830/80. A norma acima mencionada deve ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4º do CPC, ou seja, no sentido de que não se efetuando a citação nos prazos aludidos nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição.
> Embargos de divergência recebidos. (STJ, Rel. José de Jesus Filho, DJ 09.08.1996)

Tais decisões foram desfavoráveis às Fazendas Públicas, já que, embora haja a possibilidade de interromper-se a prescrição na data da propositura da execução fiscal, tal decisão implica a obrigatoriedade de citação em dez dias, prorrogáveis por noventa.

Enquanto que o despacho de citação "é um comando interno, burocrático, em que o juiz determina à Administração Judiciária que providencie, nos termos da lei, a citação do réu (no caso, executado)"[14], que, independentemente da eficiência da Fazenda Pública em encontrar o executado, ocorrerá.

Foi nesse contexto que a Lei Complementar 118/2005 foi editada (Renato Lopes Becho aduz expressamente que a norma veio "para alterar essa linha jurisprudencial"[15]), modificando o inciso I, do artigo 174 do CTN para prever que a prescrição se interrompe pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal.

2.3 PERÍODO POSTERIOR À LEI COMPLEMENTAR 118/2005

Iniciada a vigência da Lei Complementar 118/2005, o texto positivo diz que apenas com o despacho do juiz ordenando a citação. Mas surge uma questão a partir daí: poderia essa norma ser aplicada aos processos em curso?

Para James Marins, a modificação realizada pela LC em questão não poderia ser aplicada aos processos em curso. Vejamos:

> A nova norma, pela sua própria natureza, é insusceptível de aplicação aos processos em curso, de modo que o mero despacho ordenatório da citação, sempre que prolatado antes da vigência da nova redação do inc. I do parágrafo do art. 174 do CTN não tem efeito interruptivo (p. 826).

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, decidiu de maneira diversa no REsp 999.901/RS, de modo que é importante transcrever a ementa:

> **PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPÇÃO. PRECEDENTES.**
> 1. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Eg. STJ.
> 2. O artigo 40 da Lei nº 6.830/80, consoante entendimento originário das Turmas de Direito Público, não podia se sobrepor ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código.
> 3. A mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado, sob o enfoque supra, não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.
> 4. O processo, quando paralisado por mais de 5 (cinco) anos, impunha o reconhecimento da prescrição, quando houvesse pedido da parte ou de curador especial, que atuava em juízo como patrono *sui generis* do réu revel citado por edital.
> 5. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).
> 6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura

da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data o despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.

7. É cediço na Corte que a Lei de Execução Fiscal - LEF - prevê em seu art. 8º, III, que, não se encontrando o devedor, seja feita a citação por edital, que tem o condão de interromper o lapso prescricional. (Precedentes: RESP 1103050/BA, PRIMEIRA SEÇÃO, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 06/04/2009; AgRg no REsp 1095316/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 12/03/2009; AgRg no REsp 953.024/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008; REsp 968525/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ. 18.08.2008; REsp 995.155/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ. 24.04.2008; REsp 1059830/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ. 25.08.2008; REsp 1032357/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ. 28.05.2008);

8. In casu, o executivo fiscal foi proposto em 29.08.1995, cujo despacho ordinatório da citação ocorreu anteriormente à vigência da referida Lei Complementar (fls. 80), para a execução dos créditos tributários constituídos em 02/03/1995 (fls. 81), tendo a citação por edital ocorrido em 03.12.1999.

9. Destarte, ressoa inequívoca a inocorrência da prescrição relativamente aos lançamentos efetuados em 02/03/1995 (objeto da insurgência especial), porquanto não ultrapassado o lapso temporal quinquenal entre a constituição do crédito tributário e a citação editalícia, que consubstancia marco interruptivo da prescrição.

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, Rel. Luiz Fux, DJ. 10/06/2009).

Esse recurso especial foi julgado nos termos do art. 535-C, do CPC, que trata dos Recursos Repetitivos. Assim, o STJ se posicionou que aos processos executivos fiscais iniciados devem seguir a nova legislação, desde que o despacho ordenando a citação ainda não tenha sido proferido.

Quando a questão parecia estar resolvida, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 1.120.295/SP , novamente sob o regime do artigo 535-C do Código Processual Civil, e fixou o entendimento de que "a propositura da ação constitui o *dies ad quem* do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no art. 174, parágrafo único, do CTN".

Devido à importância da decisão, o próximo tópico analisará mais a fundo a questão.

2.4 RESP 1.120.295/SP

A nova decisão do Superior Tribunal de Justiça trouxe novamente à tona a polêmica sobre qual o marco que interrompe a prescrição na execução fiscal diante da citação. Agora é o despacho decisório, como consta na nova redação do inciso I, do art. 174, do CTN, ou é a propositura da demanda executiva?

Para melhor entendermos a decisão do STJ, é importante transcrever parte da longa ementa do julgado que trata da questão em comento:

> **PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE**

RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

[...]

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que: "Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a 'possibilidade de reviver',pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo). Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição. Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil: ‹Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda

quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.› Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação. Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição." (Eurico Marcos Diniz de Santi, in "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3. ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)

16. Destarte, a propositura da ação constitui o *dies ad quem* do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevindo em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão

> submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. pela sua própria natureza, é insusceptível de aplicação aos processos em curso, de modo que o mero despacho ordenatório da citação, sempre que prolatado antes da vigência da nova redação do inc. I do parágrafo do art. 174 do CTN não tem efeito interruptivo (STJ, Rel. Luiz Fux, DJ 21.05.2010).

O Superior Tribunal de Justiça fez uma interpretação conjunta dos dispositivos do CTN e do Código de Processo Civil para a matéria. Como foi explicado anteriormente, a Lei Complementar 118/2005 deu nova redação ao inciso I do CTN, tornando o despacho que ordena a citação em execução fiscal como o marco interruptivo da prescrição.

Por outro lado, o *Codex* processual prevê de forma mais minuciosa a questão, condicionando a retroação à data da propositura aos prazos previstos para que o autor promova a citação.

Causou estranheza a afirmação peremptória de que o *dies ad quem* é a propositura da demanda. Na realidade, para que isso ocorra, os prazos para ocorrência da citação devem ser respeitados (§§ 2º a 4º do artigo 219, do CPC).

Fredie Didier explica bem o procedimento do Código de Processo quanto a essa matéria:

> Obrigação da parte de promover a citação (§§ 2º a 4º do artigo. 219). O autor deverá providenciar tudo quanto seja possível para promover a citação do réu. Terá 10 dias para isso. Não conseguindo, poderá requerer a prorrogação desse prazo por no máximo 90 dias. Realizando-se a citação em momento posterior a esse prazo, haver-se-á por não interrompida a prescrição no momento da propositura da ação, mas apenas da data em que se ultimou a diligência.

No próprio voto do Ministro Relator Luiz Fux (e também na ementa), há o registro da necessidade de respeitar o prazo de dez dias estabelecido no § 2º do artigo 219, do CPC. Embora o ministro não tenha completado a ressalva de que, não cumprido tal prazo (e sua eventual prorrogação),

a interrupção da prescrição somente ocorrerá na data em que a citação válida ocorrer.

Considerando a possibilidade de interpretação conjunta[16], tenho a impressão de que não é possível que a interrupção retroaja mesmo diante do descumprimento do prazo previsto.

Portanto, é muito importante deixar claro que, diante da decisão do STJ, dois momentos distintos podem ser o marco interruptivo da prescrição na execução fiscal (exatamente como nos processos civis): (I) data da propositura da execução fiscal, desde que a citação válida ocorra dentro dos prazos previstos nos §§ 2º e 3º do artigo 219, ou seja, a Fazenda Pública, para que haja a retroação, tem a obrigação de promover a citação válida nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordena, prorrogáveis por até noventa dias; (II) não ocorrendo a citação nos prazos aludidos, o marco interruptivo é a data em que se efetive a citação (§ 4º, do artigo 219).

Por fim, é de se destacar que, embora o STJ já tenha decidido pela aplicação da Súmula 106 aos executivos fiscais, tal entendimento deve ser tomado com as ressalvas necessárias, para que se defina exatamente o que significa motivos inerentes ao mecanismo da Justiça. Até mesmo pela legislação vigente quando esse posicionamento foi cristalizado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, como destacado na introdução desse artigo.[17]-[18]

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das linhas que acima se seguiram foi possível visualizar a evolução do marco interruptivo da prescrição pela citação na execução fiscal no direito brasileiro, tomando por base posicionamentos doutrinários mais importantes, bem como as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

De início, foi analisada como ocorre a interrupção da prescrição pela citação nos processos civis, mostrando como a doutrina e jurisprudência permaneceram aplicando os dispositivos do Código de Processo Civil mesmo após a modificação legislativa advinda como o Novo Código Civil de 2002.

Posteriormente, foram escritas breves linhas acerca da execução fiscal e sobre as normas que disciplinam a interrupção da prescrição pela citação nesses processos com legislação específica.

A partir de então, foi iniciado o exame do assunto objeto do artigo, que foi dividido em três partes: discussões anteriores à Lei Complementar 118/2005, que modificou o Código Tributário Nacional; posicionamento posterior à edição da referida lei, especialmente com foco na aplicação temporal; e análise do REsp 1.120.295, que trouxe novos questionamentos sobre a matéria.

Nessa última parte, mostrou-se a importância da aplicação integral do artigo 219 do Código de Processo Civil, especialmente no que toca aos prazos para a promoção da citação pelo exequente fiscal, bem como quais os marcos interruptivos possíveis diante desse entendimento.

THE EVOLUTION OF INTERRUPTION OF PRESCRIPTION BY CITATION IN TAX ENFORCEMENT

ABSTRACT: The production of this scientific article deals with the legislative and hermeneutic evolution of the provisions about the effects of the citation in tax enforcement. The analysis begins with a brief explanation of the citation institute, to support later discussion waged around which provisions are applicable on the interruption of prescription, in view of the regulation of this matter by the Law of Tax Enforcement, Civil Procedure Code and National Tax Code, including the subsequent modifications made by LC 118/2005. Thus, recent decisions of the Superior Court of Justice are examined to raise the need for application of paragraphs 2 to 4 of the article 219, of the Civil Procedure Code. The joint interpretation of Civil Procedure Code with National Tax Code values the due process and equality, as well as the reasonable duration of the process, forcing the Treasury to promote the citation of the debtor more quickly.

KEYWORDS: Interruption of prescription. Tax enforcement. Citation.

Notas

[1] É interessante destacar que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trata dos efeitos da citação no artigo 240: "Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que

proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.
§ 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1o.
§ 3º A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.
§ 4º O efeito retroativo a que se refere o § 1o aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.". Conclui-se que não haverá prorrogação de prazo diante do insucesso da citação no prazo de 10 dias.

[2] *Direito Civil Brasileiro*. Volume 1: parte geral, 2010, p. 525-528.

[3] *Manual de Direito Civil*, 2012, p. 254-255.

[4] *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1, 2010, p. 484-486.

[5] *Manual de Direito Processual Civil*, 2014 p. 375-376.

[6] *Execução Fiscal*. (Coord. Vladimir Passos de Freitas), 1998. P. 2-3.

[7] *Direito processual tributário brasileiro*: (administrativo e judicial), 2014, p. 822. O autor faz excelente explanação sobre as posições doutrinárias acerca da interrupção da prescrição antes do advento da Lei Complementar 118/2005.

[8] Lei 6.830/80 e os Códigos Tributário e de Processo Civil, *Revista de Processo*, p. 29/182.

[9] José Silva Pacheco, *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

[10] Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência, 8. ed., 2014, p. 360.

[11] *Lei de Execuções Fiscais Comentada e Anotada*, 2. ed., 197, p. 102.

[12] "Algumas Reflexões sobre o Processo de Execução Fiscal, à luz da Constituição de 1988", Processo Tributário (coord. Teresa Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins), 1995, p. 117.

[13] "Análise Crítica da Lei 6.830/80", *Processo Tributário Administrativo e Judicial* (coord. James Marins e Gláucia Vieira Marins), 2000, p. 79.

[14-15] Renato Lopes Becho. "Execução fiscal: entre o CPC e a LEF", Estudos Tributários (org. Eduardo Sabbag), 2014, p. 432.

[16] É inegável que a aplicação conjunta dos dispositivos ocorreu através de interpretação do CTN à luz do CPC (técnica interpretativa discutível, especialmente tendo em vista que o STF já declarou que prescrição em matéria tributária somente pode ser regulada por lei complementar), de modo que é importante trazer os excelentes argumentos contrários de Joel Gonçalves de Lima Júnior: "... a regra do art. 219, parágrafo 1º, do CPC não tem lugar em matéria tributária, posto dispor de regime jurídico próprio e específico, no qual o campo legislativo sobre os efeitos da prescrição em face do tempo é de monopólio da LC por força do art. 146 da Carta Política de 1988. Recepcionado com tal eficácia, desde a CF de 1967, o art. 174 do CTN, bem ou mal, coerentemente ou não com o CPC e a doutrina civilista, definiu como marco interruptivo da prescrição na execução fiscal apenas a citação pessoal do sujeito passivo tributário (ou o despacho que a ordenar, após a alteração da LC nº 118), não se podendo, portanto, interpretar o CTN a partir da legislação processual ordinária, para inserir no âmbito do Direito tributário um marco interruptivo diverso do que a LC estatuiu" (p. 181-89).

[17] Renato Lopes Becho fez contundente crítica à forma de aplicação da súmula 106 às execuções fiscais: "Essa súmula, por não indicar quais são os motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, por não conter ressalvas, se transformou em um verdadeiro *cheque em branco* para os exequentes fiscais, que sempre irão se valer dela para a demora na citação" (p. 431).

[18] Lima Júnior pugna pela total inaplicabilidade: "Também por essa razão a Súmula nº 106 do STJ é inaplicável no âmbito da execução fiscal, porquanto os julgados que redundaram na sua edição trataram apenas e tão somente de ações de natureza civil em face da redação primitiva do art. 219 do CPC. Nenhum deles tratou da matéria tributária, para o que – cumpre insistir – há um regime jurídico específico definido em LC, de sorte que a questão merece solução diversa daquela resumida na Súmula nº 106. Não se pode aplicar uma súmula sem antes de debruçar sobre os precedentes com base nos quais foi editada" (p. 181.89).

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Manoel. *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*. 2. ed., São Paulo: RT, 1997.
BECHO, Renato Lopes. Execução fiscal: entre o CPC e a LEF. *Estudos tributários.* (org. Eduardo Sabbag). São Paulo: Saraiva, 2014. Vol. 1.
BOTTALLO, Eduardo. "Algumas Reflexões sobre o Processo de Execução Fiscal, à luz da Constituição de 1988", *Processo Tributário* (coord. Teresa Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins), São Paulo: RT, 1995.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp* nº 34.581/SP. Relator: José de Jesus Filho. Julgado em: 06.08.1996. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessado em 30 de maio de 2015.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 30.096-90/RS. Relator: Ari Pargendler. Julgado em: 06.11.1996. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessado em 30 de maio de 2015.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 618.644/PE*. Relator: Luiz Fux. Julgado em: 28.02.2005. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessado em 30 de maio de 2015.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 999.901/RS. Relator: Luiz Fux. Julgado em: 10.06.2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessado em 30 de maio de 2015.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.120.295/SP*. Relator: Luiz Fux. Julgado em: 21.05.2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessado em 30 de maio de 2015.
CAETANO, Adnilton José. "Análise Crítica da Lei 6.830/80", *Processo Tributário Administrativo e Judicial* (coord. James Marins e Gláucia Vieira Marins), Curitiba: Juruá, 2000.
DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2010. Vol. 1.
_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2010. Vol. 5.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Volume 1*: Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Parte Geral. V. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA JÚNIOR, Joel Gonçalves. *Interrupção da Prescrição na Execução Fiscal: Involução e Inconstitucionalidade da Recente Decisão do Superior Tribunal de Justiça.* Revista Dialética de Direito Tributário de Outubro de 2010, p. 181/89.
MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*: (administrativo e judicial). 7. ed. São Paulo: Dialética, 2014.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Gen, 2014.
PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann e SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito processual tributário.* Processo administrativo e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
QUEIROZ, Cid Heráclito. *Lei 6.830/80 e os Códigos Tributário e de Processo Civil*, Revista de Processo.
RAU DE SOUZA, Maria Helena. *Execução Fiscal* (coord. Vladimir Passos de Freitas), São Paulo: Saraiva, 1998.
SILVA PACHECO, José. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2012.

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E OS INSTRUMENTOS QUE O JULGADOR DEVE UTILIZAR-SE PARA TORNAR O PROCESSO MAIS CÉLERE

Diogo de Calasans Melo Andrade*

RESUMO: É sabido que o Direito à Razoável Duração do Processo (DRDP), inserido no art. 5º, LXXVII, é um direito fundamental que possuiu um conceito jurídico indeterminado, assim, defende-se que o prazo razoável não deve decorrer da lei, mas sim da jurisprudência, analisando-se cada caso, uma vez que esse princípio tem aplicação imediata, não necessitando de lei regulamentadora. Esse direito está no nosso ordenamento jurídico desde 2004, quando o Brasil foi signatário da Convenção Americana sobre Direitos dos Homens, que no seu artigo 8º, que trouxe a DRDP. Sabe-se que a conciliação é um instrumento vital para a celeridade do processo, mas uma vez existindo um acordo eliminam-se todas as fases processuais. A doutrina fixou três critérios para mensurar a razoabilidade do tempo de um processo, quais sejam: a complexidade da causa, o comportamento dos litigantes e a atuação do órgão jurisdicional. Analisando as decisões dos tribunais superiores percebe-se que tanto o STF quando o STJ fixou critérios para se entender se o tempo de um processo é razoável ou não, devendo o julgador analisar o caso concreto, de forma contextualizada e com conformidade com os princípios constitucionais e, nesse ponto, concluiu-se que a violação ao princípio da razoável duração do processo, desde que comprovado seus critérios, deve ensejar a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública. Na segunda parte do artigo, analisa-se a morosidade da justiça verso a celeridade, simplicidade e economia processual, defendendo-se que o julgamento antecipado da lide, juntamente com a conciliação e a tutela antecipada são instrumentos que o julgador deve utilizar para tornar o processo cada vez mais célere.

PALAVRAS-CHAVES: Processo. Tempo. Razoável.

* Mestrando em Direito pela UFS, especialista em Direito Civil, professor universitário da Universidade Tiradentes (Unit), advogado, www.diogocalasans.com e contato@diogocalasans.com

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O Direito à Razoável Duração do Processo (DRDP) é um direito fundamental processual que foi inserido em nossa Constituição no art. 5º, LXXVIII, pela Emenda 45/2004: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Mas, antes mesmo da positivação na Constituição, esse direito já estava em vigor antes de 2004, uma vez que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica (1969) que em seu artigo 8º determina: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial...".

No mesmo sentido, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em especial ao seu art. 6º, assim determinou que toda pessoa tem direito a um julgamento dentro de um tempo razoável:

> Artigo 6 – Direito a um processo justo
> 1. Toda pessoa tem direito a um julgamento dentro de um tempo razoável, perante um tribunal independente e imparcial constituído por lei, para fins de determinar seus direitos e deveres de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal que lhe seja imputada. A sentença deve ser lida publicamente, mas o acesso à sala de audiência pode ser vetado à imprensa e ao público durante todo o processo ou parte dele, no interesse da moral, da ordem pública, ou da segurança nacional de uma sociedade democrática, quando o exigirem os interesses dos menores ou a tutela da vida privada das partes, em que a publicidade possa prejudicar os interesses da justiça.

Esse princípio decorre de outros constitucionais-processuais, principalmente, do devido processo legal, além de ter sua matriz na inafastabilidade do Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), sendo considerado uma exteriorização do princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, teve como base o princípio da eficiência, utilizado pela Administração

Pública, conforme o art. 37, § 6º da CF.

Com relação à natureza jurídica do DRDP se é direito ou garantia, nos filiamos à corrente que é um direito, segundo os ensinamentos de Sarlet (2007, p. 105): "Sendo assim, nos referimos à Razoável Duração do Processo como "direito" e não "garantia", pois ambas possuem a mesma dignidade jurídico-constitucional e esta é, portanto, um direito subjetivo público com titulares e obrigados específicos."

É também um conceito jurídico indeterminado, uma vez que a Constituição e as leis ordinárias não trazem o seu conceito, ficando a cargo da doutrina fazê-lo. Mas é adequada a interpretação que o prazo razoável não deve decorrer da lei, mas sim de uma interpretação jurisprudencial, analisando cada caso. Conceitua Pessoa (2009, p. 6): "Sendo assim, o direito à duração razoável do processo consiste em dar máxima efetividade ao mesmo. E essa efetividade se dá quando não se pratica atos dilatórios injustificáveis".

Diferente é o entendimento de Tucci (2011, p. 227), quando defende a criação de leis penais para atender o DRDP:

> Por todos esses, e assim variegados e relevantes, motivos, impunha-se, em linha de princípio, no campo de elaboração legislativa, a edição de normas determinantes da aceleração dos procedimentos penais, a fim de que eles se desenrolem, sem precipitação, num *prazo razoável*, desde logo fixado. (grifo do autor)

Existem dois tipos de agressões à DRDP, a primeira seria a deficiente direção das autoridades processuais e a segunda seria a carência de meios ou adequada organização judiciária (NICOLITT, 2006, p. 62). Na primeira hipótese, o responsável é o Poder Judiciário; na segunda, o Poder Judiciário, Executivo e Legislativo. A violação ao DRDP pode ensejar o restabelecimento do andamento normal do processo ou a indenização. No primeiro caso, enseja uma tutela específica para que seja dado andamento ao processo e, no segundo, uma tutela ressarcitória, através de uma ação de indenização contra a Fazenda Pública, tópico a ser abordado a seguir.

2 ASPECTOS PROCESSUAIS DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Sendo o DRDP um princípio constitucional deve ter sua aplicação imediata, por se tratar de direitos e garantias fundamentais como determina o art. 5º, § 1º da Lei Maior, possuindo plena eficácia e não sendo necessária uma lei regulamentadora para que possa ser aplicado.

De mais a mais, sua aplicabilidade pode ser extraprocesso e intraprocesso, explicando cada uma delas Mendes (2008, p. 498) adverte:

> No primeiro, extraprocesso "abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional".
> Já o segundo, intraprocesso, "impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo, legitimando a adoção de medidas antecipatórias, ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica".

No processo civil, o termo inicial conta-se da data do ajuizamento da ação e o termo final se dá com o trânsito em julgado da sentença. Já no processo penal, o termo inicial se dá com o início do inquérito policial, e não a denúncia e, o termo final, também será o trânsito em julgado da sentença.

Para Pessoa (2012, p. 2), a conciliação é um instrumento vital para a celeridade e efetividade do processo:

> Entre as alternativas trazidas pela legislação reformista, a conciliação aparece como um instrumento processual de vital importância para a obtenção da imprescindível celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Nesse contexto, o CNJ instituiu por meio da Resolução nº 125 a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos e Interesse, que visa tornar efetivo não apenas o direito fundamental à razoável duração do processo, como também o princípio constitucional do acesso à Justiça (art.5º, XXXV CF).

A doutrina traz três critérios que devem ser analisados na determinação

da DRDP, vejamos quais são eles segundo Cintra (2006, p. 93): "a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) atuação do órgão jurisdicional". A complexidade pode ser exemplificada quando estamos diante de uma causa controvertida, vários autores e réus, muitas provas a serem produzidas, testemunhas difíceis de serem intimadas. Com relação ao comportamento dos litigantes deve-se analisar se existe uma dilação imprópria, recursos protelatórios e requerimentos infundados. Quanto à atuação do órgão jurisdicional, explica Pessoa (2006, p. 9):

> A atuação do órgão jurisdicional é o principal critério para aferição da razoabilidade. Pode ser classificada em dilações organizativas e funcionais. As primeiras decorrem de fatores estruturais do Judiciário, como sobrecarga de trabalho ou falta de organização das secretarias. Já as segundas são decorrência da má condução do andamento do processo por parte dos Juízes e Desembargadores.

Assim, em relação à atuação do órgão jurisdicional pode existir falta de estrutura do Judiciário ou má condução do processo pelo julgador.

Quanto à possibilidade da Responsabilidade Civil do Estado, Cavalieri (2007, p. 254) traz quais são as hipóteses de configuração: "denegação de justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta de serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial". Por fim, quanto ao tipo de responsabilidade civil entende-se que é objetiva, senão veja-se o que diz Pessoa (2006. p. 9):

> O grande problema doutrinário é que alguns autores defendem que na investigação da Razoável Duração do Processo, a responsabilidade pela negligência do juiz, p. ex., deva ser subjetiva. Tal posição não deve prevalecer, pois a prestação jurisdicional é um serviço público essencial. Em caso de culpa ou dolo do Juiz, pode o Estado, com base no próprio art. 37,§ 6º da CF, entrar com ação regressiva contra o magistrado; porém, não pode deixar de ressarcir dano do jurisdicionado.

Assim, conclui-se que a violação ao princípio da razoável duração

do processo, desde que comprovado seus critérios, deve ensejar a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública. Além disso, serve como instrumento para a celeridade processual tanto a conciliação, já citada, quanto o julgamento antecipado da lide a seguir delineado.

3 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em diversas decisões, sobre a razoável duração do processo, vamos comentá-las em ordem cronológica. A primeira decisão entendeu que não houve demora no julgamento de um Habeas Corpus pelo STJ em razão da realidade pública e notória enfrentada pela Corte Superior:

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. JULGAMENTO CÉLERE (CB. ART. 5º LXXVIII). DEMORA NO JULGAMENTO DE HC NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. A Constituição do Brasil determina que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (CB, art. 5º inc. LXXVIII). Não obstante inexistir a alegada demora no julgamento dos habeas corpus impetrados pelo paciente no Superior Tribunal de Justiça --- há nos autos informações de que os feitos foram recentemente conclusos com parecer da PGR à Relatora - a realidade pública e notória enfrentada pelo STJ e por Corte, marcada pela excessiva carga de processos, impede a plena realização da garantia constitucional do julgamento célere. Ordem denegada. (STF, HC 91881, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 14/08/2007, unânime) (grifo nosso)

Mais adiante, o STF firmou posicionamento que se deve analisar a complexidade do processo, o retardamento injustificado, os atos procrastinatórios da defesa e o número de réus envolvidos, para entender se o tempo do processo é razoável ou não:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. JULGAMENTO CÉLERE (CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ARTIGO 5º, INCISO LXXVIII). EXCESSO DE PRAZO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RAZOABILIDADE. A Constituição do Brasil determina 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". Não obstante, o excesso de prazo na instrução criminal não resulta de simples operação aritmética. Complexidade do processo, retardamento injustificado, atos procrastinatórios da defesa e o número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal. O Poder Judiciário foi diligente. A complexidade do processo --- em que são apurados crimes praticados por quadrilha especializada em roubo a bancos --- e a quantidade de réus envolvidos justificaram, no caso, a dilação do prazo para o encerramento da instrução criminal. Ordem denegada. (STF, HC 92453 (2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 12/02/2008, unânime) (grifo nosso)

Tempo depois, o STF decidiu que para se averiguar o excesso de prazo deve-se analisar o caso concreto, devendo o juiz averiguar as peculiaridades do processo:

> HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL INCONCLUSA. ALONGAMENTO PARA O QUAL NÃO CONTRIBUIU A DEFESA. COMPLEXIDADE E PECULIARIDADES DO CASO NÃO OBSTAM O DIREITO SUBJETIVO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DO FEITO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal

> entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, a custódia instrumental do paciente já ultrapassa 3 anos, tempo superior até mesmo a algumas penas do Código Penal. Prazo alongado, esse, que não é de ser imputado à defesa. 3. A alegada gravidade da imputação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida. (STF, HC 89622, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, 03/06/2008, unânime) (grifo nosso)

Em outra decisão, compreendeu a mais alta Corte que o tempo de 3 anos para o STJ julgar um Habeas Corpus configura-se constrangimento ilegal, concedendo uma ordem para que o processo seja julgado:

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. JULGAMENTO DO PROCESSO EM PRAZO RAZOÁVEL. HC DEFERIDO, EM PARTE, PARA DETERMINAR AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE PROCEDA AO JULGAMENTO DE HC IMPETRADO HÁ QUASE TRÊS ANOS. ART. 5º, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PREJUDICIALIDADE DO EXAME DAS DEMAIS TESES ORA DEDUZIDAS. 1. A Constituição do Brasil estabelece, em seu art. 5º, inc. LXXVIII 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". 2. Habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça há quase três anos. Constrangimento ilegal consubstanciado na incerteza da ocorrência de provimento judicial eventualmente ainda útil à pretensão defensiva, especialmente porque se trata de paciente preso. Ordem concedida, parcialmente, para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que proceda ao julgamento imediato do habeas corpus, ficando prejudicado o exame das demais teses deduzidas nesta impetração.(STF, HC 95067, 2ª

> Turma, Rel. Min. Eros Grau, 02/09/2008, unânime) (grifo nosso)

Posteriormente, entendeu o STF que a razoável duração do processo deve ser interpretada conforme os princípios e valores constitucionais e de forma contextualizada:

> DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EMBARGOS. REEXAME DE MATÉRIA JÁ APRECIADA. INEXISTÊNCIA DE AMBIGUIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. REJEIÇÃO. 1. Da leitura do voto condutor do acórdão ora embargado, verifica-se que o ora embargante apenas busca renovar a discussão de questões já devidamente apreciadas por esta Turma. 2. Registro que há elementos nos autos da ação penal de origem que evidenciam a complexidade do processo, com pluralidade de réus (além do paciente), defensores e testemunhas. 3. A razoável duração do processo (CF, art. 5°, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos. 4. Inexistência de qualquer omissão ou ambiguidade a ser reparada. 5. Embargos rejeitados. (STF: ED HC 87724, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, 30/09/2008, unânime) (grifo nosso)

Entendeu também o STF que o fato da defesa, em processo criminal, contribuir para o retardamento do processo, retendo os autos, faz-se concluir que não houve excesso de prazo:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXCESSO DE PRAZO NA APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS DA ACUSAÇÃO. INSTRUÇÃO CRIMINAL

> CONCLUÍDA. PREJUDICIALIDADE. JULGAMENTO CÉLERE (CONSTITUIÇÃO, ART. 5º INC. LXXVIII). ATOS PROCRASTINATÓRIOS DA DEFESA. CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTA EM OUTRO PROCESSO. 1. Concluída a instrução criminal, resta prejudicada a alegação de excesso de prazo. Precedentes. 2. A Constituição do Brasil determina, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade". Não obstante, o excesso de prazo da instrução criminal não resulta de simples operação aritmética. Complexidade do processo, atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável eventual excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal. Há informação de que a defesa contribuiu substancialmente para o retardamento da marcha processual, praticando atos procrastinatórios, entre eles a retenção do processo, somente devolvido após o juiz determinar a busca e apreensão. 3. Paciente preso também em razão do cumprimento de pena imposta em outro processo. Ordem indeferida. (STF, HC 92293 (2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 02/12/2008, unânime)

Em 2009, a mesma Corte Superior, decidiu que a demora no julgamento de uma apelação, quando é justificada, não viola a duração razoável do processo:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXCESSO DE PRAZO NO JULGAMENTO DE RECURSO DA DEFESA. DEMORA JUSTIFICADA. ARTIGO 5º, LXXVIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A Constituição do Brasil determina em seu artigo 5º, inciso LXXVIII 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". 2. Não obstante, a demora no julgamento do recurso de apelação do paciente restou satisfatoriamente justificada nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora. Não há, no caso, desídia do Poder Judiciário. Ordem indeferida. (STF, HC 96507, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 12/05/2009, unânime) (grifo nosso)

Neste mesmo ano, o STF entendeu, em uma ação de usucapião, que o tempo de 43 anos para solucionar o conflito de competência transgride o direito:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. ILHA COSTEIRA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO PROFERIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL. REGRAS DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EFETIVA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 5º, LXXVIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. TRANSGRESSÃO DO DIREITO. 1. A interpretação da Constituição não é para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento da norma resultante da interpretação. A práxis social é, nesse sentido, elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorizações nutridas em idealismo que não a tome, a práxis, como seu fundamento. Ao interpretá-la, a Constituição, o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. 2. Em recente pronunciamento, no julgamento do HC n. 94.916 [Sessão de 30.9.08], esta Corte afirmou que situações de exceção não ficam à margem

> do ordenamento, sendo por este capturadas, de modo que a preservação dos princípios impõe, seguidas vezes, a transgressão das regras. 3. No presente caso, as regras de competência (art. 109, I da Constituição do Brasil), cuja última razão se encontra na distribuição do exercício da Jurisdição, segundo alguns critérios, aos órgãos do Poder Judiciário, não podem prevalecer quarenta e três anos após a propositura da ação. Assim há de ser em virtude da efetiva entrega da prestação jurisdicional, que já se deu, e à luz da garantia constitucional à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição do Brasil). Observe-se que a lide foi duas vezes --- uma na Justiça Estadual, outra na Justiça Federal --- resolvida, em sentenças de mérito, pela procedência da ação. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF, RE 433512, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 26/05/2009, unânime).

Já o STJ decidiu que o tempo de 11 anos para julgar uma ação penal com 12 réus vai de encontro ao princípio da duração razoável do processo:

> HABEAS CORPUS. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E LESÃO CORPORAL. AÇÃO PENAL COMPLEXA. FEITO QUE CONTA COM 12 (DOZE) RÉUS E QUE JÁ PERDURA HÁ MAIS DE 11 (ONZE) ANOS. DESMEMBRAMENTO QUE SE IMPÕE. ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS

> CONCEDIDO DE OFÍCIO.
>
> ...
>
> 2. No caso, a despeito de o paciente encontrar-se respondendo ao processo em liberdade, a Constituição Federal preconiza 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" (art. 5º, inciso LXXVIII). Embora não se possa desprezar o número de réus - 12 (doze) -, a ação penal já perdura há mais de 11 (onze) anos sem nenhuma previsão de julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, o que extrapola, notadamente se considerado que ainda existe recurso extraordinário a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, os limites da razoabilidade.
> 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de, com fulcro no art. 80 do Código de Processo Penal, determinar o desmembramento do processo em relação ao paciente, devendo o Juízo de primeiro grau designar, com urgência, o julgamento a ser realizado perante o Tribunal do Júri (STJ, HC 261054 / DF, Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 09/09/2013).

Por fim, o STJ entendeu que o prazo de 8 meses para julgamento de uma apelação não extrapola a razoável duração do processo:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.
> - A Constituição Federal assegura, em seu art. 5°, inciso LXXVII, como direito fundamental, a razoável duração do processo. Contudo, a alegação de excesso de prazo não pode basear-se em simples critério aritmético, devendo a demora ser analisada em cotejo com as particularidades e complexidades de cada caso concreto, pautando-se sempre pelo critério da razoabilidade.

> - Sob tal contexto, por ora, considero razoável a espera do paciente, por pouco mais de 8 (oito) meses, para o recebimento da prestação jurisdicional no julgamento da apelação defensiva.
> - Habeas corpus denegado (STJ, HC 263148 / SP, Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), DJe 07/06/2013).

Assim, tanto o STF quanto o STJ fixou critérios para entender se o processo é razoável ou não, devendo o julgador analisar o caso concreto, de forma contextualizada e em conformidade com os princípios constitucionais e a razoabilidade. Mais adiante vamos tecer comentários sobre a morosidade da Justiça e suas causas.

4 MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO DO ESTADO, PROCESSO, PROCEDIMENTO ORDINÁRIO, MOROSIDADE X SIMPLICIDADE, CELERIDADE E ECONOMIA

Antigamente o Estado como hoje existe, não tinha força para se sobrepor aos indivíduos. Permitia-se aos litigantes a autotutela de seus interesses, gerando fatores de insegurança social, tendentes a suscitar a ruptura da vida em coletividade. Com o transcorrer da história, o Estado se fortaleceu assumindo o monopólio da Jurisdição, isto é, da capacidade de dizer o direito, submetendo as partes à decisão por ele entendida.

Com o surgimento do monopólio da jurisdição, nasce a ideia do processo, que significa avançar, proceder em direção a um fim, ou seja, tornou-se necessária a existência de atos ordenados a alcançar um fim, o pronunciamento estatal acerca do direito em litígio, a sentença.

Durante muito tempo o processo foi concebido como uma mera sucessão de atos, até que, em meados do século passado, passou por uma profunda revisão, ganhando, a partir daí, *status* de ciência autônoma, com meios próprios de investigação científica, o que só foi possível com o questionamento do caráter civilista da ação.

Assim, o processo passou a ser encarado numa perspectiva instrumental, trazendo, como aspecto positivo, o cumprimento de seus objetivos sócio-político-jurídicos, e, como negativo, uma tendência processualizante, verificada pelo excessivo apego ao formalismo e sua fuga

à realidade social, culminada pela consagração dos meios em detrimentos dos fins processuais.

A sociedade cresceu, os conflitos se multiplicaram e a prestação jurisdicional tornou-se morosa pela utilização do procedimento processual por excelência, qual seja, o procedimento ordinário, que permite a cognição plena e exauriente do direito em litígio, repelindo sua cognição parcial, sumarizada, colocando-a como exceção.

Houve, portanto, a priorização da segurança jurídica, entendida como o direito dos litigantes à cognição exaustiva do direito em litígio, ensejando a amplitude do contraditório, da defesa e da interposição de recursos, em detrimento do tempo da prestação jurisdicional, entendida como acesso à Justiça.

Na prática, surge um conflito entre esses dois valores, que, abstratamente são compatíveis e harmonizados pelo texto constitucional e entre os quais não há qualquer hierarquia, qual seja, segurança jurídica e tempo da prestação jurisdicional.

O procedimento ordinário, fundamentado na segurança jurídica, faz com que seja suscitada a desigualdade das partes na relação jurídico-processual, uma vez que o ônus da demora do processo recai exclusivamente sobre o autor, tendo se afastado da realidade social.

Assim, o processo tornou-se excessivamente formalista, colocando de lado a celeridade em detrimento da segurança jurídica, entendendo-se a demora do processo como um mal necessário à cognição definitiva do direito, havendo um afastamento da ciência processual em relação ao que se passa na realidade social, promovendo uma revolta geral, que transcende à ciência do Direito, preocupando a sociedade como um todo.

Em verdade, o tempo do processo sempre foi visto de forma secundária, o réu que não tem razão beneficia-se da morosidade processual em detrimento do autor, vale dizer, acarretando-lhe danos de toda a ordem, não só patrimoniais, mas também morais.

Por outro lado, há aqueles que entendem que a morosidade processual é necessária à cognição definitiva do direito, sendo até mesmo natural à tramitação do processo, principalmente pela consagração constitucional do princípio da ampla defesa, admitindo-se, defesas abusivas como medidas de se obstar a realização do direito do autor.

É preciso entender que o princípio da inafastabilidade da apreciação da lesão ou ameaça de direito pelo Judiciário, concebido modernamente

como a tutela efetiva, isto é, tempestiva e adequada, a razão de ser do processo, qual seja, a de dar a cada um exatamente o que é seu, é norma constitucional tal qual a ampla defesa, inexistindo qualquer hierarquia entre elas.

Com efeito, a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, na verdade, injustiça. Se o autor for obrigado a esperar a coisa julgada material acerca de um direito, de logo provado, para requerer a execução, a ele terá sido imposto um dano, com o processo, auxiliando ao réu que não tem razão e violando o direito fundamental da duração razoável do processo.

É claro, portanto, que se deve diminuir o tempo da demanda de forma igualitária entre os litigantes, equilibrando-se a relação processual em torno do princípio da isonomia, porquanto o direito a um provimento jurisdicional tempestivo e adequado é, indiscutivelmente, direito à cidadania.

A função primordial da jurisdição é, por conseguinte, dirimir os conflitos sociais e humanos de quantos batem à porta do Poder Judiciário. Para cumprir esse desiderato mister se faz que os operadores do Direito busquem, através do processo, a solução que objetive maior eficiência e celeridade na resolução dos conflitos, evitando uma prestação jurisdicional morosa, resultante de práticas procrastinatórias e inúteis, que têm levado o Judiciário ao descrédito.

Simplicidade, celeridade e economia são os requisitos para uma boa aplicação da legislação processual. Simplicidade, em função da necessidade de se realizar atos processuais sem rigorismos excessivos ou formalidades extremadas, não devendo haver qualquer prejuízo às partes e, evidentemente, com o atingimento de sua verdadeira finalidade.

A celeridade na prestação jurisdicional talvez seja o que mais tem clamado a sociedade. A rapidez processual é um aspecto substancial, mas evidentemente, sem o comprometimento de sua efetividade ou dos direitos das partes, tanto sob a ótica processual quanto constitucional.

Economia também é assunto de capital importância na seara jurídica, considerando os problemas monetários que têm assolado o país nos últimos anos. Se tivéssemos, no entanto, um processo menos oneroso, naturalmente haveria maiores facilidades para o acesso dos menos favorecidos às decisões judiciais.

Admitir o processo como instrumento utilizado para buscar a

celeridade na resolução dos conflitos qualificados por pretensões insatisfeitas é aproximar os partícipes da relação processual da efetividade processual. Esta efetividade está ligada à rapidez e celeridade de se propiciar prestação da tutela jurisdicional eficaz. Conclui-se, então, que a morosidade processual é um empecilho a ser evitado pelos aplicadores do direito e o julgamento antecipado da lide é um instrumento que deve ser utilizado pelo julgador para atender a razoável duração do processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, percebe-se que existem critérios para entender se o tempo de um processo é razoável ou não, devendo o julgador analisar o caso concreto, de forma contextualizada e em conformidade com os princípios constitucionais e, percebendo que houve violação a esse princípio, configurada esta a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública.

THE REASONABLE LENGTH OF THE PROCESS AND THE INSTRUMENTS THE JUDGE MUST USE TO SPEED THE PROCESS UP

ABSTRACT: It is known that the law of the reasonable duration of the process (LRDP), inserted in the 5th clause, it is a fundamental right that has an unsolved legal concept, as soon, defends itself that the reasonable prompt should not result from the law, but from de jurisprudence, analyzing each case, this principle has immediate application, not requiring regulatory law. This right is in our legal regulation since 2004 when the Brazil was signatory of the American Convention on Human Rights, in the 8th clause that brought the LRDP. It is the conciliation is a vital tool to the process celerity, but existing agreement eliminates all procedural stages. The doctrine set three criteria to measure the reasonableness of the time of a process, which are: the complexity of the case, the behavior of the litigants and the court action. Analyzing the decisions of higher courts realize that both the STF and the STJ has set criteria understand whether the time a process is reasonable or not, the judge shall consider the case in context and with accordance with the constitutional principle sand at this point it was concluded that the

violation of the principle of reasonable duration of the process, since proven their criteria, should give rise to objective liability of the Treasury. In the second part of the article we analyze the slowness of justice versus the speed, simplicity and procedural economy arguing that the summary judgment of the dispute, together with the reconciliation and injunctive relief are instruments that the judge should use to make the process increasingly rapid.

KEYWORDS: Process. Time. Reasonable.

REFERÊNCIAS

BIZZOTTO, Alexandre. *Julgamento Antecipado Civil e Penal.* Goiânia: AB Editora, 2000. p. 42.
CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Átlas, 2007.
CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
JÚNIOR, Joel Dias Figueira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Vol. 4.
JÚNIOR, Moacyr Caram. *O julgamento Antecipado da Lide.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001
JÚNIOR, Nelson Nery, Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
NICOLITT, André Luiz. *A Razoável Duração do Processo.* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. *O Direito à razoável duração do processo enquanto direito fundamental processual.* Aracaju: Evocati Revista n. 37, jan. 2009 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_

codartigo=299 >. Acesso em: 25/09/2013
PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. TEIXEIRA, Rafaela Gois. *A concretização do direito fundamental à duração razoável do processo e a conciliação no âmbito da justiça comum estadual de Sergipe* Aracaju: Evocati Revista a nº 79 (23/07/2012) Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=548 >. Acesso em: 26/09/2013
SANTOS, Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de Direito Processual Civil.* Processo de Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. I.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AFINAL, PARA QUE SERVE A PENA? A TRAGÉDIA DA AUTORIDADE?

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo*

RESUMO: O texto pretende fazer a crônica da tragédia da autoridade. Para tanto, o texto toma como ponto de partida o problema do direito de punir da autoridade. Afinal, o ato de punir é um grande desafio à manutenção de toda e qualquer autoridade.

PALAVRAS-CHAVE: Sanção. Autoridade. Legitimidade.

1 AS TENTATIVAS DE RESPOSTA

Esta pergunta, ao longo da história, já recebeu, como se sabe, muitas respostas. Há quem diga que a pena tem por finalidade a retribuição. Há os que dizem que ela objetiva a prevenção de futuros delitos. Entre esses, há os que asseguram que ela se presta a reintegrar o condenado à sociedade. Sem falar naqueles que afirmam, com toda segurança, que ela serve para intimidar a sociedade como um todo e que, por isso, utiliza o condenado como exemplo. Há, ainda, aqueles que afirmam que ela se destina tanto a retribuir como a prevenir. Existem, também, os que asseveram que ela serve para garantir ao condenado um mínimo de direitos durante o cumprimento da pena. Mas, afinal, para que ela serve?

Há quem afirme que ela serve para orientar a sociedade, uma vez que indica os comportamentos permitidos e os proibidos. Há quem jure que ela serve para intimar o autor do delito. Há, também, aqueles que afirmam, categoricamente, que ela se destina a restabelecer a confiança depositada na norma jurídica. Como se não bastasse todas essas respostas, há, ainda, aqueles que sustentam que ela se destina a aplacar o clamor social. Mas há, também, os que dizem que ela se presta a fazer justiça. Com o que não concordam outros mais céticos, que preferem defender que ela serve para oprimir as classes sociais menos favorecidas economicamente. Ao que, outros respondem que ela, na

* Professor-assistente da Faculdade de Direito da UFBA junto à cadeira de Teoria do Direito.

verdade, se presta a "tratar" os indivíduos perigosos. Mas, finalmente, para que serve a pena?

E será que a pena, o castigo, a sanção tem uma finalidade? Será? Como se viu, muitos, muitos autores já tentaram responder esta pergunta. Mas, por favor, me perdoe pela insistência, nada quero insinuar com esta repetição de perguntas, mas será que a pena tem uma finalidade? Será que ela é um meio para alcançar um determinado objetivo? Ou será que ela não teria fim? E será que há fim? Ou o fim, na realidade, é apenas o meio? Nem o começo, nem o próprio fim, mas apenas o meio? Afinal, "no princípio existia o verbo, e o verbo estava com Deus, e o verbo era Deus. Ele estava no princípio com Deus. Todas as coisas foram feitas por ele; e sem ele nada foi feito."[1]

2 UMA NOVA POSSIBILIDADE DE RESPOSTA?

Como toda pergunta exige uma tentativa de resposta, e como diversas tentativas já foram feitas ao longo do tempo, será que seria inteligente enveredar pelo mesmo caminho? Será que o caminho é a trilha de tijolos amarelos que leva ao Mundo Fantástico de Oz?[2] Será que há caminho? Ou será que a ideia de que há um caminho não é mais uma das tentações que Mefistófeles coloca no caminho de Fausto?[3] Que Deus é esse, vingativo e ardiloso, que a todo o momento coloca a sua criatura, o seu filho, diante da maçã vermelha e aos cuidados da serpente? Será, então, que o caminho para esta pergunta, ou para qualquer pergunta, é tentar respondê-la? Ou será que este caminho, não é, em verdade, um labirinto, a penitência imposta a Sísifo por Hades por ter tentado lhe enganar?[4]

Se desse ouvidos ao discurso do bom samaritano, aquele que prescreve que "amai-vos uns aos outros, como vos amei", seria tentado, agora, neste momento, a afirmar que a pena, o castigo, a penitência, se presta, em realidade, a alcançar uma determinada finalidade, a de ressocializar o condenado. Mas como a ingenuidade é amiga da trapaça, já não cometo o erro de Abraão, que deu atenção às palavras desse Deus "misericordioso". E é por esse motivo, mas não apenas por ele, que desconfio que a verdadeira finalidade da pena, se é que ela tem uma, é levar o pecador a reincidir. Afinal, não haveria melhor maneira de manter o herege sobre controle, pois se puni-lo uma vez

é uma grande demonstração de força, induzi-lo a pecar novamente, por "livre e espontânea vontade", é a estratégia ideal para perpetuar o castigo. Foi, por isso, aliás, que o sermão do "livre-arbítrio"[5] foi criado, para permitir que o pecador se sentisse culpado. E, uma vez culpado, reconhecesse a autoridade do Padre em penitenciá-lo, tornando-se dependente dele. Estava criado o mistério da autoridade. Ou, como preferem os beatos: eis o mistério da fé!

Mas, enquanto o enigma não é desvendado, a primeira reação do servo é dizer: – Senhor, eu não sou digno que entreis em minha morada, mas dizei uma só palavra e eu serei salvo[6]. Contudo, o que é ser salvo? É resgatar o pecador do mundo das trevas? Ou seria atravessar o rio Aqueronte, junto com Virgílio, no barco de Caronte?[7] Ser salvo é conhecer o inferno, estando vivo, e retornar para contar a história? Ser salvo é atravessar os nove círculos do inferno e ser apresentado a Deus graças à intervenção de São Bernardo junto à Virgem Maria? Ou, em lugar disso, ser salvo seria está eternamente condenado a pecar? Afinal, só se salva quem um dia pecou. E quem nunca pecou que atire a primeira pedra! Mas, quem define o que é pecado? Quem define a indulgência para que o pecador possa entrar no reino dos céus? O problema do pecado não é o pecado. Nem tampouco a penitência que será dada pela autoridade. O verdadeiro problema é a salvação. E quem nos salva dos homens de boa vontade?

Logo, se alguém é salvo, a pergunta não é: como é possível se salvar? Nem, muito menos, se existe salvação, afinal promessas não deixam de serem promessas, caso não sejam cumpridas. Toda norma – moral, jurídica, ou religiosa –, é uma promessa. A promessa de que uma expectativa de comportamento será estabilizada. Mas, qual seria, então, a pergunta? A pergunta é a mais elementar de todas: quem se salva? Quem se salva de quem? Seria o mortal que se salva do tártaro? Seria o delinquente que se salva da penitenciária? Seria o Cristo que se salva do peso da cruz? Será? Ou, na verdade, seria o carrasco que se salva da vítima? O Deus que se salva dos mortais? O grande Zeus que se salva da ira de seu pai, Cronos? Será? Não sei. O certo é que em toda oração há um testemunho de obediência, assim como em toda pena há um reconhecimento de culpa, uma oportunidade para o batismo dos pagãos, uma chance para evangelizar os infiéis, um momento para converter o súdito em delinquente. Não para converter o delinquente. Mas, sim, para

convertê-lo em delinquente. Eis o cordeiro de Deus que tira o pecado do mundo!

3 O PROBLEMA DA RESPOSTA

Mas não se deixe encantar pela possibilidade dessa resposta: de que a pena tem como finalidade a reincidência do delinquente. Ela é só uma resposta. Mais uma resposta. E não, e nem nunca será, a resposta. Toda resposta é apenas uma tentativa de decidir uma questão, de tranquilizar o espírito dos beatos da resposta e dos pecadores que perguntam, de aplacar a insegurança colocada pela dúvida, mas não é a solução. A resposta não dissolve a interrogação, apenas a coloca sobre controle, neutraliza. Logo, a resposta, para ser uma boa resposta, precisa convencer a todos; auditório e palestrante. Precisa persuadir tanto a quem faz a pergunta como a quem dá a resposta. Precisa ser convincente tanto para quem está questionando a autoridade quanto para a própria autoridade que acredita na sua resposta. Como se vê, o segredo de toda resposta é ter a capacidade de despertar a confiança dos crédulos. E, talvez, a igreja com maior número de fiéis seja a igreja castradora da razão moderna. A igreja que prometeu ao povo do Egito a terra de Canaã. Uma terra nunca encontrada.

O certo é que o maior desafio de qualquer resposta, não é provocar a adesão de quem formulou a dúvida, mas, sim, preservar a crença de quem deu a resposta. "É mais fácil um camelo entrar pelo buraco da agulha, que um rico entrar no reino dos céus"[8]. É mais fácil uma resposta, ou uma nova resposta, despertar a crença de algum cético, do que a mesma resposta preservar eternamente a crença dos incautos. Portanto, a resposta não é a porta de saída do labirinto, mas a porta que dá acesso a um novo labirinto. E que labirinto é este no qual o homem se encontra perdido? A linguagem, este catálogo de metáforas e metonímias extintas derivado do instinto[9] de sobrevivência humana. O instinto que inclina o homem a estar sempre aberto a acreditar em algo. E a maior de todas as crenças humanas é a que o homem deposita na linguagem. E o que é isso que a razão moderna tenta a todo custo manter sobre controle? O que é isso, o instinto? Uma finalidade inconsciente. Um objetivo que orienta o agir humano, mas sobre o qual o homem não tem o menor controle. Mas, apesar disso, a razão moderna, de forma instintiva, tomada pela sensação atávica de insegurança, tenta a todo custo controlá-lo. Eis o paradoxo da

racionalidade instintiva! Quanto maior é a pretensão da razão de tornar provável o improvável, maiores são as peripécias da linguagem[10]. Essa aranha astuciosa que controla as suas presas graças à teia da comunicação, esse espaço de multiplicação de mensagens[11], no qual é improvável que as presas se comuniquem[12].

Por conseguinte, o que é a resposta? Ela é, em si, a própria Caixa de Pandora. Quanto maior for a curiosidade humana em abrir a caixa e tentar decifrar o mistério da linguagem, ou em tentar saber para que serve a pena, mais complicada se torna a charada da existência, o truque da linguagem, a mágica da crença, enfim, mais complicado se torna justificar a auréola de toda autoridade. Por isso, a esperança foi o único item remanescente na caixa. Como nos advertiu Zaratustra, esse Deus, chamado razão moderna, é cruel, ele toma sempre o cuidado de que os seus fiéis não coloquem sua doutrina, seus dogmas em xeque. É, por isso, que toda grande história não tem fim, mas recomeço. Não o recomeço. Mas um dos recomeços. E para recomeçar é preciso ter esperança. E quem tem esperança, espera. Espera pela revelação. Espera pela resposta. Espera pelo milagre. Enfim, quem espera, espera por alguém, ou por alguma coisa. Mas, por que espera? Porque acredita na velha máxima aristotélica, aquela que diz: para todo efeito, há uma causa[13]. Porém, ela é uma dessas grandes mentiras[14] repetidas pela ciência[15]. Assim como a ressocialização é a grande mentira da pena, a prevenção é a grande mentira de Feuerbach e a retribuição foi uma das grandes mentiras contadas por Kant e Hegel. Aliás, o Direito está repleto de aforismas mentirosos. E talvez, o mais mentiroso deles seja: o juiz conhece o direito[16].

Por isso, senhores usuários da língua, doutrinadores da resposta correta, defensores da verdade, enfim, autoridades desse maravilhoso mundo velho chamado modernidade, escutem as palavras do louco: "'Para onde foi Deus?', exclamou, 'é o que lhes vou dizer. Matamo-lo... vocês e eu! Somos nós, nós todos, os seus assassinos! Mas como fizemos isso? Como conseguimos esvaziar o mar? Quem nos deu uma esponja para apagar o horizonte inteiro?"[17]. Elas poderão advertir-lhes do presente que bate à porta. Não do futuro que está por vir, mas do agora que já chegou. O dia em que a terra parou! O dia em que se tornou problemático todo e qualquer discurso de legitimação, em que a justificativa da autoridade tem cada vez mais dificuldade de obter a adesão. Para onde foi a magia, o encanto, a mística da autoridade?[18]Sendo certo que a autoridade calcula

o custo-benefício de sua decisão, não é menos certo que nenhum cálculo calcula o incalculável. Em todo discurso, e com a decisão não é diferente, há algo de *místico*, pois há "ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque esse silêncio não é exterior à linguagem"[19], mas ínsito a ela. Logo, é preciso admitir que "o direito é essencialmente *desconstruível*, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis (e esta é a história do direito, a possível e necessária transformação, por vezes a melhora do direito), ou porque seu fundamento último, por definição não é fundado."[20] Em suma, "a desconstrução é a justiça!"[21]

Por isso, a pergunta pela finalidade da pena. Porque talvez a pena seja o melhor momento para observar o exercício da autoridade. Não porque se queira saber qual é a finalidade que ela pretende alcançar. A finalidade é apenas uma parte do truque da autoridade. Não porque se queira saber o que é a pena. Isso é um problema dos estudiosos dos dogmas penais, e não é esse o objeto do presente trabalho. Mas, sim, porque a pena talvez seja o momento de maior vulnerabilidade de qualquer autoridade, o momento em que a legitimidade dela fica mais exposta a questionamentos. Logo, talvez ela seja, por mais paradoxal que isso possa parecer, o momento mais fértil para invenção de novos discursos legitimadores e deslegitimadores da autoridade. O momento mais fértil para testar novos discursos legitimadores. O momento mais oportuno para avaliar a substituição de um discurso por outro. Afinal, o discurso que resiste aos questionamentos endereçados ao poder de punir, é, em princípio, o discurso mais capacitado a legitimar o ordenamento jurídico estatal. Parece haver algo de semelhante entre o discurso que legitima o poder constituinte originário e aquele que justifica o poder de punir da autoridade. Parece haver algo de semelhante entre o poder do soberano que decide sobre a exceção (sobre o momento mais apropriado para descartar o Estado Democrático de Direito) (Schmitt) e o poder do soberano que decide sobre a institucionalização e manutenção da pena privativa de liberdade (Foucault). Mas, afinal, qual seria mesmo a finalidade da pena?

AFTER ALL, WHAT IS THE PUNISHMENT?

ABSTRACT: The text aims to chronicle the tragedy of authority.

Therefore, the text takes as its starting point the problem of the right of punishing authority. After all, the act of punishing is a major challenge to the maintenance of all authority.

KEYWORDS: Sanction. Authority. Legitimacy.

Notas

[1] DIVERSOS AUTORES. *Bíblia Sagrada* (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 35ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1979, p.1156.

[2] Citação do filme de, *O Mundo Fantástico de Oz*. Ele foi criado como uma sequência não oficial do O Mago de Oz. Foi feito pela Walt Disney Pictures e não aprovado pela MGM, a companhia que fez o filme clássico de 1939 (a MGM tinha os direitos sobre o filme do Mago, mas a Disney possuía direitos sobre os últimos livros de Oz). O filme foi dirigido por Walter Murch.

[3] GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*: primeira parte da tragédia. Tradução: Jenny Klabin Segall. Rio de Janeiro: Editora 34, 2004.

[4] COMMELIN, P. *Mitologia Grega e Romana*. Tradução: Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 200.

[5] "*Erro do livre-arbítrio*. – Hoje não temos mais compaixão pelo conceito de 'livre-arbítrio': sabemos bem demais o que é – o mais famigerado artifício de teólogos que há, com o objetivo de fazer a humanidade 'responsável' no sentido deles, isto é, de *torná-la deles dependente*... Apenas ofereço, aqui, a psicologia de todo 'tornar responsável'. – Onde quer que responsabilidades sejam buscadas, costuma ser o instinto de *querer julgar e punir* que aí busca. O vir-a-ser é despojado de sua inocência, quando se faz remontar esse ou aquele modo de ser à vontade, a intenções, a atos de responsabilidade: a doutrina da vontade foi essencialmente inventada com o objetivo da punição, isto é, de *querer achar culpado*. Toda a velha psicologia, a psicologia da vontade, tem seu pressuposto no fato de que seus autores, os sacerdotes à frente das velhas comunidades, *quiseram criar para si o direito de impor castigos* – ou criar para Deus esse direito...", cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Crepúsculo dos ídolos – Como se filosofa com o martelo. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 45-46.

[6] DIVERSOS AUTORES. *Bíblia Sagrada* (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 35ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1979, p. 1068.

[7] ALIGHIERI, DANTE. *Divina comédia*. Tradução: João Trentino Ziller. São Paulo:Atelier Editorial, 2011.

[8] DIVERSOS AUTORES. *Bíblia Sagrada* (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares. 35ª edição. São Paulo: Edições Paulinas, 1979, p. 1234.

[9] NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Da retórica*. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Vega, 1995, p. 91-96.

[10] Apenas a título de exemplo, convém lembrar o problema da tradução. Como bem assinala Jacques Derrida: "a tradução é um compromisso sempre possível, mas sempre imperfeito entre duas línguas". Cf. DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. O fundamento místico da autoridade. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.7.

[11] DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, tempo e memória*. Tradução: Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 191-196.

[12] LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa:

Editora Vega, p.39-45.

[13] "*Causa e efeito*. Costumamos empregar a palavra 'explicação', quando a palavra correta seria 'descrição', para designar aquilo que nos distingue dos estágios anteriores de conhecimento e de ciência. Sabemos descrever melhor do que nossos predecessores; explicamos tão pouco como eles. Descobrimos sucessões múltiplas onde o homem e o sábio, ingênuos das civilizações precedentes, viam apenas duas coisas, 'causa' e 'efeito', como se dizia; aperfeiçoamos a imagem do devir, mas não fomos além dessa imagem. Em cada caso, a série de 'causas' se apresenta mais completa; deduzimos que é preciso que esta ou aquela coisa tenha sido precedida para que se lhe suceda outra; mas isso não nos leva a compreender nada. (...) Só operamos com coisas que não existem: linhas, superfícies, corpos, átomos, tempos divisíveis; como havia de existir sequer possibilidade de explicar quando começamos por fazer de qualquer coisa uma imagem, a nossa imagem! (...) Causa e efeito: trata-se de uma dualidade que certamente nunca existirá; assistimos, na verdade, a uma *continuidade* de que isolamos algumas partes; do mesmo modo que nunca percebemos mais do que pontos isolados em um movimento, isto é, não o vemos, mas o inferimos. A rapidez com que se fazem notar certos efeitos induz-nos em erro, mas essa rapidez só existe para nós. Nesse segundo de rapidez há uma multidão de fenômenos que nos escapam. Uma inteligência que visse a causa e efeito como uma continuidade, e não como um esfacelamento arbitrário, a inteligência que visse a vaga dos acontecimentos negaria a ideia de causa e de efeito e de qualquer condicionalidade", cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 105.

[14] "*A mentira*. - Por que, na vida cotidiana, os homens normalmente dizem a verdade? - Não porque um deus tenha proibido a mentira, certamente. Mas, em primeiro lugar, porque é mais cômodo; pois a mentira exige invenção, dissimulação e memória. (Eis por que, segundo Swift, quem conta uma mentira raramente nota o fardo que assume; pois para sustentar uma mentira ele tem que inventar outras vinte). Depois, porque é vantajoso, em circunstâncias simples, falar diretamente 'quero isto, fiz isto' e coisas assim; ou seja, porque a via da imposição e da autoridade é mais segura que a da astúcia...", cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano, demasiado humano*. Tradução: Paulo César de Souza. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhias das Letras, 2005, p. 54.

[15] "*Ciência dos venenos*. São necessárias muitas coisas reunidas, muitas coisas para que se possa formar o pensamento filosófico! E todas estas forças necessárias têm de ser treinadas, cultivadas e inventadas separadamente! Mas, consideradas isoladamente, produziam um efeito completamente diferente daquele que produzem agora, que se limitam e se disciplinam reciprocamente no pensamento científico: agiram como venenos.", cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 106.

[16] SOBOTA, Katharina. "Não mencione a norma!". *Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito*, n. 7. Tradutor: João Maurício Adeodato. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996, p. 129.

[17] NIETZSCHE, ob. cit, p. 111.

[18] "Em algum remoto recanto do universo, que se deságua fulgurantemente em inumeráveis sistemas solares, havia uma vez um astro, no qual animais astuciosos inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais audacioso e hipócrita da 'história universal': mas, no fim das contas, foi apenas um minuto. Após alguns respiros da natureza, o astro congelou-se, e os astuciosos animais tiveram que morrer", cf. NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira*. Tradução: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Editora Hedra, p. 25.

[19] DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. O fundamento místico da autoridade. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 25.

[20] Ib., idem., p. 26.

[21] Ib., idem., p. 27.

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 08 E A DESREGULAMENTAÇÃO DA RADIODIFUSÃO BRASILEIRA

Denise Alves dos Santos*

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar como os serviços de radiodifusão encontram-se desregulamentados sob o atual ordenamento jurídico brasileiro, em especial após a edição da Emenda Constitucional nº 08, que distinguiu os serviços públicos de telecomunicação e de radiodifusão sem operar tratamento isonômico quando da sua execução indireta e formas de fiscalização, carecendo urgentemente de atenção por parte do Poder Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Radiodifusão. Emenda Constitucional. Televisão.

1 INTRODUÇÃO

A televisão é um dos mais importantes meios de comunicação utilizados pelos brasileiros, de acordo com o IBGE sua presença chega a alcançar quase 100% dos lares no país, contudo, tal relevância social não tem sido acompanhada pela importância legislativa conferida ao tema.

Ainda regulada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações editado em 1962, a radiodifusão é tema de competência exclusiva da União que pode explorá-la diretamente ou por meio de autorização, concessão ou permissão sem que tenha sido, até hoje, editadas normas eficazes para impedir a entrega discricionária por parte do Poder Executivo de tais serviços públicos.

O que vemos é um serviço de extrema relevância social sendo explorado por longos anos por empresas que isentas de prestar contas a um órgão regulador-fiscalizador, visam apenas o lucro sem qualquer preocupação com o conteúdo transmitido a milhões de brasileiros que têm na televisão sua principal forma de entretenimento.

* Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Jornalista. Bacharel em Direito. Especialista em Educação a Distância.

2 BREVE HISTÓRICO DA COMUNICAÇÃO HUMANA E SUAS TECNOLOGIAS

A história da comunicação humana é a história do próprio homem. Até hoje, porém, estudiosos não sabem como os homens começaram a se comunicar, se através de gritos ou grunhidos, gestos ou pela combinação desses elementos. Segundo Bordenave (2002), o certo é que em algum momento da história eles conseguiram criar uma série de signos que associados deram início à linguagem humana.

Desenvolvendo-se em paralelo à história de como o homem começou a se comunicar, encontra-se o desenvolvimento da tecnologia que serviria como suporte para essa comunicação. Bordenave (2002) cita como primórdios de tais suportes, o sinal de fumaça, o tantã, o gongo e o berrante, formas utilizadas pelos homens para vencer distâncias e alcançar lugares além do âmbito familiar e grupal.

Porém foi com a invenção da escrita que a comunicação humana pôde ultrapassar barreiras territoriais. Pois em paralelo ao seu desenvolvimento estava também o aperfeiçoamento dos meios de suporte, primeiro em pedras, depois em couro, a invenção do papel pelos chineses junto com as prensas móveis constituiu um verdadeiro marco no desenvolvimento da comunicação. Mas foi mesmo a prensa aperfeiçoada por Guthemberg durante os anos de 1438-1440 que proporcionou o caráter mundial, dando início à era da comunicação de massa.

> Veja-se como exemplo, o papel que a imprensa desempenhou nas colônias inglesas da América, divulgando e defendendo as ideias visionárias que deram forma à Revolução Americana ou, mais tarde ainda, o papel que desempenhou nos aparelhos de agitação e propaganda para a disseminação das ideias de todos os movimentos ideológicos revolucionários que, a partir do século XIX, se propuseram transformar o mundo (SÁ, 2002, p. 207).

Posteriormente, e dando continuidade ao aperfeiçoamento dos meios de comunicação de massa, surge a possibilidade de transmissão de voz por meio de eletromagnetismo, cuja primeira transmissão registrada foi feita

por um padre brasileiro, Roberto Landell de Moura, em julho de 1900, entre a avenida Paulista e o bairro de Sant'ana, na cidade de São Paulo.

A invenção do rádio foi, portanto, outro marco na história da comunicação humana e em especial da comunicação de massa, uma vez que ela permitiu vencer um obstáculo até hoje presente, o analfabetismo. O rádio tornou-se assim o meio de comunicação de massa mais aceito em todo o mundo até as posteriores invenções: o cinema e a televisão.

A possibilidade de combinar a transmissão de sons e imagens em um mesmo veículo veio superar todas as expectativas no campo da comunicação até então vivenciadas. O cinema antecede a televisão na visualização de imagens em movimento, mas o desenvolvimento de um equipamento de uso particular está em formação desde o ano de 1817, pelo sueco Tons Jacob Berzelius. Em 1923, o russo Vladimir Zworykin inventa o tubo de imagens e a televisão está quase pronta.

Segundo Gontijo (2004, p. 404), os primeiros passos para a televisão comercial se deu na cidade de Nova York através de imagens produzidas pelo Estúdio da RCA (*Radio Corporation of America*). Porém, em 1930 as transmissões tiveram que ser interrompidas devido ao desencadeamento da Segunda Guerra Mundial, fato que forçou a paralisação das pesquisas para fins de aperfeiçoamento dos aparelhos, as quais só retornariam após o conflito em 1945. Em 1950 já existiam nos EUA e na Europa diversos modelos de receptores, estava então concretizado o invento que unindo som e imagem revolucionaria toda a forma até então conhecida de se comunicar.

O Brasil foi o quinto país do mundo a possuir uma emissora de televisão, a PRF3-TV, depois conhecida como Rede Tupi de São Paulo, inaugurada em 18 de setembro de 1950, pelas mãos de Assis Chateaubriand, dono da rede dos Diários e Emissoras Associados.

3 A TV NO BRASIL

É importante observar que a chegada da televisão no Brasil coincide com um período de forte tentativa de integração nacional e afirmação de uma identidade pautada na perspectiva da formação da cultura nacional. Na prática, desde o início, a televisão brasileira nasceu privada e com claras intenções comerciais, baseada no modelo norte-americano.

Cronologicamente, a TV Tupi inaugurada em 18 de setembro de

1950, foi a primeira emissora de televisão no Brasil, sob o controle de Assis Chateaubriand, dono dos maiores jornais impressos em circulação na época. Em 22 de novembro desse mesmo ano são autorizadas as primeiras concessões para TV Record e TV Tupi (São Paulo), TV Jornal do Comércio (Recife).

> Em 1951, já existem, aproximadamente, 7 mil aparelhos de televisão entre São Paulo e Rio de Janeiro. Em 1952, e por vários anos seguidos, os telejornais e alguns programas possuem o nome do patrocinador, como: "Telenotícias Panair", "Repórter Esso", "Telejornal Bendix", "Reportagem Ducal", "Telejornal Pirelli", "Gincana Kibon", "Sabatina Maizena", "Teatrinho Trol". O valor para a compra de um televisor é três vezes maior que a mais sofisticada radiola do mercado e um pouco mais barato que um carro. Por isso, existem apenas 11 mil televisores (TUDO SOBRE TV, 20 abr. 2012).

Em 1954, o número de aparelhos de televisão no Brasil chega a 34 mil. E esse número só cresceu com o passar dos anos permitindo que, em 1956, pela primeira vez, as três emissoras de TV de São Paulo arrecadassem mais do que as treze emissoras de rádio existentes. Calcula-se que, naquele ano, a TV tenha atingido cerca de um milhão e meio de telespectadores em todo o Brasil e cerca de 141 mil aparelhos de televisão.

O rápido crescimento da massiva presença da TV nos lares brasileiros indicava que esse fenômeno só iria aumentar, a ponto de, em 1958, o país contar com aproximadamente 344 mil aparelhos de televisão, o dobro de dois anos anteriores, de acordo com informações do Site – *Tudo Sobre TV*. Cabe lembrar que, naquela época, não havia cobertura nacional das torres de transmissão de imagens, sendo a maior parte das transmissões restritas às regiões Sul e Sudeste do Brasil.

A partir de 1960 são criadas novas emissoras de TV, dentre elas a TV Excelsior, TV Paranaense, TV Cultura de São Paulo e a TV Itapoan, a primeira emissora de televisão baiana, mas também pertencente aos Diários Associados de Assis Chateaubriand.

Em 1962, Roberto Marinho ganha as concessões dos canais de TV no

Rio de Janeiro e em Brasília e assina contrato com o grupo americano *Time Life* para aquisição de aparelhos sofisticados de transmissão e treinamento especializado para seus profissionais visando a criação da TV Globo. Este acordo era proibido pela então vigente Constituição Federal do Brasil e fez toda a diferença no futuro da TV brasileira, pois provocou um diferencial enorme de qualidade, especialmente técnico, em relação às outras emissoras.

Entretanto, mesmo com a criação de mais emissoras, o conteúdo por elas oferecido aos telespectadores é formado tradicionalmente pela mesma fórmula: telejornais, telenovelas, desenhos, filmes e, mais tarde, por programas esportivos. Grande parte do avanço percebido no que se refere à TV diz respeito ao desenvolvimento tecnológico do próprio aparelho. Em 1963, chegou ao Brasil os primeiros aparelhos com imagem colorida – devido grandes investimentos em equipamentos de produção e formação profissional para atuação no meio televisivo.

A TV é encarada como um veículo de grande potencial explorado exaustivamente por anunciantes em busca de novas vitrines para os seus produtos. Os programas em si se tornam secundários, meros intervalos que justificavam a inserção das propagandas.

A TV Globo, desde o início, foi administrada por profissionais preparados longamente nos Estados Unidos. Um exemplo disso foi o principal diretor - Walter Clark, o qual introduziu o pacote publicitário em que o anunciante só podia colocar o seu produto no horário nobre se comprasse também em outros horários. Isso demonstrava o 'padrão Globo de qualidade', deixando claro desde o início a visão comercial da emissora.

Em 1969, a *Time Life* retira-se da Rede Globo e esta finalmente se nacionaliza e se prepara para operar em rede nacional. O Departamento de Pesquisa é criado por Boni, e busca analisar comportamentos, tendências e demandas dos espectadores, baseado em amostragem das grandes cidades brasileiras.

A televisão, desse modo, pode antecipar as demandas em massa do público. Começa um processo de investigação sobre o público de cada programa, suas especificidades e necessidades, bem como a corrida pela conquista dos que não assistiam àquela programação.

Em 1977 a televisão concentra 55,8% das verbas

> de publicidade, sendo que a TV Globo absorve 85% dos investimentos, a TV Tupi com 11% e o restante com as outras quatro emissoras. No Brasil, 50% dos domicílios não possuem televisão e, dos que possuem, 80% localiza-se nas regiões Sul e Sudeste. Uma pesquisa realizada em 1978, em nível nacional, pela ABEPEC, sobre a televisão brasileira constata que as telenovelas já ocupam 12% do total da programação, enquanto os filmes ocupam 22% do tempo total. É constatado também que, durante a primeira semana de março, 48% de toda a programação transmitida pela TV brasileira é importada.
>
> Em 1985 em reportagem publicada na revista *Status*, cita sobre os 20 anos da Rede Globo: quarta maior rede de televisão comercial do mundo (só superada pelas norte-americanas BBS, ABC e NBC); primeira em volume de produção (80%); cobre 98% do território nacional (cinco estações e 51 afiliadas); 12 mil funcionários (1.500 vinculados à produção de 2h40min diárias de ficção); detém 70% de audiência (82% no pique das oito); detém quase a metade das verbas do mercado publicitário brasileiro, avaliado em US$ 550 milhões; e exporta programação para 128 países (TUDO SOBRE TV, 20 abr. 2012).

Apesar de ter apresentado alguns momentos de queda de audiência desde a sua fundação, a TV Globo se destacou sobre todas as demais emissoras e conquistou com sua grade de programação, baseada principalmente em novelas e telejornais, a audiência não apenas do público brasileiro, mas também o estrangeiro, em virtude da exportação de suas produções.

O sucesso da televisão no Brasil é tão grande que, em 1996, o Brasil era o sexto produtor de aparelhos de TV, produzindo cerca de 7,5 milhões e é o terceiro maior consumidor, perdendo apenas para os EUA e Japão.

3.1 A PRESENÇA DA TV NOS LARES BRASILEIROS

Em 2013, conforme Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios

- PNAD realizada pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística[1], dos 62,9 milhões, de lares brasileiros, atualmente, 96,88% da população possuem em suas residências televisores.

Dessa forma, um meio de comunicação com tal presença nos lares, exige regulamentação para melhor aproveitamento em favor do povo brasileiros a ele exposto.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A EMENDA Nº 08

Quando da elaboração da Constituição Federal do Brasil em 1988, esta estabelecia em seu texto original no Art. 21 ser competência da União:

> XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Pode-se perceber que o mesmo artigo trata dos "os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações". Todos de competência da União e por ela explorados direta ou indiretamente.

Ocorre que no ano de 1995 a Emenda Constitucional nº 08 alterou drasticamente a redação do artigo 21, XI, ficando assim estabelecido:

> Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Com a Emenda Constitucional nº 08, o inciso XI se refere apenas aos serviços de telecomunicação fazendo uma clara distinção entre esses serviços e os de radiodifusão, até então tratados como um mesmo grupo. Os serviços de telecomunicação passam a ser entendidos como serviços de telefonia e os de radiodifusão passam a compor o inciso XII do mesmo artigo.

Isso porque até a Constituição de 1988, telefonia e radiodifusão estavam sob a mesma incidência legal, o Código Brasileiro de Telecomunicações, criado em 1692 e eram ambos considerados serviços de telecomunicações.

Com a mudança ocorrida através da Emenda Constitucional n.º 08/95, houve alteração no texto constitucional para diferenciar os dois serviços e consequentemente seu modo de regulamentação. Enquanto que a telecomunicação seria explorada 'nos termos da lei', a radiodifusão continua sendo explorada direta ou indiretamente pela União sem qualquer referência ao controle legislativo.

A emenda alterou também a participação do capital nas empresas de telecomunicação, antes '*sob controle acionário estatal*' passou a permitir a exploração privada do setor. No ano seguinte, o Executivo decidiu abrir à competição o serviço de telefonia móvel e em 1997 o governo enviou ao Congresso uma ampla proposta de legislação para o setor, a Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472 de 1997, para substituir parcialmente o Código Brasileiro de Telecomunicações.

A nova lei autorizou o governo a privatizar o Sistema Telebrás e garantiu a criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, com a finalidade de implementar a política de telecomunicações visando a ampliação e universalização dos serviços.

O novo ordenamento legal substituiu o modelo monopolista estatal, pondo fim ao papel concedente da União. Terminava assim a era da atuação direta do Estado na operação dos serviços de telecomunicações. O Estado agora deixava de exercer o papel de provedor dos serviços de telecomunicações e passava a regulamentar o setor.

Essas mudanças culminaram na privatização da Embratel em 1998, adquirida pela empresa norte-americana MCI World Com, após completar 33 anos de atividades.

> Privatizar a Embratel foi parte de um processo mais amplo que envolveu a quebra do monopólio estatal no setor de telecomunicações, a venda das empresas que operavam no setor (as Teles. Estaduais, a Embratel e a Telebrás) e que foi conduzido pelo Ministro das Comunicações Sérgio Motta (FILHO, 2002, p. 09).

Enquanto as telecomunicações, leia-se telefonia, ficaram regidas pela

Lei 9.472 de 1997 conhecida como a Lei Geral de Telecomunicações, que revogou parcialmente o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações e criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL - órgão de fiscalização das telecomunicações, a radiodifusão não estaria submetida ao controle da Agência, exceto quanto a aspectos técnicos, como dispõe o Art. 211 da Lei 9.472/97:

> Art. 221 - A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.
> Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações.

Dessa forma, a radiodifusão permanece sob a regência do Código Brasileiro de Telecomunicações, vale lembrar, editado em 1962. Informação confirmada inclusive no próprio site do Ministério das Comunicações que, tratando sobre a radiodifusão, se reporta ao Código Brasileiro de Telecomunicações:

> De acordo com o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), a radiodifusão é um serviço "destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo a radiodifusão sonora – popularmente conhecida como 'rádio' – e a televisão (Ministério das Comunicações, 2012).

E quando trata de telecomunicação, se reporta à Lei Geral das Telecomunicações: "De acordo com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), serviços de telecomunicações são um conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação." (Ministério das Comunicações, 2012).

Outra diferença operada com a Emenda nº 08, foi que, apesar dos serviços de radiodifusão serem previstos constitucionalmente como em

regime de concessão, permissão ou autorização por parte da União, eles nem ao menos estão submetidos à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, pois dispõe no art. 41. *"O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens"*.

A Constituição não definiu no art. 175 o que viria a ser serviço público, estabelecendo somente contornos gerais para sua identificação:

> *(i)* a competência para a sua prestação é do poder público; *(ii)* essa prestação pode ocorrer diretamente pelo Estado ou sob regime de concessão ou permissão; e *(iii)* nos casos em que a exploração não se dá diretamente pelo Estado, a escolha da prestadora deverá se dar sempre por meio de licitação (Wimmer, 2009, p. 3).

O serviço de radiodifusão pode ser considerado um serviço essencialmente público e como tal tratado. De acordo com o art. 223, da Constituição Federal: "*Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal*", com a posterior apreciação pelo Congresso Nacional, de acordo com o parágrafo primeiro do mesmo artigo.

> Na realidade, o Congresso pouco interfere no processo de escolha e análise dos candidatos a ofertar o serviço público de radiodifusão, apesar de o art. 49, XII da CF dizer que compete exclusivamente ao Congresso Nacional "apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão" (JUNIOR, 2009, p.40).

Salientamos que, enquanto a concessão/permissão é de responsabilidade exclusiva do Presidente apreciada pelo Congresso, a sua cassação antes do prazo, depende de autorização judicial e de todo trâmite jurídico até o efetivo trânsito em julgado da decisão. Existindo uma facilitação no

processo de conceder e um procedimento muito mais complexo para que se opere a retirada do serviço.

Apesar de não estar prevista na Lei nº 8.987/95, em 1996 foi editado o Decreto 2.108 de 1996[2], que estabeleceu a exigência de licitação aos interessados a executar o serviço de radiodifusão de sons e imagens, cuja abertura é de responsabilidade do Ministério das Comunicações, minimizando o poder de outorga discricionária concedido ao Presidente da República, com o intuito de oferecer tratamento isonômico aos participantes.

Contudo, mesmo com as regras estabelecidas, tem prevalecido o oligopólio das emissoras de televisão, devido ao critério de desempate com maior peso para o melhor preço oferecido.

> Segundo dados do próprio Ministério, das 9.719 propostas técnicas apresentadas em procedimentos licitatórios desde 1997, 8.812 (90,67%) alcançaram nota máxima em todos os quesitos de avaliação e 310 (3,19%) receberam nota entre 99 e 99,999. Na maior parte dos procedimentos licitatórios, todos os concorrentes empataram na avaliação técnica, e foi a proposta de preço que definiu o vencedor (LOPES, 2011).

Prometendo oferecer o melhor conteúdo à população com o menor custo para o Estado, as emissoras de televisão descobriram que com a falta de fiscalização do setor não há necessidade de cumprir a proposta.

Apesar de prever o não monopólio em seu Artigo 220, §5º - *Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio*, pesquisas demonstram que não existe o devido cuidado quando da análise nos critérios de seleção para os pretensos cessionários.

> De acordo com pesquisa feita pelo Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação (Epcom, 2002), as seis principais redes de televisão privadas reuniam 140 grupos afiliados, detentores, por sua vez, de 667 meios de comunicação, divididos entre 294 emissoras geradoras de TV em VHF, 15 em UHF, 122 emissoras de rádio OM, 184 FM, dois

> OT e 50 jornais e revistas. De acordo com uma atualização parcial dessa pesquisa, feita em 2005 pelo Fórum Nacional pela Democratização das Comunicações (FNDC), as seis principais redes comerciais de televisão teriam 263 emissoras afiliadas de um total de 332 existentes no país (nessa mídia) (Pieranti, 2008. p. 313).

Perpetuam-se os conglomerados midiáticos presentes no país desde a época dos Diários Associados de Assis Chateaubriand. Isso demonstra a contínua concentração dos meios de comunicação nas mãos de poucas empresas de comunicação as quais, em sua maioria, são pertencentes a grupos políticos.

Em sua dissertação de mestrado publicada em 2009, intitulada: "Sistema Central de Mídia: proposta de um modelo sobre os conglomerados de comunicação no Brasil", James Görgen, verificou que, dos 1.310 principais veículos de comunicação no Brasil, 383 pertenciam às Organizações Globo, enquanto que a segunda emissora com mais veículos de comunicação, o SBT, possui metade desse número. Destacando a Globo como o principal conglomerado do Sistema Central de Mídia do Brasil.

> São 40 grupos afiliados que juntos detêm 111 emissoras de TV, 168 rádios comerciais, uma rádio comunitária, 37 jornais, 27 revistas, 9 operadoras de TV a cabo, 10 de MMDS, 1 de DTH, 2 canais TVA e 17 programadoras de TV por assinatura. Em termos percentuais, o grupo carioca, controlado pela família Marinho, distribui conteúdo para 26% das geradoras de televisão, 4% das rádios e 3,6% dos jornais do país. Além disso, controla a maior rede de televisão do Brasil e três de rádio, entre elas a maior de rádio AM e a maior de rádio FM, e um sistema de retransmissão de televisão com 3.305 estações, ou 33% da base instalada. […] No âmbito político, o conglomerado carioca é o que mais mantém relações de associação. São 26 políticos – entre prefeitos, deputados, senadores e ex-governadores - em 13 Estados. São afiliados da Globo os grupos de mídia das famílias Sarney (MA), Magalhães (BA), Inocêncio de Oliveira (PE),

> Alves (RN), Albano Franco (SE), Maiorana (PA), Collor de Mello (AL), Lindenberg (ES) e Agripino Maia (RN). (GÖRGEN,2009, p. 100-102).

A Emenda Constitucional nº 08 da Constituição de 1988 acabou assim, por desregulamentar as transmissões de rádio e TV, que sob a égide parcial do Código Brasileiro de Telecomunicações e não submetida à nova Lei das Telecomunicações, nem a qualquer tipo de fiscalização oficial, tem seu mecanismo de funcionamento regido pelos interesses privados de seus proprietários e nenhum controle sobre o conteúdo veiculado.

5 CONCLUSÃO

Como podemos perceber, a televisão nunca possuiu uma legislação própria, estando ainda hoje submetida ao Código Brasileiro de Telecomunicações que não acompanhou as mudanças operadas nos últimos anos, nem se adequa à importância social conferida à TV pelos brasileiros.

Não parece haver interesse político nem econômico em criar uma legislação que exija o cumprimento de preceitos constitucionais e que submeta os conglomerados televisivos ao controle e fiscalização de Agências reguladoras como o ocorrido com a telefonia.

É de extrema importância o posicionamento da sociedade civil em exigir que a radiodifusão, em especial a televisão, seja alvo de projetos legislativos que visem proteger os telespectadores de conteúdos transmitidos exclusivamente com o objetivo da obtenção de lucros, sem qualquer preocupação social com a população brasileira.

CONSTITUTIONAL AMENDMENT NO. 08 AND DEREGULATION OF BRAZILIAN BROADCASTING

ABSTRACT: This study aims to demonstrate how broadcasters are deregulated under current Brazilian law, especially after the enactment of Constitutional Amendment 08, which distinguished the public telecommunications services and broadcasting without operating isonomic treatment when its execution indirect methods of supervision and lacking urgently addressed by the legislature.

KEYWORDS: Broadcasting. Constitutional amendment. Television.

Notas

[1] http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf

[2] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2108.htm

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil***.** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 5 de out. 1962. Alterada pela Lei 10.610 de 20 de dez. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117Compilada.htm>. Acesso em 24 jan. 2012.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 20 out. 2014.

_____. Decreto nº 2.108, de 24 de dezembro de 1996. Altera dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, e modificado por disposições posteriores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2108.htm> Acesso em 20 out. 2014.

_____. Lei Nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm >. Acesso em 20 out. 2014.

BORDENAVE, Juan E. Díaz. *O que é comunicação*. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. 106 p.

FILHO, José Eduardo Pereira. *A Embratel: da era da intervenção ao tempo da competição*. Revista de sociologia e política Nº 18: 33-47 JUN. 2002.

GONTIJO, Silvana. *O livro de ouro da comunicação.* São Paulo: Ediouro, 2004. 463 p.
GÖRGEN, James. *Sistema Central de Mídia: proposta de um modelo sobre os conglomerados de comunicação no Brasil.* Porto Alegre, 2009. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação – Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação). Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/EPPGG/producaoAcademica/Dissertacao_JAMESGORGEN.pdf>. Acesso em 30 jul. 2012.
JUNIOR, Antônio Jorge Pereira. *Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil*: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva. São Paulo, 2006. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em <http://serv01.informacao.andi.org.br/-79c2f01_115d80a527a_-7ffe.pdf>. Acesso em 22 de jan. 2012.
LOPES, Cristiano Aguiar. Outorgas de radiodifusão: Critérios técnicos não servem para nada. *Observatório da Imprensa.* 08/02/2011 na edição nº 628. Disponível em <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/imprimir/18555> Acesso em 20. Out. de 2014.
Pesquisa Nacional por amostras de Domicílios (PNAD). Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Rio de Janeiro. 2013. Disponível em < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf > Acesso em 20 out. 2014.
PIERANTI, Octávio Penna; MARTINS, Paulo Emílio Matos. *Políticas públicas para as comunicações no Brasil*: adequação tecnológica e liberdade de expressão. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro. Mar/Abr 2008. p. 303-325.
SÁ, Fernando. *Deu no jornal*: o jornalismo impresso na era da Internet. Rio de Janeiro: PUC, 2002.
TUDO SOBRE TV. Home Page. Disponível em <http://www.tudosobretv.com.br/> Acesso em 20 abr. 2012

ESTUDOS CRIMINOLÓGICOS *VERSUS* CRIANÇA E ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: UMA ALTERNATIVA AO SISTEMA RETRIBUTIVO TRADICIONAL

Nayara Sthéfany Gonzaga Silva*

RESUMO: Este estudo pretende analisar o sistema de apuração de ato infracional, sua eficácia e efetividade na sociedade, bem como através dos fundamentos das correntes criminológicas, reflete sobre possível meios alternativos de resolução da subversão, envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei. Pensar em modelos diversos ao dos sistemas retributivo tradicional, fundamentado sob a égide dos pensamentos teóricos, possibilita a aplicabilidade fática dos princípios que embasam o direito penal juvenil e o Estado de bem-estar social. Refletir, sobre o modo da aplicação e a eficácia do sistema retributivo hodierno, permite raciocinar a respeito de políticas públicas que apontem soluções ao sistema de direito penal juvenil de tal modo que: mediação, conciliação e arbitragem serão cernes da questão em escólio.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia. Direito Penal-juvenil. Justiça Restaurativa. Políticas Públicas.

1 INTRODUÇÃO

É por um viés pautado na Criminologia, que o presente artigo debruça sua pesquisa. Invariavelmente, o estudo do atual modelo estatal retribucionista punitivo, permite a visualização de caminhos diferenciados e fornece respostas eficazes à problemática dos conflitos criminais existentes na sociedade. Refletir, sobre o procedimento de apuração de ato infracional, na perspectiva abolicionista, e obter como resultados: alternativas a resolução de conflitos de natureza penal juvenil é o objetivo do presente artigo.

* Advogada, pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Tiradentes, graduada em Direito desde 2011.

2 O DIREITO PENAL JUVENIL

2.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL, APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL JUVENIL

Sob a ótica garantista e do Direito Penal mínimo, com a função de orientar o legislagdor ordinário bem como o operador do Direito Penal juvenil para a adoção de um sistema de controle voltado para os direitos humanos, os princípios penais explícitos ou implícitos (culpabilidade, proporcionalidade, proibição da dupla punição, bem como o da boa-fé *pro homine)* os quais serão estudados, foram assegurados constitucionalmente como garantias máximas de respeito aos direitos fundamentais.

Dessa forma, em se tratando de adolescente em conflito com a lei, pela relevância jurídica que congloba a temática da inimputabilidade seria relevante tecer esclarecimento, sobretudo acerca do princípio da isonomia e da culpabilidade. Ambos são princípios constitucionais de relevante importância e conceituação, por serem diretrizes no ordenamento jurídico no sentido de traçarem a limitação ao *jus puniendi*. Fundada na incontestável importância ao ordenamento jurídico dos princípios é sabido que sua relevância consiste essencialmente em critério de integração e proteção, tendo em vista que tem o condão de dar coerência geral ao sistema. No que concerne a relação entre os princípios constitucionais e os princípios no Direito, assim afirma Espíndola:

> O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a ideia de princípio no Direito, posto que o princípio constitucional, além de princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica. (Espíndola, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada/2 ed. Ver, atual e ampliada.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p 50).

Dessa forma, como princípio constitucional expresso, o princípio da igualdade formal é assegurado na primeira parte do artigo citado

anteriormente, o da isonomia, tratamento igual para os iguais e desiguais para os desiguais na medida de suas desigualdades, assegura tratamento diferenciado aos que fazem jus a essa diferença, no sentido de concretizar mecanismos viáveis de fornecimento de condições iguais para nivelar as desigualdades. A respeito dessa vertente do princípio da igualdade, Alexandre de Morais afirma que:

> A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrada compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama. (Alexandre de Morais**.** *Direito constitucional*- 24. ed.- São Paulo: Atlas, 2009. p 37).

Como parâmetro assegurador da efetivação do princípio da isonomia, a Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu artigo 227 caput: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, o direito à vida, à saúde, à alimentação,à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitárias, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Por óbvio, em se tratando de adolescente em conflito com a lei, não estaria desamparada da proteção constitucional a tratamento compatível com as suas necessidades de desenvolvimento, humano, natural e sadio de qualquer indivíduo em fase de crescimento.

Nessa ótica defende-se a ideia de que indivíduos que compreendem essa faixa etária deverão responder as medidas impostas por sentença desde que seja oferecido meio e condições favoráveis ao seu desenvolvimento saudável e que lhe sejam garantidas as medidas atinentes do contraditório e ampla defesa, tão protegidas constitucionalmente. Atinente a temática de restrição à liberdade com relação a adolescentes que cometem ato infracional o artigo 227 §3.º em seus incisos IV e V, irão garantir a igualdade na relação processual e de defesa técnica por profissional habilitado, como também o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Atinente ao reconhecimento de direitos e garantias das

crianças e adolescentes, assim assevera Karyna Batista Sposato:

> A opção principiológica do legislador constituinte e estatutário, responde à dinâmica e ao contexto político de elaboração das duas normas. Pode-se dizer que ambas promovem quase uma "revolução" jurídica, pois passam a reconhecer direitos e garantias às parcelas da população anteriormente excluídas por completo das prioridades e finalidades do Estado" (SPOSATO, karyna Batista, *O direito penal juvenil*, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 58).

2.2 DO DIREITO PENAL JUVENIL PROPRIAMENTE DITO

Ao se estudar a responsabilização de adolescente em conflito com a lei, faz-se necessário levar em consideração o que preceitua a Constituição Federal de 1988, o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse aspecto, ao texto da Carta Magna em seu artigo 228[1] assevera a diferenciação baseada em aspectos biológicos ou etários quanto à responsabilidade do agente que praticou o delito.

Em face da análise da inimputabilidade no ordenamento jurídico pátrio, seria relevante trazer à baila a temática da Teoria do Crime, dos elementos da culpabilidade normativa e mais especificamente da imputabilidade no universo do Direito Penal Brasileiro, para viabilizar o embasamento doutrinário e legal do conceito de crime a fim de elucidar o tema em foco. Sendo assim, Rogério Greco em seu livro *Curso de Direito Penal Parte Geral*, afirma que:

> O crime é certamente um todo unitário, e indivisível. Ou o agente comete o delito fato (típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado indiferente penal. [...] Adotamos, portanto, de acordo com essa visão analítica, o conceito de crime como o fato típico,ilícito e culpável. (GRECO, Rogério, *Curso de Direito penal* - parte geral (arts. 1º a 120), 10. ed. revista e atualizada. Niterói RJ: Impetus, 2008. p. 143).

Dado o exposto, é sabido que, não só a culpabilidade, mas também o fato típico e a antijuridicidade são pressupostos para aplicação da pena, ou seja, no sistema normativo brasileiro adota-se a teoria tripartida do conceito analítico, o que inclui a culpabilidade como um de seus elementos característicos. Dessa forma, para esclarecimento do tema, há de ser feita uma análise a respeito da culpabilidade.

Segundo a teoria do Código Penal Brasileiro, são elementos da culpabilidade: imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. No que concerne à imputabilidade, assim assevera Bitencourt:

> Imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora, convém destacar, não se confunda com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações. [...]. A razão disso assenta-se no fato de que o núcleo da culpabilidade já não se centraliza na vontade defeituosa, mas nas condições de atribuibilidade do injusto, e ditas às condições aproximação da ideia do "poder de atuar de outro modo", conceito sobre o qual Welzel situou a essência da imputabilidade. Assim, sem a imputabilidade entende-se que o sujeito, carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, com o que não é capaz de culpabilidade, sendo portanto, inculpável. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume I: parte geral/-14. ed.rev. atual. E ampl.- São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374).

Dessa forma, inimputabilidade não significa irresponsabilidade pessoal ou social, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê sanções: Medidas Socioeducativas e Medida de Proteção. Quer dizer que o fato de o adolescente não responder por seus atos delituosos na esfera penal, não o faz irresponsável. Sendo que a sanção imposta mesmo dotada de finalidade pedagógica não deixa de exercer a força coercitiva, de natureza retributiva como resposta a transgressão do adolescente. A respeito dessa questão assim assevera João Batista Costa Saraiva:

> O Estatuto Prevê e sanciona medidas Socieducativas e Medidas de Proteção eficazes reconhece a possibilidade de privação provisória de liberdade ao infrator, inclusive ao não sentenciado em caráter cautelar - em parâmetros semelhantes ao Código de Processo Penal destina aos imputáveis na prisão preventiva - e oferece uma gama larga de alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividade externas (SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil*: adolescente e ato infracional. 4. Ed.rev.atual. Incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p. 49).

Constitui-se como causa que excluem a imputabilidade: a embriaguez incompleta proveniente de caso fortuito ou força maior, a doença mental, o desenvolvimento mental retardado e o desenvolvimento mental incompleto (aqui se enquadram os indivíduos menores de 18 anos), esta última causa diz respeito à imaturidade emocional, ou seja, o agente por motivo de recente idade ainda não atingiu o potencial pleno desenvolvimento de suas relações sociais em razão da não evolução de sua idade. Em decorrência disso, ausência de culpabilidade, as crianças e os adolescentes estão sujeitos a medidas socioeducativas com previsibilidade no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069 de 1990. Este por sua vez estabelece que haja diferenciação entre criança e adolescente, conforme art. 2º do ECA[2]: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único: Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Como reflexão indispensável, no que tange a ausência de culpabilidade, assim afirma Mirabete:

> Há vários sistemas ou critérios nas legislações para determinar quais os que, por serem inimputáveis, estão isentos de pena pela ausência de culpabilidade [...]. O terceiro critério é o denominado sistema biopsicológico, (ou biopsicológico normativo ou misto), adotado pela lei brasileira no art. 26, que

> combina os dois anteriores. Por ele, deve verificar-se, em primeiro lugar se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Em caso positivos, averigua-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato; será inimputável se não tiver essa capacidade. Tendo capacidade de entendimento, apura-se se o agente era capaz de determinar-se de acordo com essa consciência. Inexistente a capacidade de determinação, o agente é também inimputável (MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP/Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini.-25. Ed. Ver. e atual. Até 11 de março de 2009. - São Paulo; Atlas, 2009. p. 196).

Quanto a responsabilidade penal juvenil dos adolescentes, assim aduz Karyna Sposato[3]: "As crianças (pessoas até 12 anos de idade), serão inseridas em medidas de proteção, os adolescentes (pessoas entre 12 e 18 anos de idade) responderão mediante a imposição de medidas socioeducativas".

Igualmente, o ECA prevê que em se tratando de criança que venha cometer conduta tipificada como ato infracional estará sujeita ao cumprimento das medidas protetivas ao passo que ao adolescente aplicar-se-á a devida medida socioeducativa. A respeito da imputabilidade e da responsabilidade juvenil no tocante a adolescentes em conflito com a lei, oportuno seria o posicionamento de Karyna Batista Sposato:

> A imputabilidade, quando fundada no critério etário ou biológico, como é o caso dos adolescentes menores de 18 anos, promove a movimentação do sistema socioeducativo e a imposição das medidas socioeducativas previstas em lei. Por isso diz-se que se trata de uma responsabilidade especial dos adolescentes, em que se verifica, a despeito da imputabilidade, a reprovabilidade e a culpabilidade do adolescente a quem a mediada é imposta (SPOSATO, Karyna Batista, *Direito penal juvenil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p 79).

Por certo, como fontes basilares do Direito, os princípios fornecem sustentação axiológica as garantias e direitos invioláveis. No Direito Penal juvenil não é diferente, todos os princípios aqui estudados, são garantidores de direitos, muitos deles já assegurados na Carta Magna vigente. Dessa forma, em face de todos eles e principalmente o da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, analisados à luz do conjunto das garantias constitucionais e processuais, é que se instaura a análise do procedimento recursal quanto à aplicabilidade das medias socioeducativas.

3 DAS CORRENTES CRIMINOLÓGICAS

3.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS ESCOLAS SOCIOLÓGICAS

Racionar a responsabilização ante ao cometimento de ato infracional, não se faz diferente o pensamento de que essa responsabilidade é penal. Não há discussão nem dúvida de que a aplicação de uma medida socioeducativa equivale à aplicação de uma sanção penal. Trata-se da resposta sancionatória ao ato praticado pelo adolescente, e assim como as penas criminais, tais medidas são coercitivas, obrigatórias e restritivas de direitos individuais. Pensando assim, tem-se possíveis respostas, teorizadas por meio do pensamento criminológico. Bases essas que encontram respaldo e justificativas influenciadas nas teorias sociológicas do crime: Escola de Chicago, Teoria da Associação Diferencial, Teoria da Anomia, Teoria da Subcultura Delinquente, *lebelling appoach* bem como a Teoria Crítica. De maneira sucinta e elucidativa, SHECAIRA tece um comentário com lucidez e clareza solar que fundamenta o pensamento trazido à baila:

> Podemos agrupar duas visões principais da macrossociologia que influenciaram o pensamento criminológico. À primeira visão, de corte funcionalista, mas também denominada de teorias da integração, daremos o nome mais amplo de teorias do consenso. A segunda visão, argumentativa, pode-se intitular, genericamente, de teorias do conflito. A Escola de Chicago, a Teoria

> da Associação Diferencial, a Teoria da Anomia e a Teoria da Subcultura Delinquente podem ser consideradas teorias do consenso. Já as Teorias do *Labelling* (interacionista) e Crítica partem de visões conflitivas da realidade (SHECAIRA, Sergio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 134).

Como possível solução ao modelo retributivista atual, coerente é a análise do viés abolicionista como resposta ao sistema punitivista vigente. Razão pela qual a necessidade de estudo específico.

3.2 ABOLICIONISMO PENAL VERSUS O MODELO RETRIBUTIVO TRADICIONAL

O tradicional modelo retributivista imposto pelo Estado, não proporciona a eficácia da pacificação do conflito, cometimento de ato infracional, e por muitas vezes eclode-se na sociedade uma manifestação nefasta da onda de criminalização e estigmatização dos adolescentes em conflito com a lei. Fato este, viabilizado pelo tradicional método de apuração do ato infracional, ao ponto do empoderamento plenamente estatal, inviabilizar a mediação do conflito social com a consequente falha no processo de ressocialização do adolescente em conflito com a lei, bem como não proporcionando a reparação do dano causado à sociedade. Sobre essa problemática assim afirma SHECAIRA:

> "O sistema penal se opõe à estrutura geral da sociedade civil. A criação da estrutura burocrática na sociedade moderna, com a profissionalização do sistema persecutório, gerou um mecanismo em que as sanções são impostas por uma autoridade estranha e vertical no estilo militar. As normas são conhecidas somente pelos operadores do sistema; nem autores nem vítimas conhecem as regras que orientam o processo. Este mecanismo se opõe à estrutura mais informal da sociedade civil, que muitas vezes facilita encontros cara a cara, os quais podem agilizar a solução dos conflitos entre as partes envolvidas" (SHECAIRA, Sergio Salomão.

> Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 351 e 352).

Razoável é então, pensar em um modelo pautado em base criminológica que foge a linha do atual modelo retributivista penal. Posto que, invariavelmente o que se visualiza é a ineficácia da pacificação social, e ante a encarcerização como resposta ao cometimento do ato infracional, a não reparação do dano à efetiva vítima. Sabe-se que, doutrinariamente a corrente abolicionista, tem em tese, três matrizes ideológicas: o anarquista, a marxista e a liberal/cristã. A respeito do tema, assim assevera SHECAIRA:

> Dentro da visão anarquista, a principal preocupação está na perda da liberdade e autonomia do indivíduo por obra do Estado.O sistema penal é visto como uma das instituições que colonizam o mundo vital do homem, impedindo sua felicidade.[...]. A visão marxista do abolicionismo não diverge muito do pensamento marxista em geral, que de resto serviu de base ideológica para inúmeros outros teóricos críticos. Entende-se o sistema penal como instrumento repressor e como modo de ocultar os conflitos sociais.[...]Base da matriz liberal e cristã é o exame do conceito de solidariedade orgânica. Em oposição ao sistema anômico, construído pelas sociedades repressivas, seria criado um sistema eunômico, em que os homens se ocupariam de seus próprios conflitos (SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 346 e 347).

Raciona-se que o atual método retributivo do Procedimento de apuração de ato infracional vigente, gera de fato, um modelo de intensa dor e sofrimento exarcebado tanto para o apenado, sua família, e muitas vezes a própria vítima, posto que, em quase todos os casos a vítima efetiva não obtém reparação alguma de seus danos. Seguindo essa linha de raciocínio assim entende MATHIENSEN:

> A vítima não interessa ao sistema penal. Ela ocupa

> um lugar secundário ou nenhum lugar. Há um sofisma de que ela é parte interessada na sentença condenatória, o que faz com que não seja admissível sua participação no processo. Para processo penal é mais importante buscar um culpável para que a razão de Estado se imponha a vítima resulta sendo vítima também do sistema punitivo. Ademais, não raro, é a vítima que tratará uma luz para a solução da pendência existente com o réu. No mais das vezes vítimas de um processo não diferenciam uma questão civil da penal: muitas vezes não têm qualquer interesse em perseguir quem quer que seja: tais vítimas, normalmente, querem obter uma reparação e reencontrar sua tranquilidade, assim como encontrar na justiça alguém que se escute com paciência e simpatia (MATHIENSEN, Thomas. *A caminho do séc. XXI - Abolição, um sonho impossível? Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo IBCCrim, 1996, p. 263).

Hodiernamente predomina-se na sociedade o mito da impunidade gerado pelo discurso do medo entronizados nos indivíduos, para que se fundamente a tese do Estado-garantidor de bem-estar social, promover o combate do fenômeno criminal através de recrudescimento das penas. Esse fato causa um efeito nefasto no modelo retributivista do Processo Penal atual, bem como do modelo retributivo do procedimento de apuração de ato infracional. Isso porque, não equaliza o fenômeno criminal com respostas satisfatórias e benéficas à sociedade, seja porque a vítima não teve seu dano reparado e/ou pela falência das instituições de cárceres no país.

> O sistema penal continua sendo uma máquina para produzir dor inutilmente. A execução da pena produz meio de coação, de sofrimento, de dor física e moral para o condenado e sua família. Estéril, pois não o transforma; ao contrário é irracional, porque destrói e aniquila o condenado. O controle do crime se converteu numa em uma operação limpa e higiênica. A dor e o sofrimento desapareceram dos livros de

> direito penal, que trata do assunto como se fora tudo muito natural e asséptico. A experiência dos envolvidos não é trazida à tona. A dor foi esquecida (CHRISTIE, Nils. *Los limites del dolor*. México: FCE, 1984. p. 21).

Não obstante, há que se pensar que a sistemática adota, modelo tradicional Processual Penal; retributivo, merece real reflexão quanto aos seus efeitos do mundo fático. Isso se deve à ineficácia de sua aplicabilidade seja pela não promoção de reparação dos danos causados a vítimas, pela intensidade da dor e degradação causado pelo cárcere aos condenados e suas famílias, tanto pela não pacificação do conflito social gerado pelo fenômeno criminal. Quanto ao tradicional modelo processual punitivista, encontrado no atual procedimento de legalista de apuração de ato infracional, têm-se uma estrita legalidade ineficaz permeada de ações punitivistas e desarrazoadas. A respeito da mitigação do princípio da legalidade assim afirma Scarance:

> "O direito do nosso país, em geral, se aferra ao chamado "princípio da legalidade", que pretende que sejam perseguidos todas as ações puníveis, segundo uma regra geral de obrigações. Em que pese o princípio, na prática operam diversos critérios de seleção que permitem essa seleção de casos de forma razoável e em consonância com convenientes decisões políticas. Isso significa modificar em parte, o sistema de exercício das ações de Código Penal, tolerando exceções à legalidade, com critérios de oportunidade, legislativamente orientados" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2012. p. 200. 7º edição, revista atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. De acordo com a nova Lei de lavagem de Dinheiro Lei 12.683/2012).

Pelo exposto, necessário se faz pensar em métodos alternativos ao atual sistema do direito penal juvenil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar em soluções que viabilizem a aplicabilidade efetiva do sistema de resolução de conflito em ato infracional, é um freio de extrema urgência e necessidade, ante a relevante importância social e acadêmica do problema em questão. Ademais, a adoção da aplicação das garantias penais-criminalistas, asseguradas pela Constituição da República Federativa do Brasil, é um grande avanço. No entanto, a sociedade atual, e a condição diferenciada dos conflitos envolvendo menores infratores requerem mais avanços. Raciocinando assim, com base na pesquisa realizada pensa-se ser necessário a implementação de medidas alternativas ao sistema Penal Juvenil hodierno. Isto posto, não seria utopia o estudo da justiça restaurativa no âmbito do cometimento de tais delitos. Refletir sobre métodos alternativos ao sistema retributivo tradicional é transcender ao punitivismo vigente e efetivamente solucionar a problemática que envolve sociedade e menor de idade em conflito com a lei. Oportunamente, é necessário aprofundar mais estudos sobre a complexa discussão.

___

CRIMINAL STUDIES VERSUS CHILDREN AND ADOLESCENTS IN CONFLICT WITH THE LAW: AN ALTERNATIVE TO THE TRADITIONAL RETRIBUTIVE SYSTEM

ABSTRACT: This study aims to analyze the system of verification of offensive Act, their efficiency and effectiveness in society, as well as, through the fundamentals of criminológicas chains, reflects on possible alternative means of resolving the Subversion, involving children and adolescents in conflict with the law. Think of various models to traditional retributive systems, founded under the aegis of the theoretical thoughts, penal abolitionism, enables the applicability of factual application of principles which supports the juvenile criminal law and the welfare State. Reflect on the mode of implementation and effectiveness of retributive system today, lets think about public policies that target solutions to the system of juvenile criminal law in such a way that: mediation, conciliation and arbitration are centrepieces of the matter in Scholia.

KEYWORDS: Criminology. Criminal law. Restorative justice. Public policy.

Notas

[1] Artigo 228 da Constituição Federal de 1988: São Penalmente Inimputáveis os maiores de 18 (dezoito) anos sujeitos às normas de legislações especiais". Seguindo esse mesmo raciocínio o art. 27 do Código Penal brasileiro menciona que: " Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

[2] Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único: Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. BRASIL. Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente*. Organização; CÉSPEDES Lívia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo e WINDT Márcia Cristina Vaz dos Santos. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

[3] SPOSATO, Karyna Batista. Direito penal juvenil. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*. 2006. p. 80

REFERÊNCIAS

---------- Código processo penal (1941) Organização; CÉSPEDES Lívia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo e WINDT Márcia Cristina Vaz dos Santos. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

----------, Karyna Batista, *O direito penal juvenil*, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

----------, Karyna Batista, *Porque dizer não à redução da idade penal.* Presidência da República Secretaria Especial de Direitos Humanos. 2009.

----------. Código penal de processo civil. (1973) Organização; CÉSPEDES Lívia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo e WINDT Márcia Cristina Vaz dos Santos. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Organização; CÉSPEDES Lívia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo e WINDT Márcia Cristina Vaz dos Santos. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

_____.Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. *ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.* Organização; CÉSPEDES Lívia; PINTO,

Antonio Luiz de Toledo e WINDT Márcia Cristina Vaz dos Santos. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.
_____. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal.Trad.: CHOUKR, Fauzi Hassan; GOMES, Luiz Flávio; TAVARES, Juarez; SICA, Ana Paula Zomer, 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais : 2010
_____. *O direito penal juvenil*, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.
_____. Porque dizer não à redução da idade penal. Presidência da República Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2009.
BARATA, Francesc. *Los mass media y el pensamiento criminológico*, en Bergalli, Roberto (Coord.) *Sistema Penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.*Trad: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* - Parte geral: primeiro volume. 10. ed. São Paulo: Impetus.
BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. Saraiva. São Paulo. 2009
BRASIL. *Código penal*. (1940) Organização; CÉSPEDES Lívia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo e WINDT Márcia Cristina Vaz dos Santos. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.
BRASIL. *Código penal*. (1940) Organização; CÉSPEDES Lívia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo e WINDT Márcia Cristina Vaz dos Santos. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.
BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
BRASIL. Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. *ECA _ Estatuto da Criança e do Adolescente*. Organização; CÉSPEDES Lívia; PINTO, Antonio Luiz de Toledo e WINDT Márcia Cristina Vaz dos Santos. 9 ed. São Paulo; Saraiva, 2010.
CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias.* 3. edição revista e atual. Rio de Janeiro Editora: Lumem Juris, 2008.
DA ROSA, Alexandre Morais. *Aplicando o ECA*: felicidade e perversão sem limites. (pg 15 a 29). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Revista dos Tribunais, janeiro-fevereiro de 2006-ano v. 14 n. 58.
DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. V.1, 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucional adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 7. edição, revista atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. De acordo com a nova Lei de lavagem de Dinheiro Lei 12683/2012)2012.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão.* Teoria do garantismo penal. Trad.: CHOUKR, Fauzi Hassan; GOMES, Luiz Flávio; TAVARES, Juarez; SICA, Ana Paula Zomer, 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais :São Paulo. 2002.
FERRANDIN, Mauro. *Ato Penal Juvenil*: Aplicabilidade dos Princípios e Garantias do Ato Penal. Curitiba: Juruá. 2009.
FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir.* Trad.: Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis : Vozes. 2004.
FRASSETO, Flávio Américo. *Ato infracional medida sócio-educativa e processo*: A nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Versão atualizada até julho de 2002. Disponível em: http://www.abmp.org.br/textos/2536.htm. Capturado no dia 10 de novembro de 2011.
GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral (arts. 1ª a 120 do CP). 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de direito penal*: parte geral e parte especial. 4. ed. São Paulo: Editora: Revista dos tribunais,2008.
OLIVEIRA, Maria Cristina Cardoso Moreira de. *O Estatuto da criança e do adolescente e o sistema recursal do processo para apuração de infração penal*: um processo garantista? Disponível em: http://www.abmp.org.br/textos/2515.htm. Capturado no dia 10 de novembro de 2011
PESTANA, Denis. Direito penal juvenil: utopia ou realidade? Ciências Penais, Revista Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Ed.: revista dos tribunais, janeiro- junho 2008.v.5 n 8, junho de 2008.
PIOVESAN Flavia, *Direitos Humanos e direito constitucional internacional.* 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2009.
SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil*: adolescente e ato infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
SPOSATO, karyna Batista *et al*, Juventude: da invisibilidade à redução da maioridade penal. In: Gustavo Venturi(org.). *Direitos Humanos*: percepções da opinião pública análise de pesquisa nacional.Brasília : Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República: 2008.
TELES, Ney Moura. *Direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1/ São Paulo: Atlas, 2004.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Direito penal brasileiro*: primeiro volume. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

AS POSSÍVEIS FORMAS DE TUTELA DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS DECORRENTES DA SOCIEDADE DO RISCO

Jéssika Chaves de Oliveira Aragão*

RESUMO: O presente trabalho científico insere-se na discussão da legitimidade da expansão do Direito Penal na tutela de bens jurídicos supraindividuais. A proposta é analisar os possíveis sistemas jurídicos com a finalidade de tutelar os novos bens jurídicos, os de caráter supraindividual e demonstrar as consequências que o perfil desse "novo criminoso" traz ao Direito Penal já que o Direito Penal Clássico passa a ser confrontado por essa nova modalidade. Para isso é indispensável definir sociedade do risco, bem como conceituar o bem jurídico suprainvidual decorrente da sociedade do risco. Da mesma forma serão explicadas as implicações que serão causadas com a expansão do Direito Penal, pois ocorre a espiritualização do Direito Penal e o aumento dos crimes de perigo abstrato. Por fim, serão demonstradas as formas de tutela dos bens jurídicos supraindividuais como o Direito Penal de duas velocidades, Direito Penal de Segurança ou da Prevenção e o Direito de Intervenção.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade do risco. Bem jurídico supraindividual. Direito penal de duas velocidades. Direito penal de segurança e Direito de intervenção.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a mostrar que as transformações vivenciadas pelo mundo nas últimas décadas, sejam elas tecnológicas, sociais e econômicas vêm influenciando o sistema penal, principalmente nos tempos atuais de uma sociedade de risco.

Essas transformações ensejaram o surgimento de uma nova

* Doutoranda em Direito Penal pela *Universidad de Buenos Aires (UBA)*; Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pelo *Instituto de Direito Penal Europeu e Económico (IDPEE),* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Minas Gerais; Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior Verbo Jurídico; Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT); Advogada; jessikachaves@outlook.com.

modalidade criminosa, a de caráter supraindividal, como a econômica, ambiental e consumerista. Desta forma, o Direito Penal passa a ser contestado frente a esse perfil do novo criminoso e do bem jurídico supraindividual.

Por isso, percebe-se uma questão que deve ser debatida, qual seja: com o surgimento de uma nova modalidade criminosa, a de caráter supraindividual, qual será o melhor sistema jurídico para enfrentar esses novos desafios?

Inicialmente, o estudo definirá sociedade do risco e o surgimento do bem jurídico suprainvidual.

Em prosseguimento, serão traçadas as implicações acerca da expansão do Direito Penal causada por essa nova modalidade.

Por fim, com arrimo nos conceitos e estudos traçados, serão demonstrados os possíveis sistemas jurídicos com a finalidade de tutelar esses novos bens jurídicos

A importância do tema se revela pela falta de legislação acerca deste assunto específico, servindo-se o presente artigo como fonte a aprofundar o estudo da matéria.

2. A SOCIEDADE DO RISCO E O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

2.1 ENTRE A SOCIEDADE INDUSTRIAL E A SOCIEDADE DO RISCO

O doutrinador Jesús-María Silva Sánchez afirma que desde a "difusão da obra de Ulrich Beck, *Risikogesellschaft*, é lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como "sociedade do risco" ou 'sociedade de riscos'".[1]

Em sua obra, Ulrich faz a divisão da modernidade em dois grandes momentos, são eles: a modernização simples, ocorrida durante o período industrial e a modernização reflexiva, segundo a autora Luciana Carneiro "vem dissolvendo os contornos da sociedade industrial e, na continuidade, fazendo surgir à *sociedade mundial do risco*".[2]

A modernidade simples teve o seu início no século XVIII e seu marco propulsor foi a Revolução Industrial. Neste período passou-se a ter a descoberta da tecnologia e com isso houve a crença de que o problema

da sociedade seria solucionado com o avanço tecnológico.

Acerca desse primeiro momento, o da modernidade simples, a autora Marta Machado menciona que "o extremo desenvolvimento das técnicas, assim como a dinâmica dos fenômenos econômicos, trouxe comodismo e *benesses* ao indivíduo, conforto e tecnologia nunca antes experimentados em tão larga escala pela humanidade."[3]

Conclui-se que a sociedade industrial foi caracterizada pela ignorância e pelo desconhecimento popular acerca da existência de riscos, tanto ambientais como econômicos, fazendo com que na fase pós-industrial viessem à tona todos os problemas.

Passado o entendimento da modernidade simples, adentra-se no estudo da modernidade reflexiva.

O avanço tecnológico em proporções inimagináveis na modernidade simples trouxe a figura do risco para a modernidade atual. É o que relata a autora Marta Machado:

> Trouxe, por outro lado, riscos e desafios assustadores à sociedade. É o que hodiernamente costumou-se denominar "sociedade do risco", caracterizada pelo avanço de aparatos tecnológicos em proporções inimagináveis em toda a história. Pode-se dizer, assim, que os riscos que hoje ameaçam a civilização foram produzidos por ela mesma no processo de desenvolvimento da primeira modernidade, num verdadeiro "efeito bumerangue"[4].

Renato de Melo Silveira esclarece acerca dos riscos causados pelo avanço tecnológico no período da modernidade simples:

> Esses riscos possuem suas causas e origens em decisões e comportamentos humanos produzidos durante a manipulação dos avanços tecnológicos, ligados à exploração e manejo de novas tecnologias (energia nuclear, engenharia genética e de alimentos, produtos químicos etc). Por serem efeitos secundários, acidentais do processo de produção, os riscos da pós-modernidade são indesejados, imprevistos, sistemáticos e irreversíveis, permanecendo invisíveis por muito tempo.[5]

Na segunda metade do século XX, a figura do risco para a sociedade acaba entrando em vogue, em razão da questão nuclear, da biotecnologia, informática, da questão ambiental, da questão consumerista e da ordem econômica.

De acordo com a autora Alice Quintela Oliveira, o fenômeno da globalização marca o período pós-industrial, designado por Ulrich Beck de "sociedade de risco".[6]

Para a autora Marta Machado, a modernização reflexiva significa a evolução da modernidade simples, irreflexiva e autodestrutiva, em direção à racionalidade que possibilite a compatibilização dos riscos às garantias individuais e coletivas.[7]

Cabe salientar que se deve ter em mente que o conceito de modernização reflexiva não implica no conceito de reflexão, muito pelo contrário, implica autoconfrontação das bases da modernização com as suas próprias consequências, segundo a autora Luciana Cordeiro:

> O conceito de modernização reflexiva não implica, como poderia sugerir, reflexão, mas antes a ideia de autoconfrontação das bases da modernização com as suas próprias consequências. No entanto, longe de significar uma opção que se pudesse escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas, tal confronto/transição ocorreu de forma autônoma, indesejada e despercebida, seguindo o padrão dos efeitos colaterais que, de modo cumulativo e latente, ensejam os riscos e as ameaças aptos a questionar e, finalmente, destruir, na ótica do autor, as bases da sociedade industrial.

2.2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

Luis Flávio Gomes define a classificação de bens jurídicos de acordo com a titularidade, isto é, "os bens jurídicos, segundo o seu titular, são individuais ou supraindividuais, que se subdividem em bens públicos ou gerais ou institucionais e difusos"[8].

> Os bens públicos ou gerais e os difusos têm em comum seu caráter supraindividual, isto é, seu titular não é um indivíduo determinado, não

> obstante devem ser distinguidos: os primeiros relacionam-se com a sociedade em seu conjunto ou ao Estado; os segundos, por sua vez, pertencem a uma pluralidade de sujeitos mais ou menos determináveis ou determinados.[9]

O autor Luiz Regis Prado conceitua bens jurídicos supraindividuais como "aqueles bens não individualizáveis. Podem ser gozados por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo".[10]

O autor Rodrigo Sampaio afirma que a essência de tais bens jurídicos volta-se a esfera do coletivo, grupo ou conjunto de indivíduos, e identificam-se com valores essenciais, postando-se, em regra, em direitos da segunda e terceira geração.[11]

Portanto, a grande característica do bem jurídico supraindividual é que os sujeitos não podem ser identificados de forma limitativa.

Por fim, como exemplos de bens supraindividuais têm-se o meio ambiente, a proteção ao consumidor, à ordem econômica e financeira, o patrimônio genético, entre tantos outros já citados e outros que ainda irão surgir com a evolução tecnológica e científica.

3 AS IMPLICAÇÕES COM A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

3.1 ESPIRITUALIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO

O Direito Penal tem como escopo tutelar os bens mais relevantes ao ser humano. Com a tipificação do crime, o bem jurídico é individualmente caracterizado, definindo, isto, a materialização dos bens jurídicos.

Para que o direito penal possa incidir sobre essas novas modalidades criminosas acabaria ocorrendo à espiritualização do bem jurídico. Esta espiritualização se dá por não haver um bem jurídico individualmente caracterizado e violado com a conduta dos crimes da modernidade. Não existe um indivíduo identificado, pois protege de forma coletiva a sociedade.

Acerca da espiritualização do bem jurídico, a autora Marta Machado sintetiza:

> Na perspectiva da teoria do bem jurídico, as consequências desse referem-se a uma significativa

> mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos – o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do determinado processo de desmaterialização do bem jurídico.[12]

Alexandre Salim afirma que existem posicionamentos críticos em relação à expansão inadequada e ineficaz da tutela penal em razão desses novos bens jurídicos de caráter coletivo, pois, "argumenta-se que tais bens são formulados de modo vago e impreciso, ensejando a denominada desmaterialização do bem jurídico, em virtude de estarem sendo criados sem qualquer substrato material, distanciados da lesão perceptível dos interesses dos indivíduos".[13]

Neste diapasão, o referido autor afirma que: "o discurso crítico sustenta que não mais se protege bem jurídico, mas funções, consistentes em objetivos perseguidos pelo Estado".[14]

3.2 AUMENTO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

O autor Alexandre Salim afirma que a forma para proteger o bem jurídico coletivo, "ocorre com a criação dos crimes de perigo abstrato".[15]

Cleber Masson conceitua crime de perigo abstrato como sendo "aqueles que se consumam com a prática da conduta, automaticamente. Não se exige a comprovação da produção de situação de perigo".[16]

Esse aumento de perigo abstrato é bastante criticado em virtude de contrariarem os princípios conquistados pelo Direito Penal clássico, como os da lesividade e subsidiariedade.

Segundo o professor Alexandre Salim, o princípio da subsidiariedade expõe que "o Direito Penal deve atuar quando insuficientes as outras formas de controle social".[17]

E, em relação ao princípio da lesividade, o referido autor afirma que "apenas as condutas que causam lesão a bem jurídico, relevante e de terceiro, podem estar sujeitas ao Direito Penal. Somente haverá crime se

a conduta for apta a ofender determinado bem jurídico".[18]

4 POSSÍVEIS FORMAS DE TUTELA DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

Com estes novos bens jurídicos, foram colocadas ao enfrentamento do Direito Penal, novas modalidades criminosas e passou-se a questionar a capacidade do Direito penal de apresentar uma resposta adequada aos crimes advindos da modernidade reflexiva.

Portanto, passou-se a discutir qual seria o melhor sistema jurídico para enfrentar esses novos desafios, consistindo, no Direito Penal clássico, em um novo Direito Penal, no Direito Penal de velocidades, ou, ainda numa terceira via, como o Direito de intervenção.

Como se verá adiante pela abordagem de diversos autores, não há uma ideia difundida de qual sistema jurídico deverá tutelar esses novos bens jurídicos. Mas existem três posicionamentos que merecem ser analisados.

4.1 AS PROPOSTAS EXPANSIONISTAS

O autor Luciano Anderson de Souza menciona que as propostas expansionistas "defendem que somente com uma atuação firme, rígida, multifacetada do Direito Penal será possível à sociedade exercer o necessário controle sobre uma nova forma de criminalidade."[19]

Por seu turno, Fábio Guedes e Roberta Catarina esclarecem que as propostas expansionistas partem da premissa de que "o Direito Penal possui condições de garantir um melhor regramento da atividade social danosa, permitindo uma mais intensa observância de seus preceitos pelos atores sociais em razão, principalmente, de seu caráter estigmatizante."[20]

Portanto, para a teoria expansionista é possível que o Direito Penal tutele esses novos bens jurídicos, de caráter supraindividual.

Entre as propostas expansionistas, destacam-se: o Direito Penal de duas velocidades, adotada por Sánchez e o Direito Penal de segurança ou da prevenção, adotada por Kuhlen e Schunemann.

Por fim, Fábio Guedes de Paula Machado e Roberta Catarina Giacomo mencionam que: "existem diversas teorias expansionistas que se assemelham. Há, contudo, divergência quanto à forma que deverá ocorrer à intervenção penal".[21]

4.1.1 DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES

O ilustre doutrinador espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez propõe um dualismo do Direito Penal (primeira e segunda velocidades) para conter os problemas da expansão do Direito Penal moderno.

Jesús-Maria Silva Sanchez define essas duas velocidades do Direito penal, segundo ele:

> Uma primeira velocidade, representada pelo Direito penal "da prisão", na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção.[22]

Estas duas velocidades dizem respeito ao tempo que o Estado leva para punir alguém que praticou uma infração penal.

Se o Estado responder ao crime de forma mais lenta com possibilidade de prisão ao final, refere-se à primeira velocidade, pois se tem todo o procedimento ordinário mas se o Estado responder de forma mais rápida do que a primeira velocidade, relativizando as garantias, mas em compensação não realiza a prisão, tem-se a segunda velocidade.

Para Jesús-Maria Silva Sánchez, o Direito penal deve ser aplicado a estes novos crimes, mas de uma forma diferente do Direito Penal clássico, pois a ele é aplicado à primeira velocidade do Direito Penal.

Faz-se necessário, uma abordagem mais exaustiva em relação a estas duas velocidades.

Acerca do que consiste a primeira velocidade, o doutrinador Alexandre Salim, ressalta:

> Seria o conhecido Direito Penal clássico, caracterizado pela morosidade, pois assegura todos os critérios clássicos de imputação e os princípios penais e processuais penais tradicionais, mas permite a aplicação da pena de prisão. Essa

> forma de Direito Penal deve ser utilizada quando houver lesão ou perigo concreto de lesão a um bem individual e, eventualmente, a um bem supraindividual.[23]

Portanto, a primeira velocidade do Direito Penal consiste no Direito Penal clássico, pois, assegura as suas garantias processuais e permite a aplicação da pena de prisão fazendo com que o Estado responda de forma mais lenta.

Por outro lado, existe o Direito Penal de segunda velocidade que consiste no Direito Penal a ser aplicado nos novos crimes, todavia, não se aplica a pena privativa de liberdade.

O autor Alexandre Salim, afirma que o Direito Penal de segunda velocidade é "caracterizado pela possibilidade de flexibilização de garantias penais e processuais. No entanto, para esses delitos não se deve cominar a pena de prisão, mas sim as penas restritivas de direitos e pecuniárias".[24]

Já que nesta segunda velocidade haverá flexibilização das garantias penais e processuais penais não admite a aplicação da pena de prisão.

Nesse sentido, Jesús-Maria Silva Sanchez dispõe que "a admissão da razoabilidade dessa segunda, aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem pena de prisão".[25]

Conclui-se que, no Direito Penal da segunda velocidade, o Estado responde mais rápido que a primeira velocidade e em compensação não há pena de prisão.

4.1.2 DIREITO PENAL DE SEGURANÇA OU DA PREVENÇÃO

Teoria adotada por Kuhlen e Schunemann, com o fim de defender a evolução do Direito Penal. Defendem a ideia de aplicar o Direito Penal, só que um Direito Penal atualizado, um Direito Penal que evoluiu.

De acordo com o autor Fábio Guedes Machado, "Kuhlen entende que é possível uma verdadeira e não puramente simbólica solução de problemas referentes aos bens jurídicos coletivos através de normas de comportamento reforçadas com uma sanção".[26]

Para eles não existe necessidade nem de um novo ramo do Direito (Direito de intervenção) e nem desse Direito Penal de duas velocidades

porque descaracterizaria o Direito Penal. No entendimento destes autores não há nenhuma descaracterização do Direito Penal por ele evoluir.

Sobre a ideia do Direito Penal de Segurança, a autora Roberta Catarina afirma:

> Schünemann adere à proposta ao reconhecer as transformações na sociedade contemporânea por influência dos novos riscos oriundos do desenvolvimento tecnológico, e a necessidade de se manter como missão do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos, incluindo os bens jurídicos de conteúdo difuso.[27]

É o caso de se aplicar o Direito Penal, só que um Direito Penal atualizado. Defende-se, portanto, a evolução do Direito Penal e, com isso, ele não será descaracterizado.

Fábio Guedes Machado destaca que para Schünemann, "tal fato constitui um exemplo da necessária modernização do Direito Penal e sua consequente adaptação às mudanças das reações sociais reais".[28]

4.2 A POSIÇÃO CONTRÁRIA À EXPANSÃO, DA ESCOLA DE FRANKFURT

Segundo os autores Fábio Guedes e Roberta Catarina, as propostas da Escola de Frankfurt, defendidas por Hassemer, Pritwitz, Herzog, Naucke, Muñoz Conde, dentre outros, oferecem resistência às alterações de cunho legislativo e dogmático propostas pela tendência expansionista.

Eles defendem que a intervenção punitiva do Estado na direção de um Direito Penal tem que ser mínima. Devendo o Direito de Intervenção tutelar os bens jurídicos supraindividuais. Os referidos autores destacam o posicionamento da Escola de Frankfurt:

> Partem da premissa de que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo, o que implica sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde, a propriedade entre outros.[29]

4.2.1 DIREITO DE INTERVENÇÃO

Teoria adotada pelo alemão, Winfried Hassemer, que sustenta a necessidade da criação de um novo sistema para tutelar os novos bens jurídicos, chamado Direito de Intervenção.

A autora Alice Quintela transcreve uma das lições do penalista alemão proferidas em uma conferência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais na data 17/11/1993:

> Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. (...) Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção.[30]

Para ele, o Direito Penal não é o ramo adequado para tutelar os crimes da modernidade, por isso, deveria ser criado um novo ramo do Direito que ele denominou Direito de Intervenção.

Segundo o autor, Leonardo Sica, "deve-se ter em mente que o direito penal é apenas um dos meios de controle social, nem sempre necessário, nem sempre eficaz, mas, sem dúvida, sempre o mais grave".[31]

Nesse sentido, acerca do entendimento do alemão Hassemer, a autora Alice Quintela destaca:

> Desta rígida linha de argumentação decorre a forte posição do autor contrária à extensão da tutela penal aos bens jurídicos supraindividuais e aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco, para os quais cabe lançar mão de outro ramo jurídico, criado especialmente para tal desiderato,

chamado "direito de intervenção".[32]

Desta forma, o Direito Penal deve dedicar-se tão somente "à proteção subsidiária dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, mediante os instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicas de garantia".[33]

De acordo com Fábio Guedes Machado, "Hassemer entende que o Direito Penal não é adequado para resolver os problemas típicos da tutela dos bens supraindividuais".[34]

Além do mais, segundo Alice Quintela Oliveira, "o direito penal não pode deixar de exercer sua missão de tutela exclusiva de bens jurídicos concretos, para executar vagas e imprecisas funções promocionais ou simbólicas".[35]

A respeito da crítica feita por Hassemer ao Direito Penal clássico como forma de controle dos novos bens é sintetizada pelo mestre Alexandre Salim, Segundo ele:

> Hassemer critica o Direito Penal clássico como modo de controle da nova criminalidade em face de sua ineficácia, pois é voltado ao indivíduo e não aos atuais grupos, pessoas jurídicas e organizações sociais. Em relação ao Direito administrativo não possuem independência necessária para aplicação das penalidades.[36]

O Direito de Intervenção, segundo o autor Salim, "caracteriza-se pela aplicação de sanção de natureza não penal e pela flexibilização de garantias processuais, mas com julgamento afeto a uma autoridade judiciária e não a uma administrativa".[37]

Portanto, o Direito de Intervenção não aplicaria pena restritiva de liberdade. Tais penas teriam caráter administrativo.

A grande diferença entre o Direito Administrativo e o Direito de Intervenção é que no Direito de Intervenção teria um juiz de Direito, porque ele tem independência necessária para aplicar as sanções aos crimes da modernidade.

Neste diapasão, a autora Maria Machado, ainda acerca da diferença entre o Direito Administrativo e o Direito de Intervenção, destaca:

> O Direito de Intervenção seria uma alternativa no controle da criminalidade moderna. Situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, com um rebaixado nível de garantias individuais e novas formas procedimentais abreviadas, mas sem a cominação das pesadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade. Orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, posto que, frente à neocriminalidade, a espera da ocorrência do dano, pode ser tarde demais para a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude.[38]

Segundo o autor Luciano Anderson Souza, para Hassemer, o Direito de Intervenção compreenderia "naqueles instrumentos que podem responder melhor que o Direito Penal à demanda atual e futuras de solução e problemas".[39]

> Todavia, este Direito de Intervenção estaria situado entre o Direito Penal e o Direito Sancionatório Administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao Direito Penal, mas também com menor intensidade nas sanções que possam ser impostas aos indivíduos.[40]

Conclui-se, portanto, que a proposta de Hassemer, tem o escopo de afastar o Direito Penal da tarefa de gestão de riscos, reservando-se à repressão de ataques violentos e significativos a bens jurídicos fundamentais.

THE POSSIBLE WAYS OF PROTECTING THE LEGAL ASSETS SUPRAINDIVIDUAIS ARISING FROM THE RISK SOCIETY

ABSTRACT: This scientific work is part of the discussion of the legitimacy of the expansion of criminal law in the protection of supra-individual legal interests. The goal is to analyze the possible legal systems in order to protect the new legal goods, the supraindividual character and demonstrate the consequences that the profile of this "new criminal"

brings to the Criminal Law as the Criminal Law Classic is now confronted by this new modality. For this it is essential to define society's risk as well as conceptualize suprainvidual legal interests arising from the risk society. The implications that will be caused with the expansion of criminal law, as is the spiritualization of the Criminal Law and the increase in abstract danger of crimes in the same way will be explained. Finally, the forms of protection of supra-individual legal interests will be shown to the Criminal Law of two speeds, Security Criminal Law and Prevention and Intervention Law.

KEYWORDS: Risk society. Supraindividual legal right. Criminal law in two speeds. Criminal law security and intervention of law.

Notas

[1] SANCHEZ, Bernardo Feijoo – *Sobre a administrativização do direito penal na sociedade do risco* – notas sobre a política criminal no início do século XXI – artigo ibccrim – revista liberdades nº 7, 2011. p. 35.
[2] SILVA, Luciana Carneiro da. *Perspectivas Político-Criminais Sob o Paradigma da Sociedade Mundial do Risco.* Revista liberdades. Revista nº 5 – set./dez. de 2010. p. 87.
[3] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - São Paulo, 2005. p. 36.
[4] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal***:** uma avaliação de novas tendências político-criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - São Paulo, 2005. p. 36.
[5] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal do perigo*. São Paulo: RT, 2006. p. 39.
[6] Retirado do Trabalho: *A Expansão Penal e o Direito de Intervenção*. Autora: Alice Quintela Lopes Oliveira - Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e mestranda em Direito Público pela mesma Universidade. p. 5041.
[7] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - São Paulo, 2005. p. 29.
[8] GOMES, Luis Flavio; GARCIA, Antonio; MOLINA, Pablos De; BIANCHINI, Alice. *Direito penal introdução e princípios fundamentais*. edição: 2. ed. EDITORA: RT. São Paulo, 2009, p. 141.
[9] GOMES, Luis Flavio; GARCIA, Antonio; MOLINA, Pablos De; BIANCHINI, Alice. *Direito penal introdução e princípios fundamentais*. edição: 2. ed. EDITORA: RT. São Paulo, 2009, p. 141.
[10] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. edição: 2. ed. EDITORA: RT. São Paulo, 2009, p. 141
[11] SAMPAIO. Rodrigo Xenofonte Cartaxo. *A Proteção do Direito Penal sob o Bem Jurídico Supra-Individual*. Fortaleza- Ceará, 2009. p. 27
[12] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - São Paulo, 2005, p. 107.
[13] SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal Parte Geral*. Edição: 3. ed. -

Editora: Juspodivm. Bahia, 2013, p. 70.
[14] Idem.
[15] SALIM; AZEVEDO, op. cit., p. 71.
[16] MASSON, Cléber. *Direito Penal Parte Geral Esquematizado*. 4. ed. Edição. Editora Método. São Paulo, 2011. p. 193.
[17] SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal Parte Geral*. Edição: 3. ed. - Editora: juspodivm. Bahia, 2013, p. 54 e 55.
[18] SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal Parte Geral*. Edição: 3. ed. - Editora: juspodivm. Bahia, 2013, p. 54 e 55.
[19] SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito penal e globalização*. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 62.
[20] MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. Dogmáticas Jurídico-Penais para a Proteção do Bem Jurídico Ecológico na Sociedade do Risco. *Revista Novas Teses* – ibccrim liberdades – revista n° 2, 2009. p. 02.
[21] Ibidem, p. 01
[22] SANCHEZ, Bernardo Feijoo – *Sobre a administrativização do direito penal na sociedade do risco* – notas sobre a política criminal no início do século XXI – artigo IBCCRIM – Revista Liberdades n° 7, 2011. p. 193.
[23] SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal Parte Geral*. Edição: 3. ed. Editora: juspodivm. Bahia, 2013. p. 75.
[24] SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal Parte Geral*. Edição: 3. ed. Editora: juspodivm. Bahia, 2013. p. 76.
[25] SANCHEZ, op. cit., p. 192.
[26] MACHADO; GIACOMO, op. cit., p. 03.
[27] MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. *Dogmáticas Jurídico-Penais para a Proteção do Bem Jurídico Ecológico na Sociedade do Risco.* Revista Novas Teses – ibccrim liberdades – revista n° 2, 2009. p. 03.
[28] Idem.
[29] MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. *Dogmáticas Jurídico-Penais para a Proteção do Bem Jurídico Ecológico na Sociedade do Risco.* Revista Novas Teses – ibccrim liberdades – revista n° 2, 2009. p. 01.
[30] Idem.
[31] OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. *A Expansão Penal e o Direito De Intervenção.* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e mestranda em Direito Público pela mesma Universidade. p. 16.
[32] OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. *A Expansão Penal e o Direito De Intervenção.* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e mestranda em Direito Público pela mesma Universidade. p. 5049.
[33] MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. *Dogmáticas Jurídico–Penais para a Proteção do Bem Jurídico Ecológico na Sociedade do Risco.* Revista Novas Teses – ibccrim liberdades – revista n° 2, 2009. p. 01.
[34] MACHADO; GIACOMO, op. cit., 02.
[35] OLIVEIRA, op. cit., p. 5049.
[36] SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal Parte Geral*. Edição: 3. ed. Editora: juspodivm. Bahia, 2013. p. 75.
[37] SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal Parte Geral.* Edição: 3. ed. Editora: juspodivm. Bahia, 2013. p. 75.
[38] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - São Paulo, 2005. p. 197.
[39] SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito penal e globalização.* São Paulo:

QuartierLatin, 2007, p 133.
[40] SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito penal e globalização.* São Paulo: QuartierLatin, 2007, p 133.

REFERÊNCIAS

GOMES, Luis Flavio; GARCIA, Antonio; MOLINA, Pablos De; BIANCHINI, Alice. *Direito penal introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. Editora: RT. São Paulo, 2009.
GUIVANT, Julia S. *A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck*: entre o diagnóstico e a profecia*- Julia S. Guivant é professora da UFSC e pesquisadora visitante no CPDA/UFRRJ. Estudos Sociedade e Agricultura, 16 abr. 2001.
MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. *Dogmáticas Jurídico* –Penais para a Proteção do Bem Jurídico Ecológico na Sociedade do Risco. Revista Novas Teses – ibccrim liberdades – revista n° 2, 2009.
MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - São Paulo, 2005.
MASSON, Cléber. *Direito Penal Parte Geral Esquematizado*. 4. ed. Editora Método. São Paulo, 2011.
OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. *A Expansão Penal e o Direito De Intervenção.* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e mestranda em Direito Público pela mesma Universidade. s/d.
PEREIRA, Bruna Andrade. *Direito penal econômico e a sociedade de risco*: uma abordagem do direito criminal sob os novos paradigmas sociais. Tese de mestrado. s/d.
SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal Parte Geral*. Edição: 3. ed. Editora: juspodivm. Bahia, 2013.
SANCHEZ, Bernardo Feijoo – *Sobre a administrativização do direito penal na sociedade do risco* – notas sobre a política criminal no início do século XXI – artigo ibccrim – revista liberdades n° 7, 2011.
SILVA, Luciana Carneiro da. *Perspectivas Político-Criminais Sob o Paradigma da Sociedade Mundial do Risco.Revista liberdades. Revista nº 5 – set./dez. de 2010.*
SILVA SÁNCHEZ, Jesús-maria. *A Expansão do Direito Penal -*

Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. 3. ed. Editora RT, São Paulo, 2013.
SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização.* São Paulo: QuartierLatin, 2007.

A UNIÃO POLIAFETIVA E O PRINCÍPIO DA FELICIDADE

Luiz Fellipe Campos da Silva*

RESUMO: O trabalho em estudo tem o fito de propiciar ao público em geral, notadamente aos aplicadores e estudiosos do direito um apanhado do conceito de União Estável e o seu reconhecimento constitucional como entidade familiar, tendo como uma de suas espécies a União Poliafetiva. Objetiva ainda, aclarar a não caracterização da bigamia nesse tipo de relação, bem como, ressaltar a importância e a consequência do seu reconhecimento na esfera patrimonial dos conviventes, de modo a conferir isonomia e lhes garantir que o seu plano individual de felicidade seja respeitado e concretizado.

PALAVRAS-CHAVES: Entidade Familiar. União Poliafetiva. Princípios da Isonomia e da Felicidade.

1 INTRODUÇÃO

O indivíduo, desde a sua origem, é estimulado naturalmente a conviver cercado por normas, ainda que mínimas, contudo, em que pese sua necessidade de organização comunitária ou social, o ser humano é imbuído em seu âmago de instintos básicos, os quais o igualam aos demais seres vivos, se alimentar e se reproduzir.

Dentro desse parâmetro, a evolução foi inevitável e, *pari passu,* o ser humano passou a buscar o equilíbrio entre a suas necessidades mais primitivas e a necessidade de adequação social, sendo esta, em alguns momentos da história, mais importantes que aquelas.

Outrossim, em um olhar voltado para os modos de organização social que existiram, constata-se que por diversas ocasiões o indivíduo inserido em um determinado nicho social se via compelido a seguir determinadas regras de convivências, reprimindo os seus desejos e necessidades a fim de ser aceito no meio em que se encontrava.

* Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes em 2011; Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Tiradentes; Advogado; Mestrando em Ciências da Educação pela Unasur; Assessor do Tribunal de Justiça de Sergipe na 27ª Vara Cível de Família de Aracaju.

Destaca-se em especial a sociedade brasileira, a qual por muitos anos sofreu a influência hegemônica da Igreja Católica, que por possuir historicamente dogmas sólidos relacionados ao casamento, influenciou na formação do nosso ordenamento jurídico, inserindo os seus valores, os quais se consubstanciaram na heteronomia dos preceitos católicos sobreposto com o dos indivíduos.

Embora a sociedade brasileira já tenha evoluído na garantia das liberdades individuais dos seus, há ainda muita discussão quando o tema é formas de se relacionar, reduzindo as discussões a conceitos técnicos e permissões ou vedações legislativas, afastando do indivíduo o direito de traçar e viver o seu plano individual de felicidade, seja no casamento ou na União Estável em suas diversas espécies.

O trabalho em tela visa propiciar aos aplicadores do direito e, em especial, aqueles que pretendem fazer um estudo mais apurado sobre a União Poliafetiva, uma visão geral acerca da aplicabilidade dos Princípios basilares Felicidade e Isonomia, oriundos do pilar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vez que, é através de estudos principiológicos que se obtêm linhas mestras para o entendimento perfeito da legislação e da finalidade do instituto jurídico.

Utilizar-se-á, no trabalho em epígrafe, como base metodológica pesquisas bibliográfica e documental, a partir de estudo dedutivo.

Ao efetuar uma leitura sobre o artigo que ora apresento o leitor terá, não uma perfeita definição do que venha a ser cada Princípio, mas, a contextualização da importância da aplicabilidade dos Princípios no momento da caracterização e inserção da União Poliafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, corroborando assim, a importância da garantia dos direitos fundamentais e liberdades individuais.

2 UNIÃO ESTÁVEL

Esculpido no artigo 226 da Carta Magna o instituto da União Estável recebeu o status de entidade familiar, recebendo regulamentação legal no artigo 1.723 do Código Civil brasileiro, com a seguinte redação: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Na análise acurada de Rodrigo Cunha Pereira[1], "Definir união estável

começa e termina por entender o que é família. A partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico de reprodução para ser o espaço de afeto e amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela".

Em assim sendo, explica ainda o doutrinador que para se configurar a união estável: "os ingredientes são: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole e relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável".

Acrescenta ainda que: "os elementos intrínsecos e extrínsecos de cada caso concreto, são os que nos ajudarão a responder se ali está caracterizada, ou não, a união estável".

Por outro prisma, o professor Álvaro Vilaça Azevedo[2] assim a conceitua:

> Realmente, como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo em linguagem autêntica, que só falta aos companheiros 'o papel passado'. Essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros não só se visitam mas vivem juntos, participam da vida um do outro, sem termo marcado para se separarem.

Por outro giro, de forma didática, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[3] dividem os requisitos da união estável em: publicidade, continuidade e estabilidade como elementos caracterizadores essenciais e o tempo, a prole e a coabitação como elementos caracterizadores acidentais.

Em verdade, o reconhecimento, pela nova ordem constitucional, da união estável possibilitou que diversas pessoas que viviam às margens da sociedade, por não contraírem matrimônio nos parâmetros jurídico-religiosos preestabelecidos, pudessem se libertar do estigma de afastamento social.

Com efeito, esclarece Daniela Kristina Vieira[4] que:

> Quanto ao dispositivo constitucional, qualquer que seja a interpretação que se queira dar, traduziu tão-somente a boa intenção do legislador que quis imprimir dignidade às famílias constituídas à margem da lei. O atual texto constitucional trouxe uma grande evolução no direito de família, descaracterizando a união estável como sociedade de fato, para dar-lhe o status de entidade familiar.

Convém destacar que, após a inserção da União Estável na Constituição de 1988 como entidade familiar, o legislador ordinário ao tratar do assunto no Código Civil de 2002 trouxe à tona o termo concubinato, dessa vez para as relações não eventuais, entre homem e mulher, com impedimentos para o casamento.

2.1 O CONCUBINATO

Antes da inserção do conceito de união estável pela Lei Maior, quando se falava de relação amorosa formalizada fora do matrimônio, atribuía-se o nome de concubinato, nomenclatura que até os dias de hoje se confunde com a união estável.

No tocante ao Concubinato, Maria Helena Diniz[5] opta por classificar o instituto em dois, o Concubinato Puro, havido entre homem e mulher desimpedidos para o casamento e, o Concubinato Impuro, que se configura quando um ou ambos concubinos incorrem em algum impedimento previsto na Lei Civil[6].

Neste último, afirma a autora que "há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1.727)[7], visto não poder ser convertido em casamento".

Em suma, todos homens e mulheres que se relacionassem com o desígnio de família, porém, sem celebrar o casamento nos ditames legais, recebiam o "status" de concubino(a).

Ademais, ainda sobre a distinção entre concubinato e união estável esclarece o professor Irineu Antonio Pedrotti[8] que:

> A distinção basicamente reside no seguinte: concubina é a amante, mantida clandestinamente

> pelo homem casado, o qual continua frequentando a família formalmente constituída. Companheira, é a parceira com quem o homem casado entabula uma relação estável, depois de consolidadamente separado de fato da esposa. A definição é a mesma com os pólos sexuais invertidos.

Por certo, essa nomenclatura causava constrangimento às pessoas, notadamente às mulheres, pois, dentro de um contexto social, eram corriqueiramente associadas às expressões pejorativas, refletindo o retrato de uma sociedade altamente carregada de preconceitos, como cita a farta doutrina, pessoas devassas e "da vida".

Posicionando-se com firmeza, o professor Flávio Tartuce[9] sustenta que: "Em suma, em hipótese alguma o aplicador do direito poderá confundir as duas denominações, sob pena de conclusões totalmente equivocadas. Na verdade, aqueles que utilizam os termos concubinato e união estável como expressões sinônimas estão desatualizados desde a Constituição Federal de 1988".

Comunga desse mesmo pensar Maria Berenice Dias[10] afirmando que a: "expressão concubinato carrega consigo um estigma e um preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e pecaminosa, quase uma depreciação moral".

Este tratamento discriminatório é enraizado historicamente, pois, tem-se a notícia de que desde a Idade Média a igreja combatia fortemente esse tipo de relação concubinatária.

Nesse contexto, como ensina a professora Melissa Furlan[11], foi na Idade Contemporânea que os Tribunais passaram reconhecer esse tipo de União:

> *A partir de então, a jurisprudência francesa passou a tomar decisões que equiparavam o concubinato a uma sociedade de fato. A grande inovação da Idade Contemporânea reside no fato da proteção à concubina apoiar-se no reconhecimento de uma relação comercial entre o homem e a mulher ao lado de um relacionamento afetivo. Nessa época consagrou-se uma nova concepção jurídica para o instituto do concubinato, que passou a ser visto como uma sociedade resultante unicamente da vida em*

comum, não se exigindo prova contratual para tanto.

Conclui-se, portanto, que o que antes se intitulava como Concubinato Puro, agora passa a ser União Estável e, o que antes era Concubinato Impuro passa a ser simplesmente Concubinato.

Fincados nas premissas de que o concubinato não se confunde com união estável e, por conseguinte, não constitui entidade familiar, quanto aos seus efeitos patrimoniais, sem embargos, conclui considerável maioria doutrinária que, em se demonstrando substância fática da relação, possível sua dissolução através do Poder Judiciário, nos termos da Súmula 380[12] do STJ

> Súmula 380 do STJ: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Nesse caso dada a exclusiva natureza obrigacional da relação, a competência para julgamento de eventual dissolução da sociedade de fato deve ser apreciada pela Vara Cível Comum e não mais pela Vara de Família.

Como cediço, malgrado inegável avanço garantido aos optantes pela união fora do casamento, o legislador constituinte originário inseriu no sistema uma norma que já não refletia a realidade social, deixando à margem da Lei das leis outras formas de uniões familiares, as uniões homoafetivas e as uniões poligâmicas.

Por outro prisma, o direito tem por obrigação acompanhar as evoluções sociais, bem como, a contrário sensu, a sociedade deve se comportar dentro dos parâmetros adotados nas Leis. Outrossim, deveria ser papel do ordenamento jurídico estar em consonância com os costumes do povo.

Nesse ponto, o Poder Judiciário tem papel fundamental, funcionando como uma espécie de guardião das promessas constitucionais não cumpridas pelos demais poderes.

Como bem salienta Oscar Valente Cardoso[13]: "Apesar de tentar aparentar o contrário, o Congresso Nacional não cumpre o seu papel institucional (intencionalmente ou não) e transfere ao Judiciário a competência para decidir assuntos polêmicos".

É por meio dos precedentes jurisprudenciais que o Judiciário vem garantindo a aplicação de princípios primordiais ao Estado Democrático de Direito, como o da autonomia da vontade, do livre planejamento familiar e o da felicidade.

Em destaque, convém consignar o brilhante voto[14] do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Min. Carlos Ayres de Britto, que no julgamento conjunto da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277, reconheceu a União Homoafetiva como entidade familiar, a qual transcreve-se um trecho:

> VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que

> façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados. (…) Trecho do Voto do Ministro Ayres Britto, p. 27, 28, 04/05/2011).

Após tal reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, a união homoafetiva passou a integrar o rol de entidades familiares, dado o caráter *erga omnes* da decisão prolatada, ou seja, por se tratar de decisão proferida pelo Plenário da Corte máxima transveste-se o julgado de natureza vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Em assim sendo, todos os dispositivos legais e constitucionais inerentes à união estável devem ser interpretados de maneira extensiva a fim de possibilitar o seu enquadramento harmônico às uniões homoafetivas, em conformidade com o referido entendimento cristalizado pelo STF.

Quanto aos dispositivos de natureza processual, no que concerne à competência de juízo para julgar as demandas que envolvem a união estável homoafetiva, em recente julgado (STJ, Resp 964.489-RS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 12.03.2013), o STJ "bateu o martelo" atribuindo tal competência às Varas de Família, tomando como parâmetro a sobredita equiparação reconhecida pelo Supremo.

3 UNIÃO POLIAFETIVA

Parafraseando a destacada passagem de Oscar Valente Cardoso, a sociedade evolui de forma constante e, contudo, lamentavelmente, o Poder Legislativo não acompanha a contento os anseios da sociedade, cabendo ao Poder Judiciário pacificar os conflitos oriundos das próprias lacunas legislativas, e, em algumas vezes, fugindo das suas próprias funções típicas.

Atualmente, acaloradas discussões no Direito de Família giram em torno das uniões múltiplas, nas quais indivíduos resolvem conviver amorosamente em pluralidade, ou seja, nas uniões poliafetivas,

termo que se mostra mais adequado, rompe-se de vez os paradigmas preestabelecidos pelo princípio da monogamia.

Não se pode deixar de perfilhar que esse tipo de relacionamento é reconhecido oficialmente em algumas sociedades mundo afora e, a contrário sensu, em que pese proibido total ou parcialmente, aceito costumeiramente em outras sociedades, dentre elas a brasileira.

Importante consignar que a união poliafetiva em nada se compara às chamadas Uniões Livres, como bem aclara Cristiano Chaves[15]:

> É importante observar que essas uniões livres são desprovidas de efeitos de ordem familiar, não produzindo qualquer consequência no âmbito do Direito das Famílias. Para exemplificar, namorados não possuem vínculo de parentesco por afinidade com os parentes do outro, não podem exigir deveres matrimoniais etc.
> Não se pode olvidar, entretanto, que de uma união livre seja ela afetiva ou não, é possível decorrer a formação de uma sociedade de fato, quando as partes envolvidas adquirem, por esforço comum, patrimônio, impondo, assim, o dever de partilha dos bens adquiridos, a título oneroso.

A esse respeito, Rodrigo da Cunha Pereira[16] defende que:

> Aliás, enquanto houver desejo sobre a face da terra haverá quem queira e quem goste de estabelecer relações furtivas e paralelas. São relações que, muitas vezes, além de furtivas, constituem-se apenas em um contato amoroso sem que daí decorram direitos e deveres e consequências patrimoniais. Aliás, muitos desses relacionamentos, mesmo monogâmicos, duradouros e estáveis, não chegam a se constituir em uma família. São, muitas vezes, apenas um namoro.

Outrossim, tornou-se comum se deparar com casais que optam por aceitar o ingresso de um terceiro indivíduo na relação antes monogâmica, por simples necessidade de satisfação da lascívia, sem que esse terceiro

possua qualquer ligação afetiva com o casal, não se configurando, portanto, a poliafetividade.

Visto isso, conclui-se que não basta a pluralidade de indivíduos em uma relação amorosa para configuração da poliafetividade. Tal como na união estável monogâmica, é indispensável o intuito claro, público e inquestionável de se construir um núcleo familiar.

É crucial estabelecer esse divisor entre uniões livres, tais quais namoros, e relações eventuais e a união poliafetiva, sob pena de causar interpretações equivocadas e preconceituosas.

Sobre isso, é sempre necessário se despir de alguns conceitos pré-concebidos e, inobstante não concordar nem aderir a tal tipo de união, garantir que a personalidade do outro seja preservada e respeitada, cabendo a cada um traçar o seu plano individual de felicidade, independente da forma escolhida.

Não cabe juízo de valor, notadamente, por parte dos operadores de direito, uma vez que sabem, ou deveriam saber, que a Constituição Cidadã[17] em seu artigo 5º protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem e, por óbvio, são cláusulas imutáveis.

Ademais, a opção por monogamia ou poligamia não cria dois mundos diametralmente opostos, porquanto, os indivíduos são, por essência, singulares, e, ainda que se imponha juridicamente uma única forma de união, o amor e desejo humanos sempre irão contrariar a norma posta.

O amor jamais será abalizado, regrado ou imposto, bem verdade que, só aqueles que sentem pulsar dentro de seus peitos o compassado ritmo do amor, escolherão com sabedoria a melhor forma de distribuir o seu afeto.

3.1 PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

Num conceito simplório, constitui monógamo aquele indivíduo que possui apenas uma esposa, invertendo-se os papéis nas variadas ordens, logo, pressupõe que duas pessoas se escolhem reciprocamente para no outro depositar o seu ideal plano de felicidade.

Acerca do tema, Rodrigo da Cunha Pereira[18] ao estabelecer a diferença entre "concubinato adulterino e não adulterino" acredita que: "A importância dessa distinção está em manter a coerência em nosso ordenamento jurídico com o princípio da monogamia. Se assim não o

fizéssemos, estaríamos destituindo um princípio jurídico ordenador da sociedade.

Afirma ainda que: "Todo o Direito de Família está organizado em torno desse princípio, que funciona também como um ponto-chave das conexões morais".

Todavia, tal entendimento não é unânime, para Maria Berenice Dias[19]: "a monogamia não é um princípio, é apenas um norte organizador da sociedade".

A monogamia, como ideal judaico-cristão está profundamente radicada no nosso ordenamento jurídico, tanto é que até no direito penal[20], a *ultima rattio* do controle social jurídico, tipifica como crime o ato de se contrair novo casamento, estando, ainda, casado.

Nesse toar, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro facilita a conversão da união estável para o casamento, em havendo casamento preexistente essa união estável perderá a qualidade de entidade familiar.

A poligamia, ainda assim, sempre figurou na história como costume social de muitos povos, a exemplo dos textos bíblicos que retratam sociedades que existiram há mais de dois mil anos, nas quais, a poligamia era praticada.

Nesse toar, tal qual o Rei Salomão e suas 700 esposas, em escalas drasticamente menores, é comum, nos dias de hoje, vislumbrar casos em que o homem ou a mulher conseguem administrar concomitantemente a vida em duas ou mais famílias, sendo em algumas vezes o responsável pelo prover econômico de ambas.

3.2 CONFLITO DA POLIAFETIVIDADE ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

A união poliafetiva está longe de ser tema pacífico na sociedade brasileira, havendo sempre defensores e opositores veementemente efusivos.

Por essa razão, o Poder Judiciário encara diariamente situações em que a poliafetividade ganha destaque em ações de divórcio, inventário e até ações previdenciárias.

Existem duas formas mais destacáveis de uniões poliafetivas. A primeira delas é a concomitância entre uniões estáveis, popularmente

conhecidas como uniões estáveis paralelas ou plúrimas, como classifica Flávio Tartuce[21].

A segunda é a concomitância entre uma união estável e um casamento, sendo esta última a causadora das maiores discussões, por envolver valores religiosos tradicionalmente aceitos.

3.2.1 UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS

As uniões estáveis paralelas, ou simplesmente poliafetivas, não encontram grandes óbices legais no ordenamento jurídico brasileiro, consistindo no relacionamento amoroso entre mais de dois indivíduos, respeitando-se todos os requisitos caracterizadores da união estável, notadamente, como já ventilado, os requisitos caracterizadores essenciais, a publicidade, a continuidade e a estabilidade.

Todavia, é sabido que a qualquer momento os optantes da união estável podem convertê-la em casamento, o que, em tese, obstaculizaria o reconhecimento concomitante de um segundo relacionamento como união estável, bem como, não podendo convertê-lo em casamento.

No caso em apreço, a união que não fora reconhecida perderia a qualidade de entidade familiar, revestindo-se de natureza obrigacional, como prega maior parte da doutrina e tribunais brasileiros.

Recentemente um caso que ganhou notoriedade na mídia foi a lavratura de escritura pública de união estável entre um homem e duas mulheres, o fato ocorreu na cidade paulista de Tupã.

Na oportunidade a oficiala responsável pela escrituração do ato registral. Claudia do Nascimento Domingues[22] afirmou que pelo fato de os três viverem juntos e não serem casados, a oficialização da união servirá para garantir direitos.

Numa análise técnica, é forçoso reconhecer que não há legislação que proíba essa modalidade de união poliafetiva, e tal reconhecimento vem se solidificando aos poucos na jurisprudência, o que constitui em um passo importante na longa caminhada para a sua positivação.

Quanto a uma eventual dissolução, a competência do juízo seria da Vara de Família, podendo o Magistrado adotar a tese equânime, oriunda do Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul[23], a da Triação de Bens:

> *APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO.*

PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus *em período concomitante a outra união estável também vivida pelo* de cujus. *Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o* de cujus. *Meação que se transmuda em 'triação', pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70011258605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/08/2005).*

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja "digna" de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo (Apelação Cível Nº 70010787398, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/04/2005).

3.2.2 UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO

No que diz respeito à segunda forma de união poliafetiva, a formada por uma união estável concomitante ao casamento, existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial majoritária que proíbe o seu reconhecimento.

Flávio Tartuce[24] em sua obra destaca o caso apreciado pelo STF, quando do julgamento do Recurso Especial 397.762-8/BA em que um homem vivia em união estável por 37 anos, da qual advieram nove filhos, sem, contudo, deixar de se separar de fato da esposa.

Na ocasião o Ministro Carlos Ayres de Britto, que defendeu o reconhecimento da união, restou vencido pelos demais ministros que seguiram o voto do Relator Marco Aurélio de Melo, conforme abaixo se transcreve trecho do voto vencido e vencedor, respectivamente:

> Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. Francamente afirmativa, acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto. Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de 'cônjuge ou companheiro' no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por porte de segurado da previdência social geral. 'Companheiro' como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade ('união estável'). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de 'filhos concubinários'. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que 'Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação' (§6º do art. 227, negritos à parte). Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém

uma concomitante relação sentimental a dois. No que andou bem a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração 'é terra que ninguém nunca pisou'. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censora ou por qualquer modo embaraçante (...). No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o *de cujus*, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, Ministro Marco Aurélio. **(voto vencido - destaquei)**

É certo que o atual Código Civil, versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar o núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que se um deles é casado, o estado civil deixa de ser óbice quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a esposa. O que se percebe é que houve envolvimento forte (...) projetado no tempo – 37 anos – dele surgindo prole numerosa – 9 filhos – mas que não

> surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro ter mantido casamento, com quem contraíra núpcias e tivera 11 filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tido como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe respeito às balizas legais, à obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1.727 do CC **(voto vencedor - destaquei).**

Com efeito, Flávio Tartuce se posiciona sobre o julgado afirmando que: "Certamente a esposa sabia do relacionamento paralelo, aceitando-o por anos a fio. Sendo assim, deve, do mesmo modo, aceitar a partilha dos direitos com a concubina, que deve ser tratada, no caso em análise, como companheira".

Segundo ele: "Pode até ser invocada a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao Direito de Família, notadamente da máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*)".

De igual forma, parece razoável que, em sendo reconhecida a união paralela ao casamento deve-se adotar a tese da Triação de Bens, em ulterior partilha advinda de separação ou inventário.

Por fim, numa relação paralela de uma união estável com um casamento, analisa-se, sobretudo, a ciência e manifestação de vontade das partes, direta ou indiretamente, para aceitar a situação posta.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações de amor e afeto sempre foram objetos de estudo e alvo dos instrumentos de controle social, notadamente o jurídico e o religioso, contudo, apesar do esforço controlador do direito e da religião, há uma metamorfose desenfreada das formas de relações.

No Direito de Família, em especial, sempre que algo sai do padrão já estabelecido, são travados grandes embates, mormente por estar tal ramo do direito intrinsecamente ligado aos valores morais e religiosos de uma época.

Tal qual o divórcio era mal visto quando chamado de desquite, a união estável quando chamada de concubinato, a união homoafetiva considerada imoral ou, simplesmente, o filho chamado de ilegítimo por ter sido concebido numa relação fora de um casamento, a união poliafetiva ainda é vista sob o olhar preconceituoso de uma sociedade dita monogâmica.

Diante de tantos avanços sociais, qualquer tentativa de impingir no ordenamento jurídico valores destoantes dos praticados deve ser rechaçada, ou, de outra forma, simplesmente, coadunados à atual realidade.

A inércia do Legislativo tem propiciado uma busca desenfreada ao Poder Judiciário, que, como retro mencionado, tornou-se o guardião das promessas constitucionais não cumpridas.

Por essa razão, cabe ao Judiciário garantir o respeito à intimidade, à vida privada e à felicidade a todos aqueles que optarem por viver afetivamente de maneira diversa do previsto na lei.

O plano individual de felicidade de cada um deve começar um palmo depois de concluído os planos dos seus pares. Ao direito cabe acompanhar a sociedade, da mesma maneira que a sociedade vem acompanhando o direito.

___

THE MULT-AFFECTIVE UNION AND THE PRINCIPLE OF HAPPINESS

ABSTRACT: The work study has the aim of providing the general public, especially those investors and legal scholars an overview of the concept of Stable Union and its constitutional recognition as a family unit, having as one of its species to Poliafetiva Union. It aims also to clarify the characterization of bigamy not that kind of relationship, as well as highlight the importance and the consequence of their recognition in the equity sphere of living together, in order to confer equality and ensure them that their individual plan of happiness is respected and realized.

KEYWORDS: Family entity. Poliafetiva Union. Principles of Isonomy and Happiness.

Notas

[1] DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
[2] AZEVEDO, Álvaro Vilaça apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol.5 Direito De Família. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[3] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol.5 Direito De Família. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[4] VIEIRA, Daniela Kristina UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL: A proteção constitucional à família.Disponível em: <http://www.anhanguera.edu.br/home/index.php?option=com_docman&task=doc_download&Itemid=&gid=477>. Acesso em: 2 dez. 2014.
[5] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. Ed.29. São Paulo: Saraiva, 2014.
[6] BRASIL; *Código Civil Brasileiro*. Organizador Luiz Roberto Curia 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[7] BRASIL; *Código Civil Brasileiro*. Organizador Luiz Roberto Curia 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[8] PEDROTTI, Irineu Antônio. *Concubinato* – união estável. Leud. São Paulo. 1994. p.42-43
[9] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil.* Vol.5 Direito De Família. 9. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[10] DIAS, Maria Berenice. Apud FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol6. Direito das Famílias. 5. Ed. JusPodivm. Salvador, 2013.
[11] FURLAN, Melissa. *Evolução da União Estável no Direito Brasileiro*. Disponível em: < https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/702/275> Acesso em 2 dez 2014.
[12] STF. Súmula 380. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 2 dez 2014.
[13] CARDOSO, Oscar Valente. *Visão Jurídica*. Edição 63. Pg. 77, 2011.
[14] STJ. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4277.pdf
[15] FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol6. Direito das Famílias. 5. Ed. JusPodivm. Salvador, 2013
[16] DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
[17] BRASIL; *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF, Senado Federal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.html >
[18] DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
[19] DIREITO DAS FAMÍLIAS. Entrevista: Maria Berenice Dias, disponível em < http://www.conjur.com.br/2007-dez-16/monogamia_nao_principio_marco_regulador> acesso em 10 dez. 2014.
[20] BRASIL; *Código Penal Brasileiro*. Organizador Luiz Roberto Curia 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[21] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol.5 Direito de Família., op. cit. pag. 301.
[22] Disponível em :< http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=92128> acesso em 17 dez. 2014.
[23] Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/> acesso em 10.12.2014.
[24] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil.* Vol.5 Direito De Família., op. cit. pag. 305.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Vol.5. Direito de Família.* 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014. BRASIL;

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, Senado Federal 1988. Organizador Luiz Roberto Curia 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
BRASIL; *Código Civil Brasileiro*. Organizador Luiz Roberto Curia 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
CARDOSO, Oscar Valente. *Visão Jurídica*. 63. ed. p. 77, 2011.
DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direiro de Família e o Novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Entrevista*: Maria Berenice Dias, disponível em < http://www.conjur.com.br/2007-dez-16/monogamia_nao_principio_marco_regulador> acesso em 10 dez. 2014.
FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol 6. Direito das Famílias. 5. ed. JusPodivm. Salvador, 2013.
GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo *apud* TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 5. Direito de Família. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.
FURLAN, Melissa. *Evolução da União Estável no Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/702/275> Acesso em 2 dez 2014.
PEDROTTI, Irineu Antônio. *Concubinato* – União estável. Leud. São Paulo. 1994. p. 42-43
TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol. 5. Direito de Família. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014. VIEIRA, Daniela Kristina. UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL: A proteção constitucional à família. Disponível em: <http://www.anhanguera.edu.br/home/index.php?option=com_docman&task=doc_download&Itemid=&gid=477>. Acesso em: 2 dez. 2014.
STF. *Súmula 380*. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 2 dez 2014.
STJ. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4277.pdf
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Jurisprudências*. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/> acesso em

10.12.2014.
Universidade de Brasília. *Notícias.* Disponível em :< http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=92128> acesso em 17 dez. 2014.

O DIREITO É UM EFEITO: ENSAIO SOBRE PENSAMENTO DO FILÓSOFO ESPÍRITA LÉON DENIS

Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar*

RESUMO: O ensaio apresenta o pensamento do filósofo espírita Léon Denis sobre a antecedência do Direito. Para o consolidador do espiritismo, o Direito, na sua acepção subjetiva é uma consequência do cumprimento de um dever em relação ao próximo. Ele aborda o princípio da solidariedade de caráter universal e apregoa que a doutrina espírita, ao se debruçar sobre as leis divinas, contribui muito para a compreensão das categorias jurídicas, lançando um novo modo de conceber os direitos subjetivos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Solidariedade e Precedência.

I INTRODUÇÃO

O significado da palavra direito ocupa os primeiros grandes debates da faculdade do curso de Direito. Compreender o que é o direito, antes dos direitos *in concreto*, ou direitos dados ou postos, é um dos grandes desafios do embrionário jurista. Aliás, do aprendiz, já que jurista só o será se, e somente se, meditar, refletir e mais, se transformar o sentido da palavra direito. Apreender é transformar. Ressignificar.

Nesses debates calorosos, que iniciam com o "eu acho" e terminam com o pensamento de algum autor clássico renomado, não é considerada a perspectiva não jurídica da palavra direito. E haveríamos de perguntar: por que considerar outra perspectiva que não a estritamente jurídica? Justamente porque não cabe reflexão em sentido estrito. A reflexão é sempre *lato sensu* e, portanto, deve considerar outros sentidos e significados da palavra direito. Esse é o ponto de partida para conjecturar *lato sensu*, para apreender e ressignificar.

Ao trilhar esse caminho do pensar, o jurista – sim, ele já é um jurista!

* Advogada. Mestre em Direito Civil (UFPE). Especialista em Processo Civil pela Fanese/JUSPVUM. Professora de Graduação e Pós-Graduação. Monitora de Estudos do Evangelho Segundo Espiritismo.

– sente a necessidade de construir um raciocínio lógico, um argumento inteligente à luz da razão. Não basta considerar alguns autores clássicos. É mister que haja um refazimento do pensar, pelo filtro da meditação. Natural que a palavra direito possa ser considerada dentro de um conceito mais amplo, universal, não limitado ao sistema vigente de um ou outro ordenamento jurídico. É necessário um juízo universal. Afinal, nada que é grande serve somente para ser aplicado em escalas pequenas, em relações desse ou daquele ordenamento. Há de ter um sentido geral e abrangente e que se relacione com a essência do ser humano a quem o direito se dirige.

Trata-se, pois, de se questionar quem veio antes: o direito ou o dever? Antes de existirem direitos subjetivos exigíveis, há deveres universalmente que devem ser cumpridos em relação ao próximo?

Diante da abrangência das perguntas, que não se referem ao tratamento posto por um dado ordenamento jurídico, mas sim suscitando uma reflexão mais ampla, de caráter universal, mais adequado seria pensar sobre os direitos fundamentais do homem, ainda que sua conceituação esteja tão dependente de fatores normativos, culturais e históricos de um dado país ou território.

II DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS E SUA UNIVERSALIDADE NA PERSPECTIVA ESPÍRITA

Muitos pensadores e filósofos já se debruçaram sobre a origem dos direitos, principalmente os da categoria fundamentais. Seriam eles inatos? Concebidos pela Divindade? Produtos de uma construção histórica? Positivados pelo ordenamento jurídico?

Após décadas de debates, prevaleceu a teoria da natureza histórica dos direitos subjetivos fundamentais, os quais são atualmente didaticamente expostos em direito de primeira geração, referentes aos direitos individuais; aos de segunda geração, direitos sociais, culturais e econômicos; de terceira geração, direitos da humanidade, de caráter universalista, produto da consolidação do conceito de dignidade da pessoa humana; os de quarta geração, relacionados a direitos humanos (essência biológica humana), como de manipulação genética, biotecnologia, bioengenharia e por fim os de quinta geração, ligados às questões cibernéticas e à informática (CAPELARI, 2012, p. 158).

Sobre a natureza histórica, Norberto Bobbio (1992, p. 05) afirma que:

> Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Apesar da importância dos debates acadêmicos, que já ocuparam juristas do mundo inteiro acerca da distinção entre direitos humanos e fundamentais, conforme expõe Ingo Sarlet (2006, p. 35) abaixo, o presente ensaio investiga a precedência dos deveres fundamentais individuais em relação aos próprios direitos subjetivamente considerados, não se debruçando sobre as outras categorias dantes mencionadas:

> Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos', guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Neste ensaio, parte-se do pressuposto que o homem, em sua dimensão espiritual[1] aqui considerada, tem os mesmos direitos fundamentais em qualquer parte do globo, independentemente das experiências jurídicas, sociais e culturais pelas quais seu povo tenha passado.

Sim, é uma concepção inovadora e não muito considerada pela ciência jurídica, até porque a abordagem proposta está calcada na doutrina

espírita kardecista, cujo viés científico ainda não é muito conhecido e explorado pela ciência jurídica.

O espiritismo, ciência que estuda o fenômeno espiritual e nos revela as leis divinas e os mecanismos de relação entre o mundo visível, material e o invisível ou etéreo, apregoa que todos somos iguais perante Deus, estando as diferenças de ordem espiritual, física, situacional, condição de vida, etc, justificadas pelos distintos processos evolutivos relacionados às vivências que cada indivíduo já teve oportunidade de obter ou amealhar.[2]

Nesse sentido, a par das abissais diferenças individuais e contextuais, como espírito e imerso na mesma irmandade cristã, o homem encarnado em qualquer ponto do globo possuiria os mesmos direitos humanos fundamentais, porquanto são inerentes a sua condição de ser espiritual, a exemplo do direito à vida, liberdade, os quais, por serem essencialmente divinos, não dependeriam de qualquer positivação do ordenamento jurídico para serem exigíveis, pelo menos à luz desta perspectiva igualitária e humanista ora apresentada.

A priori, numa visão espiritualista kardecista, o simples fato de ser pessoa (espírito encarnado) ensejaria uma gama de direitos da ordem fundamental, independentemente do grau de normatização do sistema jurídico a que se está sujeito. Obviamente, não é essa a concepção de direitos fundamentais que vige atualmente. Conforme brevemente exposto, são fundamentais os direitos assim elencados pela Carta Magna de um país, fruto dos valores da sociedade vigente.

Para não enfrentar os abismos que uma expressão usada erroneamente levaria, melhor seria utilizar a expressão "direitos humanos", eis que são aqueles que se referem ao homem, em qualquer ponto do planeta, enquanto fundamentais refere-se mais a uma qualificação posta pelo sistema jurídico.

Nessa toada, é cediço que o Cristianismo foi responsável por lançar as bases para o reconhecimento pelo Estado dos direitos humanos ao limitar o poder político, através da distinção entre o que é de "César" e o que é de "Deus"[3] e do fato da salvação através de Jesus Cristo ser possível a todas as pessoas de todos os povos.

Para Jorge Miranda (2000, p. 17):

> É com o Cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem acepção de condições, são

> considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

Embora os filósofos da antiguidade[4] tenham contribuído demasiadamente para o reconhecimento de direitos relativos à pessoa humana (direitos humanos), durante este período, práticas como a escravidão, diferenciação por sexo ou classe social eram muito comuns, frutos de um estágio de evolução ainda primitivo do ser humano e dos povos, sendo *pari passu* modificados e redimensionados pelo próprio caminhar e desenvolvimento espiritual da civilização humana.

A propósito, os estoicos apregoavam a existência de uma Lei Natural, fundamentada na justa razão, havendo, inclusive, uma lei moral de validade universal, compartilhando todos os seres humanos uma centelha de divindade em harmonia às leis da natureza (DEVINE, Carol; HANSEN, Carol Rae; WILD, Raph, 2007, p. 14). Note-se que nessa doutrina converge com o pensamento de Léon Denis, fruto da concepção espírita dos direitos, de que há direitos "naturais" que se referem a todo e qualquer ser humano.

Em Roma, não se olvide a importância de Justiniano (483 – 565 - D.C.) como o dos grandes precursores da existência dos direitos humanos, através do seu *Corpus Juris Civilis*.

Os direitos humanos, pois, pertencem a todos do ponto de vista espírita e nessa perspectiva não precisaria de qualquer normatização, nem uma dada qualificação como fundamentais para serem exigíveis do outro ou do Estado para serem protegidos e materializados. No entanto, sabe-se que esse não é o atual estágio da ciência jurídica que ainda depende de uma alta densidade normativa para concessão dos direitos.

Doravante, apresentar-se-á como Léon Denis compreende essa perspectiva dos direitos humanos fundamentais, trazendo o pensamento de que a exigibilidade de um direito, inclusive os de ordem fundamental, estaria situada numa dada relação jurídica no consequente e não no antecedente, ou seja, entre o direito e o dever, este deveria ser primeiramente exercido para se viabilizar aquele.

III PRIMEIRO O DEVER, DEPOIS O DIREITO. O DIREITO É UM EFEITO

León Denis nos estimula a repensar o sentido da palavra direito como algo *a priori*, antecedente a qualquer conduta humana e refletir o direito como algo *a posteriori*. Nas faculdades, aprende-se que o Direito, sobretudo os direitos humanos fundamentais, a exemplo da liberdade, igualdade e vida seriam concedidos pelo ordenamento jurídico aos sujeitos circunscritos e não necessariamente inatos, naturais. Como exposto acima, após longo e inolvidável embate sobre a natureza dos direitos fundamentais, essa foi a doutrina que prevaleceu no plano das discussões jurídico-filosóficas.

O que se pretende aqui é suscitar, com base na obra científica, filosófica e espírita de Léon Denis que o direito é um consequente e não um antecedente. Nas palavras do filósofo, "o direito é um efeito" e não uma causa. Essa fórmula é de uma acepção profunda que demanda uma meditação porque fomos ensinados a pensar no direito como causa e o dever com consequência, tal é o brocardo "a todo direito corresponde um dever". No entanto, o filósofo espiritualista levanta o paradigma de que o dever de solidariedade, por exemplo, ínsito ao ser humano, seria verdadeiramente anterior a qualquer direito.

Segundo a concepção levantada por Léon Denis, todo ser humano tem o dever para com a humanidade, como uma prestação geral de serviços materiais e imateriais ao outro, sujeito indeterminado. Tudo nos afeta, tudo é pertinente. Trata-se do princípio da solidariedade universal que transcende sistemas jurídicos determinados, porquanto a condição de ser humano, que vai além do conceito de cidadão, é inerente a todo e qualquer homem onde quer que ele esteja.

Inelutavelmente, o conceito de cidadania reforça essa concepção apresentada por Léon Denis porquanto impõe ao indivíduo, para ser cidadão, um comportamento ativo na sociedade, não só para ativar seus direitos políticos e civis em face do Estado, mas, sobretudo, para exercitá-los em favor do próximo, na horizontalidade das relações privadas principalmente.

Ele afirma claramente que "o direito é inseparável do dever e até que é simplesmente sua resultante" (2009, p. 142), propondo uma completa

restruturação da noção apriorística do direito para se conceber sua natureza decorrente, resultante de um dever preliminar e universal e fundamentado numa solidariedade.

É cediço que há direitos que são necessariamente de natureza *a posteriori*, a exemplo dos direitos trabalhistas numa dada relação empregatícia, afinal o direito a férias é conquistado após período aquisitivo previsto em lei. Dessa forma, esse direito é um resultado de um dever de laborar.

A lei de causa e efeito, uma lei da natureza[5] e, portanto, divina, é universal e embasa a premissa ora apresentada. A causa seria o dever e o efeito um direito subjetivo, por exemplo. A conclusão prática a que se chega é a seguinte: primeiro eu cumpro o dever para com meu próximo, depois eu o exijo na minha esfera jurídica. Primeiro eu cumpro, depois eu faço cumprir.

Há um redimensionamento do eixo das relações jurídicas, independentemente da sua natureza, recolocando o outro em primeiro lugar e não nós mesmos. Tal ideia é muito mais coerente com o famigerado princípio da solidariedade do que qualquer outra em que ponho o "eu" como autor e objeto das relações jurídicas e sociais.

Esse raciocínio é digno de consideração pela profundidade do seu argumento e alcance prático. Condiz, inclusive, com a máxima de Ulpiano "*Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*" (Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence).

O grande filósofo romano já previa que o direito estava *a posteriori* pelo uso dos verbos "viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um", revelando que o homem deveria, ao se relacionar com o próximo, conduzir-se de acordo com as regras de ética ou honestidade (inscritas na consciência[6]); ao não praticar ofensas também alerta para o dever de cuidar do outro de forma ampla e, por fim, dar a cada um o que lhe pertence é a aplicação relativa da máxima de "a cada um segundo as suas obras", medida da Justiça Divina, ou seja, oferecer ao outro o que lhe é de direito. Em todas as três frases, portanto, encontramos o dever no antecedente pelo cumprimento de uma prestação para com o outro, através de um juízo de solidariedade, e o direito no consequente, nascendo ou exteriorizando-se com o atendimento a um dever.

Para Léon Denis (2009, p. 412) não pensar assim provoca uma:

> (...) ruptura de equilíbrio, uma inversão das relações de causa e efeito, isto é do dever para o direito na repartição das vantagens sociais, o que constituiu uma causa permanente de divisão e ódio entre os homens. O indivíduo somente seu interesse próprio e seu direito pessoal ocupa lugar inferior, ainda, na escala da evolução!

Não seria utopia concluir que Léon Denis chegara à causa dos problemas sociais de todos os tempos: a prevalência do "eu" sobre o "nosso". A predominância do ego, dos objetivos egoicos e individualistas em prol do outro, do todo, da coletividade.

Para o filósofo, o grande mal da humanidade tem sido os contínuos esforços para cumprimento dos direitos estritamente individuais, cuja importância é absolutamente inegável na condição de ser vivo, mas em detrimento dos direitos do outro, em sua dimensão social e coletiva. Na verdade, é nesse ponto que a filosofia espírita muito se assemelha ao pensamento dos filósofos gregos da antiguidade, na medida em que fomenta a necessidade de cultivo de virtudes como fraternidade, altruísmo, coragem, respeito e sabedoria para uma vivência mais harmoniosa em relação ao próximo.

Ainda, finaliza o autor (2009, p. 412):

> Cada membro de uma coletividade deve, por força desta regra, em vez de reivindicar direitos fictícios, tornar-se digno deles, aumentando o próprio valor e sua participação na obra comum. **O ideal social transforma-se, o sentido da harmonia desenvolve-se, o campo do altruísmo dilata-se.** Destaque-se.

É o sentimento altruísta que deve mover as relações sociais e individuais. De modo algum, apregoa-se que os direitos subjetivos individuais de natureza fundamental devem ser relegados ao segundo plano, ou que as conquistas históricas e a positivação deles perderam importância. O que se destaca na obra espírita examinada é que a

concepção de exigibilidade dos direitos individuais, numa perspectiva mais universal, deve ceder lugar à necessidade de antes cumprir deveres fundamentais para com o próximo, à luz do princípio da solidariedade e da fraternidade.

IV CONCLUSÃO

A obra de Léon Denis é extremamente atual e nos convida a refletir sobre o comportamento altruísta e fraterno nas relações subjetivas. Incita-nos a cumprir deveres gerais para com o próximo e não exigi-los de forma individualista.

Os direitos humanos fundamentais são inatos, na visão espírita, considerando o homem como um espírito em processo evolutivo constante. Tal conclusão não exclui a construção histórico-positivista dos direitos fundamentais porquanto compreende que essa categorização está inserida no contexto do atual conhecimento humano sobre as leis divinas.

Nesse caminhar, o homem aprenderá a se doar mais do que exigir. Nessa dimensão, é que afirma o filósofo Léon Denis que o direito seria um efeito e não uma causa. E é efeito, porque para exigi-lo, antes há de se cumprir deveres em relação ao todo e ao próximo.

É necessário deixar germinar sementes para permitir outras considerações sobre a antecedência dos direitos, à luz de uma perspectiva universal e espiritualista a fim de propor uma reconstrução das relações jurídicas e sociais através de um redimensionamento do seu objeto e da reflexão de que antes de qualquer direito a ser exigido, há sempre um dever a ser cumprido para o próximo, calcado nos princípios da fraternidade e da solidariedade.

THE RIGHT IS AN EFFECT: A BRIEF PAPER ABOUT THE THOUGHT OF THE SPIRITUAL PHILOSOPHER LEÓN DENIS

ABSTRACT: This paper presents the thought of the spiritual philosopher Léon Denis on the precedence of law. For the consolidator of spiritualism, the law in its subjective meaning is, above all, a duty required by all. He addresses the principle of universal solidarity and proclaims that the spiritual doctrine, to look into the divine laws, contributes greatly to the understanding of legal categories, discovering a new way of conceiving

the fundamental legal rights.

KEYWORDS: Law. Solidarity and Precedence.

Notas

[1] Resposta à questão 196 do LE: "Teu Espírito é tudo: teu corpo é uma veste que apodrece; eis tudo".
[2] Questão 115 do LE. Uns Espíritos foram criados bons e outros maus? - Deus criou todos os Espíritos simples e ignorantes, ou seja, sem conhecimento. Deu a cada um deles uma missão, com o fim de os esclarecer e progressivamente conduzir à perfeição, pelo conhecimento da verdade e para os aproximar dele.
[3] Evangelho de São Marco capítulo 12, versículo 17 "Dai, pois a César o que é de César e a Deus o que é de Deus".
[4] Platão, nas suas obras "As Leis" e "Político" nos informa que o autocontrole do eu levaria a uma menor necessidade de regulação do Estado sobre os indivíduos. Entendia que a justiça, a sabedoria, a sobriedade e a coragem eram virtudes humanas para a vida em sociedade. Aristóteles também entendia a presença das virtudes humanas como um modelo de conduta do indivíduo em sociedade.
Em "O Evangelho segundo o Espiritismo", Allan Kardec diz que Sócrates e Platão foram os precursores do Espiritismo; e em Sócrates e Platão foram duas figuras magnas do pensamento ocidental e tem profundas relações com a Doutrina dos Espíritos. Sócrates foi um espírito missionário, cuja tarefa principal foi a de levar para o pensamento Helênico a moral do Cristo, naturalmente, adequada ao contexto da época e da civilização grega.
[5] Questão 617 do Livro dos Espíritos: "O que as leis divinas abrangem? Referem a algo mais do que a conduta moral? — Todas as leis da Natureza são leis divinas, pois Deus é o autor de todas as coisas. O sábio estuda as leis da matéria; o homem de bem, as da alma, e as segue.
[6] Questão 621 do LE: Onde está escrita a lei de Deus? – Na consciência.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
CAPELLARI, Inácio. *Direito natural e direitos humanos*: fundamentação e efetivação universal. Curitiba: Juruá, 2012.
DENIS, León. *O problema do ser, do destino e da dor*: os testemunhos, os fatos, as leis: estudos experimentais sobre os aspectos ignorados do ser humano; as personalidades duplas; a consciência profunda; a renovação da memória; as vidas anteriores e sucessivas. cap. XVIII - Justiça e Responsabilidade: o problema do mal. 1 ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2009.
DEVINE, Carol; HANSEN, Carol Rae; WILD, Raph. *Direitos Humanos*: referências essenciais. Tradução Fábio Larsson. São Paulo:

Universidade de São Paulo (Núcleo de estudos da violência), 2007.
KARDEC, Allan. *O livro dos espíritos*. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2009.
KARDEC, Allan. *O evangelho segundo o espiritismo*: Federação Espírita Brasileira, 2009.
MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* – Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais*: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em agosto 2015.
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

ARBITRAGEM E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Luana Pinho Oliveira Ferreira[*]

Marcela Pereira Mattos Felizola[**]

RESUMO: O presente artigo busca examinar o meio alternativo de solução de conflitos, a arbitragem. Dando ênfase às inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil e ressaltando a sua importância para o ordenamento jurídico. A abordagem é feita a partir do histórico, apontando as diferenças entre as arbitragens e apresentando suas principais características. Ao final, o que se pretende demonstrar é a nova abordagem do sistema arbitral no Novo Código de Processo Civil, seu alcance e suas consequências. Ressaltando as seguintes características: a da sigilosidade, a não intervenção do Poder Judiciário, a carta arbitral, a extinção do processo de ofício pelo juiz, em decorrência da existência da convenção de arbitragem, dentre outros. Dessa forma, a arbitragem, apresenta-se com um importante instrumento para resoluções de controvérsias.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Solução de Conflito. Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Em linhas gerais o presente artigo tem como pressuposto básico buscar demonstrar a importância da arbitragem como método alternativo de solução de conflito, uma vez que este tem como objetivo proporcionar uma maior celeridade na prestação jurisdicional.

Atualmente, o que se percebe é que os mecanismos alternativos de solução de conflitos não são tão utilizados como deveriam, mais especificamente no caso da arbitragem, é possível detectar a sua

* Bacharelada pela Universidade Tiradentes. Advogada. Pós-graduanda pela Faculdade Damásio de Jesus.

** Bacharelada pela Universidade Tiradentes. Advogada. Pós-graduanda pela Faculdade Damásio de Jesus.

importância e perceber que o seu uso contribui para o desafogamento na quantidade de processos do Poder Judiciário.

Dessa forma, pretende-se demonstrar que a arbitragem é um método alternativo de solução de conflito que tem a finalidade de proporcionar a resolução prévia dos conflitos, uma vez que solucionados ajudarão no enxugamento da máquina do judiciário, o que não significa deslegitimar o Judiciário ou diminuir o poder, mas conceder formas aliadas de resolução de litígios, por conta das contínuas transformações sociais e da demanda processual, que necessitam de mais que um único órgão a tutelar os seus direitos.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE ARBITRAGEM

Inicialmente, cabe pontuar que os métodos alternativos de solução de conflitos são empregados em maior escala nos Estados Unidos, pois é considerado o berço dos movimentos alternativos de resolução de controvérsias, e também é bastante utilizado em muitos países da Europa.

No tocante ao Brasil, é possível perceber que esses métodos alternativos de solução de conflitos vêm conquistando espaço, em razão da crise do Judiciário de forma que apresentam papel de significativa importância, os conciliadores, mediadores, juízes leigos e árbitros.

Em relação ao nosso objeto de estudo que é a arbitragem, é importante esclarecer que a expressão "arbitragem" deriva da palavra latina *"arbiter"* e por sua vez, apresenta três significados: juiz, louvado ou jurado.

Pode-se afirmar que a arbitragem é uma antiga forma de solução de conflito que no passado tinha como fundamento a vontade das partes de submeterem o seu problema a uma determinada pessoa que possuísse um forte poder de influência sobre elas. Foi dessa forma que surgiu a arbitragem e teve como grande protagonista o ancião ou o líder religioso da comunidade que era convocado para buscar solucionar os conflitos da população.[1]

Atualmente, é possível definir a arbitragem como um meio privado e alternativo de solução de conflitos em que as partes litigantes escolhem uma terceira pessoa de sua confiança para desempenhar a função de árbitro, o qual tem o papel fundamental de solucionar o conflito de interesse decorrente de direitos patrimoniais e disponíveis. Cabe salientar que a decisão tomada pelo árbitro tem natureza impositiva, uma vez que

ele resolve o conflito independentemente da vontade das partes.[2]

Nesse sentido é válido pontuar os ensinamentos de Luiz Antonio Scavone Junior:[3]

> A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por meio do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral que constitui título executivo judicial.

Cabe ainda salientar que a arbitragem apresenta algumas vantagens em relação ao Judiciário, entre essas vantagens cabe destacar: a rapidez, a simplicidade, a informalidade, a confidencialidade, a melhor qualidade da decisão, sobretudo quando se tratar de matéria especializada e os baixos custos para se resolver determinados tipos de controvérsias.[4]

Entre as vantagens elencadas, indiscutível é a celeridade que a arbitragem traria ao Judiciário, já que atrairia para si muitos conflitos, proporcionando um desafogamento dos processos. Vantagem também seria para as partes, que teriam a solução de seus conflitos julgados na arbitragem com maior rapidez. A maior celeridade do Juízo Arbitral se deflagra em consequência de suas características, são elas: a flexibilidade, o pouco formalismo, este encontrado em excesso na Justiça Estatal, e o fato de ser o árbitro técnico na matéria a ser julgada.

A arbitragem encontra-se regulamentada na Lei 9.307/1996, a qual estabelece em seu artigo 2° que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Em outras palavras, cabe às partes litigantes escolher qual o critério de julgamento será utilizado, se será o de direito ou de equidade.

Na arbitragem de direito, o árbitro irá decidir a controvérsia com base nas normas vigentes em nosso ordenamento jurídico. Importante salientar que, nesse caso, ficará a critério das partes escolher quais serão as normas que regerão a arbitragem. Ficando dessa forma, o árbitro condicionado a julgar o conflito de acordo com a legislação escolhida pelos envolvidos.

Já em relação, a arbitragem de equidade fica estabelecido que o árbitro irá decidir o conflito tendo como base o seu senso de justiça, ou seja,

cabe a ele analisar o caso concreto e procurar decidir o litígio da forma que considere mais pertinente e razoável.

No que diz respeito ao critério de julgamento é interessante registrar os ensinamentos de Luiz Antonio Scavone Junior[5]:

> a) De direito e, neste caso, não afrontando a ordem pública (norma cogente que regule a matéria que se pretende submeter à arbitragem), as partes podem escolher a norma que querem ver aplicada pelo árbitro para solução do seu conflito decorrente de direito patrimonial e disponível. Caso não escolham, o árbitro decidirá com fundamento na lei nacional;
> b) De equidade, desde que, neste caso, as partes convencionem a hipótese expressamente e desde que não haja, igualmente, a afronta à ordem pública nacional. Ao aplicar a equidade o árbitro se coloca na posição de legislador e aplica a solução que lhe parecer razoável, ainda que haja lei disciplinando a matéria, desde que não se trate de norma cogente.

É válido ressaltar ainda que, a sentença arbitral equipara-se à sentença judicial, já que não é necessário que ocorra homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, exceto em situações que envolva arbitragem internacional. Conforme se depreende da redação do parágrafo único do artigo 34 da Lei de Arbitragem: *"Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional"*. Nestes casos, a sentença arbitral estrangeira somente produzirá efeitos no Brasil após homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

3 APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Inicialmente, é interessante deixar claro que ninguém está obrigado a se submeter a nenhum método alternativo de solução de conflito, ou seja, a arbitragem é uma faculdade, já que ninguém está obrigado a se submeter a ela.

Registre-se que, caso as partes escolham e pactuem que a arbitragem será o método de solução de conflito a ser aplicado caso as partes venham a litigar elas ficarão obrigadas a se submeterem a arbitragem, pois com

a base no princípio da *pacta sunt servanda* a partir do momento que as partes estabelecem algo ficam obrigadas a cumprir o acordado e devem cumprir o que foi pactuado.[6]

Passando a tratar da convenção de arbitragem, é possível inferir que a convenção é um gênero da qual são espécies a *cláusula arbitral (ou cláusula compromissória)* e o *compromisso arbitral*. É o que se depreende da redação do art. 3° da Lei 9.307/1996 "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".[7]

No tocante à cláusula arbitral ou cláusula compromissória, o art. 853 do Código Civil estabelece que "Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial".

Surge, dessa forma, a cláusula arbitral, espécie de convenção de arbitragem mediante a qual os contratantes se obrigam a submeter futuros e eventuais conflitos do contrato à solução arbitral. Em outras palavras, o que caracteriza uma cláusula arbitral é o momento do seu surgimento que deve ser anterior à existência do conflito. Nesse sentido cabe registrar a redação do art. 4° da Lei 9.307/1996, o que preceitua que:

> "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. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira".

Já em relação ao compromisso arbitral é possível defini-lo como uma espécie de convenção de arbitragem na qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas será dirimido através da solução arbitral e pode ser: judicial, na medida em que as partes decidem colocar termo no procedimento judicial em andamento e submeter o conflito à arbitragem; e, extrajudicial, firmado depois do conflito, mas antes da propositura de ação judicial.[8]

Dessa forma, o que irá caracterizar o compromisso arbitral será o momento de seu nascimento, que é posterior à existência do conflito.

Ou seja, ele poderá se manifestar antes ou durante a demanda judicial e, caso seja antes, impede, em razão da vontade das partes, o acesso ao Poder Judiciário para dirimir o conflito.

Em linhas gerais, é válido apresentar os ensinamentos de Daniel Assunção quando trata do assunto e distingue as duas espécies de convenção de arbitragem:[9]

> A cláusula compromissória é anterior ao conflito de interesses, fazendo parte de contrato quando ainda não existe qualquer litígio entre as partes contratantes (art. 4.º da Lei 9.307/1996). O compromisso arbitral é posterior ao surgimento do conflito, quando as partes entendem mais adequado solucionar o conflito pela via arbitral (art. 9.º da Lei 9.307/1996). Ressalte-se que a elaboração de cláusula compromissória aberta, sem qualquer especificação, poderá forçar as partes após o surgimento do conflito a reafirmarem sua vontade pela solução arbitral por meio da elaboração de um compromisso arbitral.

4 ARBITRAGEM E SEGREDO DE JUSTIÇA

De acordo com o Novo Código de Processo Civil, a Arbitragem no Brasil é uma forma de jurisdição, logo se torna uma forma de concretização da justiça, e conforme versa o artigo 189 do Novo Código de Processo Civil, a arbitragem terá como característica a sigilosidade, vejamos:

> Art. 189. Os atos processuais são públicos.
> Tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos:
>
> [...]
>
> IV – que versam sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.[10]

O segredo de justiça é uma das vantagens do procedimento arbitral em relação ao julgamento realizado diante do Poder Judiciário, pois visa à preservação de segredos comerciais e informações confidenciais, favorecendo uma resolução mais rápida e adequada para o conflito suscitado. A confidencialidade é uma característica da arbitragem que garante à tutela arbitral vantagens em relação às querelas jurisdicionais.

De acordo com o doutrinador José Emilio Pinto:

> A privacidade do juízo arbitral quer dizer que o procedimento, ou seja, as sessões realizadas perante árbitros serão restritas às partes, aos árbitros e aos que forem autorizados pelas partes e pelo tribunal arbitral a participarem, portanto diferente do processo judicial que é público.[11]

Portanto, para que o segredo de justiça seja comprovado far-se-á necessário que as partes estipulem uma cláusula contratual que comprova que todo o procedimento será sigiloso, visto que trata-se de cláusula negocial firmada por pessoas capazes, envolvendo direitos disponíveis.

5 POSICIONAMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Com a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, institui a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, fazendo com que os órgãos judiciários, estabeleça a opção de meios alternativos de soluções da lide.

Segundo o jurista José Roberto Neves Amorim:

> O CNJ mostrou a sua importância e o acerto em sua criação, implementando políticas e projetos capazes de nortear o Judiciário nacional, inicialmente com o mapeamento das atividades dos tribunais, o que conduziu à imposição de metas nacionais a serem atingidas, fazendo com que os serviços prestados pelo Poder Judiciário melhorassem e pudessem atender os cidadãos de forma melhor e mais ágil.[12]

A Resolução 125 do CNJ trata os aspectos gerais, onde os Estados devem implantar Núcleos Permanentes de Método Consensual de Solução de Conflitos, com isso trazer uma aproximação do Judiciário e o cidadão, e ainda uma solução mais rápida do conflito ora existente.

6 A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ARBITRAGEM

A legitimidade da arbitragem, como uma técnica de resolução de conflitos cresceu nas últimas décadas, consideravelmente. O árbitro tem poder de decisão, e competência para resolver questões, tais como a validade de uma cláusula compulsória, a avaliação de nulidade de um contrato, dentre outros.

De acordo com o novo Código de Processo Civil, cabe ao réu alegar a existência de convenção de arbitragem, no primeiro momento que lhe couber falar nos autos e caso não o faça, seu silêncio será considerado como aceitação da jurisdição estatal e consequentemente a renúncia ao juízo arbitral, conforme entendimento expresso do Artigo 337.

O juiz não resolverá o mérito quando acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência, conforme previsto no Código de Processo Civil em seu Artigo 485.

Desse modo, verifica-se que não tem interferência de juiz, para resolução de mérito, no entanto, existe a participação do Judiciário na arbitragem, porém essa participação se dá como forma de execução, a sentença arbitral é considerada com títulos executivos judiciais, se a outra parte não cumprir, a sentença pode ser executada no Judiciário.

Em determinadas situações, existe a possibilidade que a existência de convenção de arbitragem possa ser insuficiente para a instauração do processo arbitral, com isso tem necessidade de busca o Poder Judiciário, nos casos em que a parte à qual se dirige a uma medida e se nega a cumpri-la espontaneamente, fazendo-se premente a utilização de força ou coerção, que é privativa do Estado.

Conforme entendimento de Alexandre Câmara:

> Com isso, o processo arbitral, como instrumento apto auxiliar a busca pelo mais amplo acesso "à ordem

> jurídica justa, deve ser efetivo, assim como o processo estatal, e essa efetividade, i.e., aptidão para obter resultados úteis, depende de atuação, em determinados momentos, do Poder Judiciário.[13]

Corroborando com o entendimento Riccardo Guiliano Figueira Torre:

> A interface com o poder estatal não retira autonomia da vontade das partes, cânome orientador do processo arbitral, até porque se há contato com o Poder Judiciário, ele ocorre por provocação das próprias partes, ou quando o árbitro tem sua função limitada ou impedida.[14]

Com isso, nota-se que o Poder Judiciário tem a função de proporcionar segurança jurídica.

7 CARTA ARBITRAL E HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

Umas das novidades previstas pelo novo Código de Processo Civil é a carta arbitral, que tem como principal objetivo proporcionar o pedido de cooperação entre o árbitro e o juiz.

Nesse sentido é valido registrar a redação do artigo 237, IV do Novo Código de Processo Civil, o qual estabelece que:[15]

> Art. 237. Será expedida carta:
> [...]
> IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

Analisando o dispositivo acima é possível inferir que, não é da competência do Poder Judiciário rever o mérito da decisão arbitral, cabendo ao mesmo agir de tal forma que coopere com o juízo arbitral solicitando ao mesmo que pratique ou determine o cumprimento do

pedido formulado pelo juízo arbitral.

No tocante a decisão de homologação de decisão judicial estrangeira, cabe mencionar a redação do art. 960, §3 do novo CPC, o qual preceitua que:[16]

> Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado.
>
> [...]
>
> § 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo.

De acordo com esse dispositivo legal, é possível perceber que esse visa prestigiar o sistema jurídico próprio da arbitragem, devendo ser observada primeiramente a Convenção de Nova York e em segundo lugar a Lei de Arbitragem.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem foi uma técnica de resolução de conflitos que cresceu nas últimas décadas, no entanto, existe um longo trajeto a ser percorrido para que se possa atingir o seu objetivo que é proporcionar uma maior celeridade na prestação jurisdicional para desafogar o Judiciário.

No método alternativo, as partes contratantes, capazes, escolhem um terceiro, o árbitro, e este tem o poder de decisão, e competência para resolver questões, tais como a validade de uma cláusula compulsória, a avaliação de nulidade de um contrato e outros.

Com esse mesmo intuito, foi promulgada a Lei 13.105 de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil, para consagrar a eficiência da Arbitragem, como uma forma de jurisdição, logo se torna uma forma de concretização da justiça.

Visando resguardar as necessidades da jurisdição arbitral, o Novo Código de Processo Civil disciplina sobre a publicidade dos atos,

impõem o segredo de justiça, sendo essa uma das vantagens em relação ao processo jurisdicional; a não interferência do Poder Judiciário para resolução do mérito, a carta arbitral e dentre outras peculiaridades.

Nesse passo, a conclusão do presente trabalho é no sentido de que as inovações Novo Código de Processo Civil sobre arbitragem são relevantes e pertinentes para o ordenamento jurídico.

ARBITRATION AND INNOVATIONS BROUGHT BY THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT: This article intends to examine the alternative means of conflict resolution, the arbitration. Emphasizing the innovations brought by the new Civil Procedure Code and highlighting its importance to the legal system. The approach is made from the history, pointing out the differences between the Arbitration and presenting its main features. In the end, what is intended to demonstrate is the new approach of the arbitration system in the New Civil Procedure Code, its scope and its consequences. Highlighting the following points: the secretiveness, the non-intervention of the judiciary, the arbitral letter, the extinction of the office of proceedings by the judge, due to the existence of the arbitration agreement, among others. Thus, arbitration, presents itself with an important tool for dispute resolutions.

KEYWORDS: Arbitration. Conflict Resolution. Judiciary.

Notas

[1] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 78.
[2] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 78.
[3] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 16.
[4] ROCHA, José Albuquerque. Lei de arbitragem: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008. p. 9–10.
[5] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem.* 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 49.
[6] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem.* 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 67.
[7] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 453.

[8] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem.* 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.69-70.
[9] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p.453.
[10] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.* Código de Processo Civil. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 de março de 2015.
[11] KRIEGER. Mauricio Antonacci. *Arbitragem e o projeto do novo Código de Processo Civil.* In: PINTO, José Emilio. A confidencialidade na arbitragem. Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/ artigo, arbitragem-e-o-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil,46549.html#_edn23. Acesso em: 18 de maio de 2015.
[12] AMORIM, José Roberto Neves. *CNJ, mediação e a conciliação.* Revista de Arbitragem e Mediação, v.11, n.43,Revista dos Tribunais. out./dez. 2014.
[13] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Das relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário*. In: TORRE, Riccardo Guiliano Figueira. Controle judicial do processo arbitral?. Revista de Arbitragem e Mediação , v. 38, p. 283-320, 2013.
[14] TORRE, R. G. F. *Controle judicial do processo arbitral?* Revista de Arbitragem e Mediação, v. 38, p. 283-320, 2013.
[15] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.* Código de Processo Civil. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 de março de 2015.
[16] BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.* Código de Processo Civil. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 de março de 2015.

REFERÊNCIAS

AMORIM, José Roberto Neves. *CNJ, mediação e a conciliação*. Revista de Arbitragem e Mediação, v.11, n.43, Revista dos Tribunais. out./dez. 2014.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.* Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 de março de 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Das relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário.* In: TORRE, Riccardo Guiliano Figueira. Controle judicial do processo arbitral? Revista de Arbitragem e Mediação, v. 38, 2013.

KRIEGER. Mauricio Antonacci. *Arbitragem e o projeto do novo Código de Processo Civil*. In: PINTO, José Emilio. *A confidencialidade na arbitragem*. Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/ artigo, arbitragem-e-o-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil,46549.html#_edn23.Acesso em: 18 de maio de 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual*

civil. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
ROCHA, José Albuquerque. *Lei de arbitragem*: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008.
SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.
TORRE, R. G. F. *Controle judicial do processo arbitral?* Revista de Arbitragem e Mediação, v. 38, 2013.

A MAGISTRATURA E SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - VITALICIEDADE E IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

Edson Alexandre da Silva*

"*A função de julgar é tão antiga como a própria sociedade. Em todo aglomerado humano, por primitivo que seja, o choque de paixões e de interesses provoca desavenças que hão de ser dirimidas por alguém. Esse alguém será o juiz.*"
Ministro Mário Guimarães[1]

RESUMO: No momento contemporâneo urge a retomada de valores, garantias e de princípios. A magistratura sobre hoje abusos legislativos e não poderá ficar inerte diante da violação de princípios constitucionais que lhe asseguram a sua plena autonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Magistratura/Magistrado. Vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos.

1 INTRODUÇÃO

Conforme inteligência do artigo 95 da Carta Magna, os Magistrados gozam das seguintes garantias: vitaliciedade (I), inamovibilidade (II), irredutibilidade de vencimentos (III), dentre outras.

Com efeito, o Poder Judiciário brasileiro é um dos Poderes da União e a rigor do artigo 2º CF/88 é independente e harmônico em relação ao Executivo e ao Legislativo. O Juiz, brilhantemente definido no 1º Colóquio sobre a Magistratura em 1965:

"Não é proibido sonhar com o juiz do futuro:

* Advogado Cível, Criminal, Previdenciário e Trabalhista (1ª e 2ª Instância), Pós-Graduado "*latu sensu*" em Direito Público pela ANAMAGES-FADIPA, Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito – PUC-MINAS, Ex Juiz de Paz em Minas Gerais, Ex Tabelião e Oficial de Cartório, Ex Assessor de Juiz de Direito – Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Membro do IBRAJS – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Sociais, Coautor da obra *Comentários e Reflexões aos Acórdãos do Ministro Marco Aurélio Mello*, Ed Millenium, Campinas SP: 2010.

> cavalheiresco, hábil para sondar o coração humano, enamorado da Ciência e da Justiça, ao mesmo tempo que insensível às vaidades do cargo: arguto para descobrir as espertezas dos poderosos do dinheiro; informado das técnicas do mundo moderno, no ritmo desta era nuclear; onde as distâncias se apagam e as fronteiras se destroem, onde, enfim, as diferenças entre os homens serão simples e amargas lembranças do passado".

2 O JUIZ, O JUDICIÁRIO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Outrora, vivia para o Judiciário, despachava e sentenciava, realizava audiências, interrogatórios, júris; enfim exercia com dignidade sua função. Contemporaneamente, o juiz se vê acuado. Não raro, juízes, desembargadores e ministros que se vêm subjugados ao sistema.

Senão vejamos: o juiz é vitalício? Não necessariamente. O único Tribunal que assegura a vitaliciedade aos seus juízes/ministros é o Superior Tribunal Militar, consoante leitura do art. 123, CF/88. O restante do Judiciário nacional, cumprindo uma ridícula imposição normativa - criou - a "*expulsória*", qual seja, o juiz, o desembargador ou ministro que atinge 70 anos é automaticamente aposentado.

Ora, é no mínimo contestável a chamada "*expulsória*", por inúmeras razões, por ora, atentemo-nos em pelo menos duas delas. Primeiro, aos setenta anos de idade, o juiz, o desembargador, o ministro está com fartos conhecimentos que a judicatura propiciou. Apenas a título ilustrativo, é nessa idade que nas muitas das vezes o Vaticano elege seu Papa, dentre os cardeais existentes, que não raras vezes ultrapassam esta idade. O Poder Legislativo, Executivo no mundo, têm seus quadros formados em sua maioria com homens que ultrapassam os setenta anos de idade.

Afinal, pergunto, porque no Judiciário, o juiz com setenta anos não pode julgar, acaso, o julgador com setenta anos torna-se incapaz de decidir? Imperativo Constitucional! Responderão com certeza alguns, outros, no sentido do cansaço do magistrado que necessita de mais tempo para si. Digo-vos, não aceito nenhuma corrente e nem a outra.

Magistratura é sacerdócio, uma vez juiz, sempre juiz, até o fim de seus dias. É comum que desembargadores após os setenta anos, por amor ao Poder Judiciário, continuem na labuta, somente que, impedidos de

decidir, passam a coordenadores de projetos nos Tribunais. Nosso Estado é prodigioso de exemplos, todavia, satisfaço-me em citar apenas um nome: Des. Fernandes Filho, exemplo de juiz, que não minimizou seu amor ao Judiciário após os setenta anos, ao contrário, com maestria coordena o Juizado Especial do Estado de Minas Gerais, junto ao E.TJMG, sendo o mesmo, referência na América Latina.

Ainda, não sou juiz, serei um dia, brevemente, com as graças do Arquiteto do Universo. Todavia, rogo que "nossa" inércia deve ter limites, na justa medida em que "nossas" garantias deixam de ser garantias. Muito se disse e com certeza muito ainda se dirá, sobre a irredutibilidade dos vencimentos dos juízes. O teto fixado pelo CNJ afronta a Constituição. Não devemos nos esquecer, que muito antes da "resolução" já existia este entendimento, sacramentado na Constituição Federal (art.95, III CF/88).

É flagrante o descompasso entre as medidas contemporâneas adotadas em face do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45) e o mundo que evolui.

Inconteste, que o julgador não deve ser influenciado pelo capital. Porém, o sistema impõe condições ao julgador, no mínimo descompassadas. Vejamos: o executivo de uma empresa nacional ou mesmo multinacional, seguramente tem um rendimento anual superior aos Ministros do STF.

A *quaestio*, longe está de apologia a vaidades ou mesmo vantagens. A *quaestio* é sinal revigorante de que uma postura urge a ser tomada. Posto que, o jovem que decide pela carreira judicante deve sim encontrar, dignidade no exercício de seu múnus. Hoje, se compararmos as carreiras jurídicas, após a malfadada "resolução" do CNJ, veremos que economicamente o setor privado é mais convidativo.

Em "nosso" Estado de Rondônia, de recordar a magistral sentença do E. Desembargador Clemenceau Pedrosa Maia, que também abortou o tema em determinado momento, *in verbis*:

> "Qualquer juiz podia ser cassado com base no AL-5. Garantias da magistratura como vitaliciedade, inamovibilidade e retroatividade de vencimentos estavam suspensas, consequentemente, se contrariássemos os "poderosos" que eram os militares da época, estávamos sujeitos a sofrer uma degola. Pressões recebíamos a toda hora, mas graças a Deus nunca me submeti a essas pressões.

> No Amapá e em Roraima sempre decidi com independência, mesmo sofrendo pressões. Em Rondônia nenhuma, graças a clarividência e o espírito público do governador Jorge Teixeira de Oliveira".

Perguntar-me-iam muitas vezes: o que fazer?

Digo-vos. Além de desenvolverem as atividades inerentes à magistratura, reflitam o momento atual, o futuro depende de nós e tão somente de nós!

O Estado Democrático de Direito (art. 1º CF/88) realizar-se-á na medida em que os poderes se respeitarem!

LE POUVOIR JUDICIAIRE ET LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES - MANDAT ET RÉMUNÉRATION IRRÉDUCTIBILITÉ

RÉSUMÉ: Le thème in quaestiio est dans lês sediments, solide, soutenue depuis les principles mê mes de la Constitution. Cette réflexion emerge avec une nouvelle éthique. Le travail opte pour une recherché conceptuelle en comparaison avec la pratique légale et juridique des resultants.

MOTS-CLÉS: Judiciaire/Magistrat. Mode et échéances irréductibles. Droit constitutionnel. Principes constitutionnels. Judiciaire

Nota

[1] GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense.

O SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE NO BRASIL & OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Gilberto Bezerra Ribeiro*

RESUMO: O autor procura identificar uma simetria conceitual entre a Teoria da Justiça de John Rawls e o sistema de saúde brasileiro, baseado nos princípios da universalidade, liberdade e igualdade para todos. O modelo procedimentalista de Rawls *a priori* parece apropriado para uma sociedade emergente como a brasileira, depois de vários séculos de colonialismo e autoritarismo. No entanto quando aplicado na prática nos modelos de consórcios públicos regidos legalmente entre as entidades federativas, não consegue atingir seus objetivos ideológicos, porquanto a falta de amadurecimento político somente busca o embasamento de justiça social de Rawls na teoria, e, na prática a efetividade se faz mais numa visão comunitarista ou utilitarista.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Público de Saúde. John Rawls. Princípios da Justiça.

OBJETIVOS: Fazer uma comparação entre o sistema de saúde vigente no Brasil com seus princípios da universalidade, integralidade e equidade, bem como seus princípios organizacionais, inclusive com a participação popular, sua área de atuação e financiamento, frente aos principais aspectos da Teoria de Justiça proposto por John Rawls, procurando identificar os pontos de convergência e divergência existentes entre a aludida teoria e a prática estabelecida.

INTRODUÇÃO

O Ministério da Saúde no início da segunda metade do século passado ainda se resumia às atividades de promoção de saúde e prevenção de doenças (vacinação), realizadas em caráter universal, e a assistência

* Professor Assistente de Medicina Legal e Deontologia Médica da Universidade Federal de Sergipe. Aluno de Doutorado Universidade do Porto –Portugal - Conselho Federal de Medicina - Brasil.

médico-hospitalar para poucas doenças (31-SUS-Wikipédia), ficando a população carente, chamados de "indigentes", à mercê da caridade das chamadas "Santas Casas de Misericórdia", instituições de caráter filantrópico-religioso existentes em todo o território nacional. O INAMPS, Instituto Nacional de Previdência Social, foi criado pelo regime militar em 1974, após o desmembramento do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), com finalidade de prestar atendimento médico aos que contribuíam para a previdência social, ou seja, aos empregados registrados com carteira de trabalho assinada. Para tal finalidade, dispunha o INAMPS de uma rede de estabelecimentos próprios, mas a maior parte do atendimento era realizada pela iniciativa privada, mediante convênios onde estabeleciam remuneração pelos procedimentos realizados nos pacientes.

Com o retorno à Democracia através do Presidente José Sarney, foi aberta em 17 de março de 1986 a 8ª Conferência Nacional de Saúde, aberta à sociedade cuja importância foi a propagação do movimento de reforma sanitária, que resulta na implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), que convenia entre o INAMPS e os governos estaduais, fomentando as bases para o surgimento posterior do Sistema Único de Saúde (SUS). Com a promulgação da Constituição do Brasil de 05 de outubro de 1988, fica instituída em capítulo especial da saúde, em sua Secção II, dos "Direitos Sociais", nos artigos 196 ao 200, fixando as diretrizes do sistema de saúde a ser implementado no território nacional. Esse marco constitucional é de extrema importância, introduz a diretriz que saúde é "direito de todos e dever do Estado", promovendo desde já o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, para a sua promoção, proteção e recuperação.

Os princípios estabelecidos na Lei Orgânica da Saúde de 1990, fixam como base o artigo 198 da Constituição Federal de 1988, onde os princípios da universalidade, integralidade e equidade são chamados de princípios ideológicos ou doutrinários, e os princípios da descentralização, da regionalização e da hierarquização de princípios organizacionais, sem contudo esclarecer qual o princípio da participação popular.

O princípio da universalidade, "A saúde é um direito de todos", entende-se como o Estado tem a obrigação de prover atenção à saúde, ou seja, a acessibilidade aos serviços de saúde para todos e não tornar todos sadios por força de lei. O princípio da integralidade inclui tanto

os meios curativos como os meios preventivos; tanto os individuais como os coletivos. Traduz-se como que as necessidades de saúde das pessoas individuais ou das coletivas devem ser levadas em consideração mesmo que não sejam iguais às da maioria. Por sua vez, o princípio da equidade tem que todos devem ter igualdade de oportunidades em usar o sistema de saúde.

A participação da comunidade, podendo ser entendido como "controle social", foi regulamentada pela Lei 8142, em que os usuários participam da gestão do SUS mediante as Conferências de Saúde e de seus respectivos Conselhos de Saúde, que são órgãos colegiados em todos os níveis com participação dos usuários na metade das vagas, o governo representado com um quarto e os trabalhadores com outro quarto. A descentralização ocorre em três esferas: nacional, estadual e municipal, cada uma com comando único e atribuições próprias. No tocante à hierarquização e regionalização, os serviços de saúde são divididos em níveis de complexidade, onde o nível primário deve ser oferecido diretamente à população, enquanto que os outros devem ser utilizados apenas quando necessário. Cada serviço de saúde tem um nível de abrangência, ou seja, é responsável pela saúde de uma parte da população, onde os serviços de menor complexidade têm uma maior abrangência que os de maior complexidade, sendo portanto os primeiros mais numerosos que os segundos.

ÁREAS DE ATUAÇÃO

De acordo com o artigo 200 da Constituição Federal (1-CF), compete ao SUS a fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, à execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde, execução de ações de saneamento básico, bem como o desenvolvimento científico e tecnológico; controle de substâncias psicoativas, tóxicas e radioativas e, finalmente colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Tem como meta ainda (22-SUS-Rio-de Janeiro) tornar-se um importante mecanismo de promoção da equidade no atendimento das necessidades de saúde da população, ofertando serviços com qualidade adequados às necessidades independentes do poder aquisitivo dos

cidadãos (princípio da diferença?). As priorizações são para as ações preventivas, democratizando as informações relevantes para que a população conheça seus direitos e os riscos à saúde (liberdade igual).

Além do setor público, o setor privado também participa do SUS de forma complementar, por meio de contratos e convênios de prestação de serviços ao Estado.

DIREITOS DO PACIENTE

Desde o ingresso no SUS, todo cidadão tem direitos (Direitos de Cidadania-Rio de Janeiro) que precisam ser respeitados. As principais bases desses direitos estão dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Código de Ética Médica, Estatuto da Criança e do Adolescente, Leis Federais e Estaduais, Portarias Ministeriais, e, principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos com o diploma basilar de que "Todo cidadão tem direito a cuidados médicos sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, sexo, idade, condição social, nacionalidade, opinião política, religiosa ou de qualquer outra natureza ou, por ser portador de qualquer doença, infectocontagiosa ou não".

Especificamente esses direitos estão prescritos (Carta dos direitos dos usuários) alicerçados em princípios que são: 1- "Todo cidadão tem direito ao acesso ordenado e organizado aos sistemas de saúde". Assegura ao cidadão o acesso ordenado e organizado aos sistemas de saúde, visando a um atendimento justo e eficaz. 2- Assegura ao cidadão o tratamento adequado e efetivo para o seu problema, visando à melhoria da qualidade dos serviços prestados. È o atendimento com presteza, tecnologia adequadas para os profissionais de saúde. 3- Assegura o atendimento acolhedor e livre de discriminação visando à igualdade de tratamento e uma relação mais pessoal e saudável. Sem restrições de qualquer natureza em função de idade, sexo, raça, cor, etnia, orientação sexual, características genéticas, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, ser ou não portador de patologias. 4- Assegura o atendimento que respeite os valores e direitos do paciente, visando preservar sua cidadania durante o tratamento. Garantia de confidencialidade de informação pessoal, salvo imposição legal ou risco à saúde pública; acesso livre a seu prontuário, consentimento ou recusa de forma livre, voluntária e

esclarecida, podendo ser revogado a qualquer momento do tratamento, ter direito a indicação de um representante legal de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia. 5- Assegura as responsabilidades que o cidadão também deve ter para que seu tratamento aconteça de forma adequada com comportamento respeitoso, cordial com os demais usuários e trabalhadores da saúde, e, finalmente o sexto princípio que assegura aos gestores o comprometimento para que os princípios anteriores sejam cumpridos. Essas responsabilidades de gestão, dispostos na Lei nº 8080(16-Lei 8.880), da implantação do SUS, dispõe atribuições das esferas federal, estadual e municipal.

EQUIDADE

Equidade é uma forma de adaptação da regra existente, normatizada ou consuetudinária à situação concreta, observando-se os critérios de justiça e igualdade (5a-Equidade – Wikipédia 2009). É na realidade uma adaptação de uma regra específica a um determinado caso específico visando uma colimação mais próxima da justiça, sendo, portanto, uma forma de adaptação de uma norma de Direito, objetivando o mais justo para as duas partes. Não pode, por sua vez, ser implementada de livre-arbítrio, bem como não pode ser contrária ao conteúdo expresso da norma; deve, portanto, ser levada em conta o momento histórico-cultural vigente, o regime político Estatal e os princípios gerais de Direito. Procura completar, o que a justiça não alcança, na sua rigidez e frieza gramatical, o alcance que o legislador faria em cada caso em concreto. Não pode ser confundida com isonomia, pois essa consiste numa garantia de direitos iguais a todos perante a Lei, nem com a jurisprudência que é uma decisão reiterada nos tribunais a respeito de questões semelhantes. É nada mais nada menos que uma adaptação da lei a fim de fazer justiça da forma mais humana e justa possível.

O contexto histórico de equidade tem sua origem na Grécia antiga, onde era chamada de ***epieikeia*** que significava uma ideia de adaptação do direito ao caso, não modificando o direito escrito, mas procurava apenas torná-lo mais democrático. Platão foi quem primeiro se manifestou a respeito, ao separar equidade de justiça, colocando aquela num patamar superior a da justiça normativa. Para Aristóteles, definiu *epieikeia* como

de pouco valor a ser executado pelo Judiciário, já que esse à época, já apresentava sinais de corrupção. No Direito Romano, a equidade teve papel fundamental no seu desenvolvimento tanto no Direito Romano Arcaico ou Quiritário como no Direito Romano Clássico. No primeiro caracterizado pelo formalismo, oralidade e rigidez, aplicando a igualdade tipo "Cartesiana" e não a equidade, sendo apenas aplicado aos que viviam no império e excluindo uma grande massa que não poderiam recorrer à justiça. Com a invasão da Grécia pelos romanos, essa cultura dominada influenciou na quebra da rigidez do Direito Romano através do princípio da equidade. As fórmulas daí decorrentes passaram a garantir novos direitos e a estender o mesmo a mais pessoas, como os estrangeiros, passando a preencher lacunas na codificação justiniana e no *Corpus Juris Civilis*. Os romanos nos deixaram portanto um Direito rígido, formal, preciso, enquanto os gregos conseguiram quebrar essa rigidez excessiva, contribuindo com o princípio da equidade. Na Idade Média, São Tomás de Aquino, influenciado em Aristóteles, desenvolveu o conceito de equidade aplicado ao Cristianismo, para isso associou equidade como sinônimo de virtude e de prudência; ou seja, julgar mais justamente.

Serve ainda a equidade na interpretação da lei, buscando o espírito ou intenção do legislador sobre a letra da lei e também significa a preferência entre várias interpretações possíveis de um mesmo texto legal, da mais benigna e humana. Na integração da lei por sua vez, sendo o ordenamento jurídico caracterizado por ser aberto e incompleto e, dessa forma, acaba deixando vazios ou lacunas que precisam ser preenchidos de alguma forma, se acentuando méis ainda com a evolução da sociedade, vindo a necessitar de novas regras, gerando mais lacunas, nas quais em falta de princípios gerais de direito, da analogia, dos costumes para seu preenchimento, torna-se imperativo a procura da obtenção da justiça pelo princípio da equidade. Serve, portanto, as funções da equidade sua enorme influência na aplicação, na interpretação e na integração do direito, preenchendo e prevenindo vazios e leis obsoletas acabem prejudicando pessoas, principalmente àquelas de caráter religioso-cristão, que preconiza a equidade como a justiça suavizada pela misericórdia. Cícero foi o primeiro a utilizar o termo *aequitas* com o sentido de igual tratamento dos sujeitos, colocando a equidade e a justiça como conceitos similares (1ª – AMARAL NETO 2004). Na fase pós-Clássica, a aequitas tende-se a identificar com os princípios fundamentais do Cristianismo

como benignitas, humanitas, pietas, caritas, isto é, valores admiráveis do ponto de vista humanitário religioso, porém reprováveis do ponto de vista jurídico. Na Idade Moderna continua a equidade como um critério orientador da regra adequada à solução de um problema concreto, corrigindo eventualmente um texto legal, excessivamente rigoroso ou limitado, ou integrando-o, se incompleto. Em face a *Common Law*, enquanto essa leva em consideração as pretensões do autor, aquela leva em contas as exceções do réu. A *Common Law* era a justiça do Rei, a equity por sua vez, emanava do chanceler, eclesiástico, tido como guardião da consciência do Rei, seguindo, portanto, um modelo canônico de aplicação do Direito.

No Direito brasileiro, disposto está no Código de Processo Civil, no artigo 127, que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Desde já deve explicitar-se que o juízo de equidade não se contrapõe ao juízo legal, pois, ambos pertencem ao mesmo sistema de tutela jurisdicional, sendo o juízo de equidade equivalente a um derivativo do juízo legal. Permanece, portanto, em nosso ordenamento jurídico uma noção ambígua às vezes mais embaraçando que ajudando os juízes. A sua natureza jurídica tem na ética um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do direito, que visa à realização da perfeita igualdade material, sem ser considerada fonte de direito, pois não se configura como poder de criar normas jurídicas. É antes e acima de tudo, um critério de decisão de casos singulares, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, recorrendo-se aos critérios da igualdade e proporcionalidade. Pode-se ainda, a equidade ser eleita pelas partes para a solução de um litígio em casos de compromisso arbitral (quando as partes assim o dispuserem), sendo esse adicionado à disposição legal do artigo 127 do CPC, e, utilizar a equidade quando o juiz tiver de decidir com base em cláusulas gerais e tendo em vista ser a equidade um critério histórico de igualdade e proporcionalidade.

As ações de saúde tanto no Brasil como na maioria dos países centram-se num binômio de atender a duas questões: como otimizar os escassos recursos destinados ao setor e como organizar um sistema de saúde eficaz e com envergadura suficiente para atender a uma universalização da população de baixa renda que necessita de atendimento a todos os níveis hierarquizados dessa atenção. Como já visto anteriormente, as bases constitucionais para o acesso ao sistema de saúde foi configurada

com características universalizantes, de cunho utilitarista/igualitarista, alicerçado pela ideia de justiça social (35 VIANA, 2003). As questões apresentadas, tinham em sua essência a noção de equidade quanto à distribuição mais ampla dos recursos da saúde, porém, esse sistema desde o seu nascimento, ao desvincular-se Saúde da Previdência, essa fica com o financeiro enquanto para aquela não foi criado um sistema para financiá-la, acarretando em prejuízo para uma grande parcela da população brasileira: os mais pobres, os que se encontravam em condições de desvantagem social e, por isso, os que talvez mais precisassem de atenção à saúde. Criou-se na verdade então dois problemas: um primeiro que é uma questão do financiamento, e um segundo que é o problema da injustiça, já que os piores índices de saúde encontravam-se entre os grupos populacionais mais vulneráveis, localizados na base da pirâmide social.

O tema equidade passa a receber maior atenção a partir da estratégia formulada pela OMS no Ano 2000 "Saúde para Todos", visando a promoção de ações de saúde baseadas na noção de necessidade destinadas a atingir a todos, independente de raça, gênero, credo, cor, condições sociais, entre tantas outras diferenças que possam ser definidas socioeconômico e culturalmente. Os critérios formulados por Whitchead (OMS 1991), talvez sob a influência de Rawls, afirma que equidade em saúde traz a noção de que de acordo com os ideais, todos os indivíduos de uma sociedade devem ter justa oportunidade para desenvolver seu pleno potencial de saúde e, no aspecto real, ninguém pode estar em desvantagem para alcançá-lo. Por essa concepção, equidade em saúde refere-se à redução das diferenças consideradas desnecessárias, evitáveis, além de serem consideradas injustas. A partir desse princípio todas as políticas que almejem equidade em saúde, devem reduzir ou eliminar as diferenças que advém de fatores considerados evitáveis e injustos. Conclui ainda que a equidade no cuidado à saúde define-se enquanto igualdade de acesso para iguais necessidades, uso igual dos serviços para necessidades iguais e igual qualidade de atenção para todos. As desigualdades em saúde refletem, predominantemente, as desigualdades sociais sendo que essas dizem respeito, por exemplo, às desigualdades no adoecer e no morrer, enquanto que as desigualdades em saúde dizem respeito ao consumo de serviços de saúde.

Para a implementação de políticas equânimes, ou seja, que reconhecem

as diferenças justas/injustas, têm-se de levar em consideração três campos importantes: distribuição de recursos, oportunidades de acesso e utilização dos serviços. No tocante à distribuição, a inclusão da equidade ocorreu no plano da formulação das políticas e programas, na garantia do acesso universal aos serviços de saúde. Numa fase seguinte, a equidade passou a ser princípio norteador de políticas objetivando o acesso e a utilização do sistema promovendo uma alocação de recursos até o presente não satisfatório, e, após a identificação de determinantes que visem a redução das desigualdades, busca-se a equidade na alocação e no consumo de serviços de saúde, como ocorreu na transferência gradativa de recursos do nível federal para os Estados e para os municípios, descentralizando assim a política de saúde nacional.

Esses processos de descentralização da política de saúde no Brasil, por sua vez, têm sido altamente questionados sendo as principais: o poder tutelar do governo federal em liberar recursos para os Estados e municípios, diminuem a autonomia desses na formulação de políticas próprias mais adequadas a sua realidade. Ao descentralizar indiscriminadamente por sua vez, sem uma integração efetiva das redes municipais, obsta a garantia da assistência à saúde em todos os níveis de complexidade do sistema. A transferência de recursos do nível federal para os demais níveis de governo não garante em *prima facie*, ser de caráter democrático ou constitucional, impossibilitando a consolidação da capacidade dos gestores locais frente aos gestores regionais e central. O fortalecimento dos níveis de atribuições em saúde, dependem de alterações mais profundas do Estado; reformas tributárias, reformas político-administrativas inclusive revisão do perdão fiscal e dedução tributária para beneficiar entidades privadas, deixando de saquear o dinheiro do Tesouro.

Os princípios da equidade no presente momento histórico cultural do Brasil, só pode comparar municípios com o mesmo tipo de inserção na política de saúde, apenas quando se quer examinar a redução dos padrões anteriores de desigualdades perante a distribuição de recursos e as oportunidades de acesso e utilização. Uma melhor distribuição de recursos permitirá sem dúvidas, mais à frente, novos investimentos, facultando maior utilização de equipamentos e serviços de saúde, consequentemente uma maior equidade. As políticas recentes conseguiram de sobremaneira minorar as graves distorções regionais,

porém, o processo de implementação e concretização do SUS, tem um longo caminho a ser percorrido; e, o caminho se faz caminhando em busca da diminuição das iniquidades na saúde, possibilitando desse modo, a diminuição das desigualdades sociais, diversificando cada vez mais políticas e ações segundo grupos específicos na estratificação social.

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

John Bordley Rawls nasceu em 21 de fevereiro de 1921 em Baltimore, segundo dos cinco filhos (29-Silva) de William Lee Rawls e Anna Abell Stump(Rawls), ingressando na carreira universitária em Princeton em 1943, passando posteriormente (1952 – 1953) em Oxford, iniciando aí os estudos dos princípios morais de acordo com um processo deliberativo construído para esses fins, indo para Harvard como professor assistente em 1959 sendo efetivado em 1962, onde deu aula até 1991, ano da sua aposentadoria. Em 1995 Rawls sofre o primeiro de vários derrames que prejudicaram sua carreira, vindo a falecer em 24 de novembro de 2002 em sua casa de insuficiência cardíaca.

De acordo com Hegel (26-Shilling), a Filosofia tal como a coruja que só alça voo depois do entardecer – somente elabora uma teoria após as coisas terem ocorrido. Foi assim que a teoria da justiça como equidade (30-Silveira) foi apresentada em 1971, com a publicação da obra *A Theory of Justice*, que estabeleceu um novo marco em filosofia política, na segunda metade do século XX, no mundo ocidental. Sua teoria da justiça como equidade, de certo modo, retoma a discussão ocorrida na Grécia Antiga, no século V a.C., registrada em *A República* de Platão, ocasião em que, por primeiro debateu-se quais seriam os fundamentos de uma sociedade justa.

Rawls parte de uma concepção geral de justiça (34-Vaz) que se baseia na seguinte ideia: todos os bens sociais primários - liberdades, oportunidades, riquezas, rendimento e as bases sociais de autoestima - devem ser distribuídos de maneira igual a menos que uma distribuição desigual de alguns ou de todos estes benefícios beneficie os menos favorecidos. Tratar as pessoas como iguais não implica remover todas as diferenças ou desigualdades, mas apenas aquelas que tragam desvantagens para alguém. Apresenta em sua teoria, dois pressupostos que são: 1- igualdade de oportunidade aberta a todos em condições de

plena equidade, e: 2- os benefícios nela auferidos devem ser repassados preferencialmente aos membros menos privilegiados da sociedade, satisfazendo a expectativa deles, porque a justiça social é, antes de tudo, amparar os desvalidos. Para conseguir-se isto, é preciso que os talentosos, os melhor dotados (por nascimento, herança ou dom), devem aceitar com benevolência em ver diminuir sua participação material (em bens, salários, lucros e status social), minimizadas em favor dos outros, dos desassistidos. Esses por sua vez, podem assim ampliar seus horizontes e suas esperanças em dias melhores, maximizando suas expectativas. Para que isso seja realizável é necessário que os representantes dos menos favorecidos (partidos populares, lideranças sindicais, minorias étnicas, certos grupos religiosos, e demais excluídos) sejam contemplados no jogo político com a ampliação de sua participação em detrimento momentâneo da representação da maioria. Exige-se, portanto do princípio ético do altruísmo a ser exigido ou cobrado dos mais talentosos e aquinhoados – a abdicação consciente de certos privilégios e vantagens materiais legítimas em favor dos socialmente menos favorecidos.

Os socialmente desfavorecidos (*Worst off*) devem ter suas esperanças de ascensão e boa colocação social maximizadas, objetivo atingido por meio de legislação especial corretiva das injustiças passadas. Já os mais favorecidos (*Better off*) devem ter suas expectativas materiais minimizadas, sendo convencidos através do apelo altruístico de que o talento está a serviço do coletivo, preferencialmente voltado ao atendimento dos menos favorecidos. Essa proposta contratualista de Rawls, (operando em um plano mais abstrato que as teorias contratualistas clássicas), apresenta uma concepção de justiça que surge de um consenso original (30-Silveira) e estabelece princípios para a estrutura básica da sociedade. Em uma posição original de igualdade, pessoas livres e racionais que têm preocupação de promover seus interesses aceitam princípios como definidores dos termos básicos de sua associação. Esses princípios têm a função de regular todos os acordos, bem como as formas de governo e os tipos de cooperação social, e é essa maneira de interpretar os princípios da justiça que é identificada com a justiça como equidade. Portanto, só a partir da igualdade, esses seres racionais serão capazes de colocarem-se de acordo e decidirem imparcialmente, e é essa imparcialidade, equidade, o que define propriamente a justiça.

Em uma posição original, os princípios de justiça são escolhidos sob

o véu da ignorância, em que ninguém conhece as condições particulares. Ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou *status* social, sua sorte na distribuição de habilidades naturais, a inteligência, força, etc. Conhecem apenas algo tão impreciso como as bases elementares da organização social e da psicologia humana. As pessoas sob o véu da ignorância, escolhem os princípios de justiça como resultado de um consenso ou ajuste equitativo. As partes que entram em consenso na posição original, sob o véu da ignorância são racionais e desinteressadas (não há interesse no interesse das outras). Essas partes escolheriam então dois princípios, sendo o primeiro escolhido aquele que exigiria a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, assegurando, assim, a liberdade. O segundo princípio escolhido seria aquele que afirmaria que as desigualdades econômicas e sociais, como desigualdade de riquezas e autoridade, são justas se resultam em benefícios para cada um e especialmente para os membros menos favorecidos da sociedade, sendo que esses princípios possuem uma ordem lexográfica entre eles. Os bens primários são aceitos sobre a base de uma determinada concepção de personalidade moral, a qual subjaz à noção de justiça como equidade. O direito dos bens primários (liberdades fundamentais, renda riqueza, oportunidades e autorrespeito), na posição original, sob o véu da ignorância, são pressupostos, já que se constituem as condições necessárias para que as diferenças pessoais cheguem a satisfazer suas diversas concepções de bens. A posição original é o local no qual se concordam com os princípios que proporcionam que os bens sejam repartidos de forma justa, equitativa, e tem como pressuposto essencial uma ponderada convicção sobre a justiça, que garante bens como a liberdade, a vida, a igualdade e bens socialmente mínimos para a sobrevivência, assumindo claramente um caráter igualitário, inserindo, de certa maneira, algum conteúdo no esquema forma (deontológico), operando uma complementaridade entre o justo e o bem.

Uma questão essencial é investigar a respeito do papel específico da estrutura básica, a saber, a partir de qual princípio as pessoas livres, morais e iguais podem aceitar a argumentação de que as desigualdades sociais e econômicas decorrem de boa ou má sorte ou das contingências históricas e naturais? A resposta é que as partes, como pessoas livres, morais e iguais partirão da suposição de que todos os bens primários, como renda, riqueza, deveriam ser iguais, levando em consideração

os requisitos organizacionais e a eficiência econômica. A partir desse raciocínio, não seria justo se contentar com uma divisão igual. A estrutura básica, então, deve permitir desigualdades econômicas e organizacionais, considerando-se que estas desigualdades melhorem a situação de todos, especialmente a situação dos menos privilegiados, desde que as desigualdades sejam uma coerência com a liberdade igual e a igualdade equitativa de oportunidades. A esse princípio da diferença é que se aplicam aos princípios públicos e as políticas mais importantes que regulam as desigualdades sociais e econômicas. Os princípios de justiça não exigem a distribuição igual, mas revelam a ideia basilar que ninguém deve possuir menos do que receberia numa divisão igual de bens primários e, também, que, quando a cooperação social possibilitar uma melhora em termos gerais, as desigualdades que existem devem beneficiar aqueles que estão em uma posição menos favorecida.

Como diferenciação entre a justiça como equidade é substantiva ou procedimental, Rawls reporta que a justiça procedimental estabelece a justiça de um procedimento ou é o procedimento que tem valor de imparcialidade, enquanto a justiça substantiva espera a justiça de seu resultado. Dessa forma, a justiça procedimental depende da justiça substantiva, não sendo possível uma legitimidade procedimental sustentada sobre si mesma, sendo necessária uma justiça substantiva. Chama atenção ainda, para a diferença entre o legítimo e o justo. Exemplificando, um governante legítimo não garante um governo justo. A legitimidade é uma ideia mais fraca que a ideia de justiça, pois se pergunta pelo procedimento e não pelo resultado. A injustiça decorrente de um procedimento democrático legítimo corrompe sua legitimidade, trazendo a injustiça. Um procedimento legítimo é um procedimento que todos podem aceitar razoavelmente como livres e iguais enquanto todos têm que tomar decisões coletivas e falta normalmente o acordo. A legitimidade das legislações depende da justiça da Constituição, e quanto maior o desvio em relação à justiça, maior a probabilidade de um resultado injusto, sendo que as leis não podem ser injustas se se pretendem legítimas.

Os princípios de justiça, portanto são deontológicos (universais), porém, uma forte característica teleológica é identificada em que o justo e o bem são interpretados como complementares, não estabelecendo uma sobreposição dos direitos individuais em relação aos direitos

coletivos, mas, sim, operando com uma concepção de justiça política que reconcilia a liberdade dos modernos (autonomia privada) com a liberdade dos antigos (autonomia pública), levando em consideração as condições particulares de uma sociedade democrática. A própria sociedade bem organizada é quem oferece a validade no respeito aos princípios de justiça através da tradição democrática que oportuniza consensos básicos a respeito da justiça por meio do equilíbrio reflexivo ou do consenso sobreposto, mantendo-se a ideia de uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação social, o que implica a pensar nos cidadãos como livres e iguais, isto é, como membros com capacidade cooperativa e na sociedade enquanto bem ordenada, em que todos aceitam os princípios de justiça política e possuem um senso de justiça. Para Oliveira (21-Oliveira), a justiça de Rawls tem na ideia de autonomia, razão e liberdade (4-Cotrim), de Kant uma reinterpretação em busca da justiça e liberdade, e que a justiça é um valor que acompanha o homem em busca da felicidade e de realização (teleológico em Aristóteles) não importando o regime político, importando ao homem alcançar a felicidade. Finaliza que Rawls não seria um igualitarista, sendo melhor classificá-lo como redistributivista, visando priorizar às necessidades dos menos favorecidos.

DISCUSSÃO

O crescente recurso da medicina às técnicas cada vez mais sofisticadas, principalmente no diagnóstico e terapêutica, com aumento substancial da esperança de vida (19-Neves), acarretando num envelhecimento populacional, esperando-se que em 2020 a esperança de vida atinja os 75,5 anos aumentando de 5,1% para 7,7% ou seja, de 16,2 milhões, e em 2050 passará para 14,2% (24-Ribeiro), a par de uma explosão demográfica nos países menos industrializados, juntamente com o agravamento da extrema pobreza. Esse somatório fez multiplicar os custos da prestação dos serviços de saúde, principalmente no mundo ocidental com o uso de tecnologias avançadas, tais como diálise, transplante, terapia intensiva, tornando os recursos escassos, enquanto nos países menos desenvolvidos parcela importante da população permanece sem assistência, caracterizando o primeiro caso como problema a racionalização, e, no segundo como problema de acessibilidade.

Do ponto de vista ético, todos os investimentos da área de saúde se justificam, uma vez que protegem e promovem a vida, valor supremo de onde decorrem todos os demais, porém, os recursos são inexoravelmente limitados, necessitando, portanto, de um gerenciamento correto. Uma gestão complexa demanda portanto, maior alocação de recursos, enquanto menos complexa, menos economicista, necessita de tratamento mais humanista e humanizante. Do ponto de vista "utilitarista" (33-Wikipédia), a melhor ação é a que busca a maior felicidade para o maior número de indivíduos, sendo o pensamento essa corrente na maioria dos políticos do Brasil.

A responsabilidade moral na perspectiva de alocação de recursos é entendida como quase que exclusivamente numa responsabilidade pessoal, podendo assumir um duplo sentido: prospectivo referente ao estilo de vida pessoal, e retrospectivo pelas doenças que pode apresentar. Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo 25, refere-se ao "(...) direito a um nível suficiente para assegurar a saúde, o seu bem-estar e o da sua família, cujas condições indispensáveis de efetivação apontam (...) a alimentação, o vestuário, a habitação, os cuidados médicos, assim como os serviços necessários", a responsabilidade não mais se restringe à esfera individual, mas ganha uma dimensão coletiva, estendendo-se à comunidade e ao próprio Estado. Exsurge então três diferentes tipos de relações em que a responsabilidade moral assiste: nas relações do indivíduo quando responde pela saúde para consigo mesmo, considerando-se responsabilidade pessoal, nas relações do indivíduo com outros indivíduos na sua existência comunitária e nas relações sociais, que só poderá ser implementada por meio de um Sistema Nacional de Saúde, configurando uma responsabilidade política ou governativa. A saúde fundamentada no princípio da dignidade humana fica elevada a um estado de bem-estar físico mental e social, não mais se restringindo apenas à eliminação da doença. Em síntese, a responsabilidade moral fundamenta-se em dois princípios éticos: o da "dignidade humana" e o da "participação", onde no primeiro dever-se-á adotar comportamentos que promovam a saúde, como a revisão dos estilos de vida, bem como a conscientização da finitude humana e o segundo, na exigência do esforço de cada um em prol da comunidade, ou seja, responsabilidade democrática em prol do bem-estar das populações.

A alocação de recursos em saúde do ponto de vista da promoção

da justiça social, isto é, de realização do bem comum através da responsabilidade específica de cada um dos intervenientes, e do domínio próprio do cumprimento do "direito à saúde", só se justificam eticamente se procedentes do imperativo da justiça. A justiça considerada ao longo dos séculos, e, sobretudo até a modernidade, era classificada uma "virtude cardeal", constituindo a perfeição moral do homem, tem na atualidade tendência entendida sob a perspectiva anglo-saxônica, um sentido utilitarista, na esteira de Hume e Jeremy Bentham, criador do utilitarismo(10-Geraldo), preconiza a busca de promover a maior quantidade de prazer possível ao maior número de indivíduos, ao passo que se evita o desprazer numa proporção inversa, significando que a maximização de um implica na minimização do outro. O utilitarismo é uma ética denominada de consequencialista, na medida em que deve avaliar em cada caso concreto os efeitos das ações para que se reflita se tal conduta é eticamente reprovável a partir do critério da utilidade, e ainda, que as ações humanas devem seguir o princípio da utilidade, consistente na consideração da quantidade de prazer e dor que as ações provocam nos indivíduos. Para Rawls o princípio da utilidade condiciona o agir do ser humano, sendo que, o que é aplicável a um único homem deve ser estendido a todos os demais, sendo a sociedade do ponto de vista utilitarista como a simples soma dos indivíduos.

Numa acepção ampla, Rawls procura reunir num único conceito a dimensão política e moral o conceito de justiça, traduzido como "equidade", ou distribuição igualitária, proporcional dos bens, e sua aplicação esclarecida, singular e flexível da justiça expressa pela lei universal e rígida que, cumprida indiferenciada e implacavelmente nas diversas situações concretas, pode ser pervertida num fator de injustiça. Os indivíduos ajustariam previamente em igualdade de condições as diretrizes éticas fundamentais de modo que a eleição das regras seria livre e autoimposta, e os princípios fundamentais escolhidos consensualmente numa posição de igualdade entre os indivíduos, numa situação hipotética irreal e a - histórica numa posição original, sob o véu da ignorância, onde ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu *status* social, sem conhecimento também dos dotes naturais e habilidades, sua inteligência, força ou concepção do bem. A posição original, não é uma assembleia ou reunião de homens que decidem os fundamentos de sua associação, mas uma hipótese que se destina a

demonstrar a forma que os valores devem ser elegidos para orientar as ações. Uma situação na qual apenas os valores convencionados devem ser elegidos para orientar as ações (igualdade de direitos e deveres básicos e o da desigualdade das condições econômicas e sociais, de modo que elas somente sejam justas se trouxerem benefícios compensatórios para todos). Na sua teoria do "bem" acredita que os homens devem buscar o seu bem – interesse pessoal – por meio de potencialidades sem prejudicar os outros – interesse coletivo – de modo que a cooperação está para além de ser um método de potencializar os esforços, significa ainda um caminho para o progresso exitoso individual e coletivo. Simplificando, os liberalistas priorizam os direitos individuais, ao passo que os comunitaristas priorizam a vida comunitária (23-Reis).

Nos dias atuais, a equidade representa uma noção basilar no âmbito problemático da alocação de recursos em saúde, assim destacada pela Organização Mundial de Saúde, reconhecida como princípio regulador da ação humana e do procedimento das instituições sociais e políticas. Esse princípio estabelece igual acessibilidade aos cuidados de saúde através de sua redistribuição diferenciada: isto é, atribuindo mais a quem tem menos e vice-versa (vertical); e atribuindo o mesmo aos que se encontram em condições de igualdade (horizontal), numa antidiscriminatória, reguladora das desigualdades. Dessa forma, o princípio da equidade apela ao princípio da solidariedade colimando que, na igualdade de direitos entre todos os homens só pode ser restabelecida de fato se também todos os homens redistribuírem os bens entre si, onde cada um de nós é sempre devedor do outro em cada uma das suas realizações. Na dimensão de "direito social", a solidariedade exige partilha dos custos financeiros com a saúde de todos (universalidade), proporcional ao rendimento de cada um.

Os critérios formulados para a distribuição dos recursos em saúde são vários, com particular incidência no econômico, médico e da idade, sendo esse fator considerado importante, decorrente do estilo de vida, características individuais, produtividade, a circunstância de vida e ao seu valor social, etc. No mundo ocidental, os critérios que reúnem um consenso são o da necessidade e o da igualdade, sendo esse mais comum nos Estados Unidos e na Europa. Essa igualdade pode ser referida como igualdade de cuidados de saúde para todos e à igualdade de acesso aos cuidados de saúde; no primeiro caso igual distribuição de recurso viria a conduzir uma acentuação das desigualdades entre a

população com diferentes necessidades desigualmente satisfeitas e no segundo, à igualdade ao acesso conduz ao alcance de um mesmo nível de saúde para toda a população, tendendo a coincidir com o sentido da equidade (esse acesso refere-se apenas aos cuidados primários). O critério da necessidade reporta-se à pessoa em causa (o doente) ou ao objeto procurado (saúde), sendo que no primeiro caso, dependeria das exigências de cada um, em que o princípio da autonomia se tornaria superior ao da justiça. No segundo, depende do estado de saúde de cada um, a partir de uma determinada definição de saúde, sujeita a apreciação médica.

"No Brasil, segundo o artigo 196 da Constituição Federa l(1-CF), a "saúde" é compreendida como "um dever do Estado", sendo que este deveria garantir o acesso universal igualitário às ações de saúde" (24-Ribeiro). Dessa forma, nos sistemas de saúde fundados em princípios universalistas, como o Brasil, gestores da política de saúde encontram-se frente a um dilema porque devem respeitar a lei, e, devido à escassez de recursos efetivamente disponíveis, proceder a priorização dos mesmos, ou seja, devem respeitar, ao mesmo tempo, o princípio entendido como da igualdade entre todos e aquele da equidade, que, deve necessariamente privilegiar os desprovidos ou desprotegidos. Para atingir tais objetivos, foi erigida a Lei Federal nº 11.107 de 06/04/05 (18-Lei 11.107) que estabelece o regime jurídico dos consórcios públicos que atendendo aos anseios de entidades federativas nacionais com ação conjunta da União, Estados e Municípios, ampliando o alcance e efetividade das políticas públicas e da aplicação dos recursos públicos.

O consórcio público é um contrato firmado entre entes federativos de quaisquer espécies – União, Estados, Distrito Federal e Municípios; que tem por objeto a gestão associada de serviços públicos, regidos pelo princípio da cooperação (27-Silva), sendo esse otimizador prevalente das atividades realizadas em regime de consorciamento. A partir da instituição de consórcios públicos, as pequenas e pobres comunidades brasileiras poderão implementar políticas públicas que estão há tempos paradas por absoluta falta de recurso, bem como dar prosseguimento àquelas que foram interrompidas por insuficiência de verbas públicas. O princípio de cooperação interfederativa identifica, portanto, uma contundente simetria conceitual entre a teoria de justiça de John Rawls e o princípio da cooperação interfederativa existente no regime jurídico

dos consórcios públicos. A cooperação é a essência do instituto, que, com a ideia da conjugação de esforços dos diferentes entes federativos, visando implementação de determinada política pública, que individualmente, nenhum deles teria condições plenas de realizar com eficácia. Com efeito, as pequenas e pobres municipalidades se associarão visando à superação das mais diversas injustiças sociais diretamente relacionadas com a escassez de recursos para a implementação das políticas públicas de prestação de serviços à coletividade. As pessoas de menor poder aquisitivo de suas comunidades terão acesso, portanto a serviços de melhor qualidade prestados pelo serviço público de saúde quando administrado de forma consorciada, aproximando por conseguinte o grande contingente pobre da população do diminuto segmento social que desfruta de condições financeiras propiciadoras do acesso aos serviços privados de saúde, via de regra , mais qualificados. Portanto, diante dessa perspectiva, o conceito de justiça como equidade desenvolvido por John Rawls, encontra ressonância no plano concreto através do consórcio público, constituindo-se esse, em ferramenta implementadora de justiça (como equidade) no âmbito das comunidades beneficiárias da gestão associada de serviços públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Único de Saúde brasileiro na atualidade presta assistência a 140 milhões de brasileiros (32-Temporão) com uma produção anual de 2,3 bilhões de atendimentos ambulatoriais, 16 mil transplantes, 215 mil cirurgias cardíacas, 11,3 milhões de internações e 9 milhões de procedimentos de radio e quimioterapia. Que para atender a essa demanda os recursos financeiros apara o custeio e a novos investimentos do SUS são e sempre serão finitos, sobretudo se considerados os custos crescentes na área de saúde, relacionado à ampliação dos cuidados, ao envelhecimento populacional, às características próprias da atividade econômica do setor e à crescente incorporação de novas tecnologias. Decorrente dessa multiplicidade de fatores, o Estado deixa de cumprir plenamente seu papel viabilizador do interesse público. Os cidadãos por sua vez, pagam seus tributos, e esperam legitimamente que a Administração Pública cumpra sua parte, prestando serviços públicos minimamente aceitáveis do ponto de vista qualitativo, que consiga

satisfazer eficazmente às necessidades coletivas dos mais diversos matizes. Assim, quando o tributo é recolhido pelo fisco, mas não se verifica a contraprestação da implementação de políticas públicas na saúde, o cidadão comum experimenta um sentimento desagradável, de inoperância estatal, que decorre da concretização de uma injustiça na relação jurídica do particular, em especial o contribuinte, com o Estado.

A instituição de consórcios públicos está intimamente relacionada com esse sentimento de injustiça gerado pela inoperância governamental decorrente da insuficiência de recursos. Segundo a concepção de Rawls, em uma sociedade justa, o tratamento isonômico entre os cidadãos passaria a ser inviolável, não sendo mais possível admitir-se a infringência de qualquer direito individual em benefício da maioria, como até hoje é exercido pelas autoridades governamentais. Por sua vez, a Administração Pública, ao planejar as suas políticas públicas deverá observar com rigor a implementação de tratamento isonômico a seus cidadãos, pena de cometimento de ações injustas sob o ponto de vista da eticidade que por sua vez diferencia-se da moralidade, porquanto esta se orienta por princípios formais de obrigações intrínsecas ao sujeito, enquanto àquela inclui todo o movimento de concretização objetiva situando-se num nível superior ao das opiniões subjetivas e caprichos pessoais. Portanto, no caso do controle das ações do Estado, é relevante a aplicação do conceito de eticidade ao invés do de moralidade, desse modo a ação do Estado no campo das políticas públicas será ética se, dentre outras coisas, conseguir implementar serviços públicos eficazes que satisfaça efetivamente às necessidades coletivas, sem exclusão de quaisquer segmentos sociais.

Enfrentar o conjunto de questões e ações existente no Superior Tribunal de Justiça (STF) que reivindicam medicamentos (25-Salazar) não são contra o SUS e sim contra os gestores, exigindo que é de interesse público do direito à saúde e à dignidade humana de cada um, que nos lembra que o homem não tem preço, e que os gestores atuem com eficiência e sem desvios. As decisões que envolvem o dia a dia do ser humano precisam, por sua vez, ser mais orientadas e justificadas observando que a decisão em nome do indivíduo afeta o coletivo, e a decisão coletiva afeta o indivíduo (7- Ferraz). Na atualidade, portanto, a única solução passa pela definição de políticas públicas fundamentadas em prioridades e estabelecidas de algumas formas: doenças mais importantes, mais frequentes, mais graves, com maior sofrimento, maior

chance de prevenção; e que a literatura biomédica tenha evidências de que com a intervenção – prevenção, diagnóstico, terapia e reabilitação – haverá eficazmente um alívio do sofrimento ou "redução" de doenças.

As várias teorias filosóficas sobre a política, o Estado, formas de governo, formas de participação e cidadania são construídas com base numa Ética política (11-Gonçalves). Os mais liberais tendem a valorizar a liberdade e os direitos individuais, os mais democratas a igualdade e a participação, os comunitaristas puxam para uma homogeneização e para poderosas formas de união, e os utilitaristas tomam a felicidade como bem supremo (6-Esteves), em nome do qual tudo pode ser sacrificado; o que é contraposto por Rawls quando afirma "numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo dos interesses sociais".

Por conclusão temos de ver que as políticas públicas precisam ser avaliadas, a partir de um patamar multidisciplinar, fundado na filosofia, na sociologia, na economia e, sobretudo na ciência política. O pensamento rawlsiano, buscou (8-Freire Barros) elementos em todas essas ciências, postulando a defesa e a promoção da pessoa e da vida em sociedade. Para ele, a legitimidade da democracia não elimina as decisões injustas. Portanto, a questão de justiça torna-se preponderante, onde no plano normativo precisa lidar com a questão da igualdade e da desigualdade entre pessoas e grupo de pessoas demonstrando que a igualdade é moralmente justificável e a desigualdade é injustificável.

O modelo procedimentalista de Rawls nos parece apropriado para uma sociedade emergente como a brasileira, de forma a garantir uma cultura pública num Estado Democrático de Direito que viabilize o pluralismo razoável (21-Oliveira). Entretanto, na realidade, os petistas e tucanos quando procuram embasar seus projetos de justiça numa teoria coerente defensável recorrem a Rawls, mas, na aplicabilidade procuram exercer suas ações nos moldes comunitarista e/ou utilitarista.

Cerca de 20% da população brasileira é atendida por planos de saúde privados, equivalente em qualidade com alguns países europeus (32a - UNGER, 2010), 80% têm apenas o SUS, sendo que dos planos ditos privados obtêm benefícios tipo perdão fiscal, dedução tributária para quem paga os ditos planos privados de saúde, etc. Para essa comprovação, decorrente dessa alteração político-administrativa, desde seu nascimento,

o SUS, ainda não definiu uma alternativa de financiamento efetivo para sua consecução. Existe ainda os privilégios do poder público decorrentes de perdão fiscal, dedução tributária para aqueles que pagam planos privados e para instituições filantrópicas, escasseando dessa forma ainda mais os parcos recursos para a saúde. Reformas no sentido estrutural para o SUS são essenciais, procurando inclusive em exemplos que vêm dando certo em alguns países como Portugal com o Serviço Nacional de Saúde (NUNES, RUI; Em Portugal Saúde é um Direito de fato. Ser Médico, nº 51- Ano XII, Abr/Mai/Jun 2010), com uma atenção reforçada no plano de cuidados de saúde primários, objetivando a introdução de Unidades de Saúde Familiares com autonomia administrativo-financeira, multiprofissional, buscando a obtenção de economia de escala com um gerenciamento de recurso adequado para cada município. Procurar ainda, mesclar com iniciativas de parcerias de serviços Público-Privado, uma nova modalidade de gestão de maior eficiência (Hospitais Universitários e os autenticamente ditos Filantrópicos) com incentivos fiscais e subsídios estatais retirados do setor privado, comprometendo maior atendimento aos pacientes do SUS. Todos, ricos e pobres, querem a vida eterna, ou, pelo menos uma maior sobrevida possível, porém, não se lhes pode permitir satisfação de seus anseios sem que todos possam compartilhar, buscando sempre uma melhoria da qualidade assistencial com excelência clínica, humanização do atendimento, cumprimento efetivo de normas procedimentais, utilizando a equidade como Norte.

O que justifica uma concepção de justiça como equidade, não é que ela seja verdadeira em relação a uma determinada ordem anterior a nós, mas que esteja de acordo com a nossa compreensão em profundidade de nós mesmos e o fato que, dadas a nossa história e as tradições, que estão na base de nossas vidas sejam orientadas para políticas públicas para consecução do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, com o reconhecimento da escassez ou desvios de recursos do sistema de saúde com consequentes restrições, procurando uma promoção mais equitativa desses recursos, melhorando a saúde indistintamente de todos os cidadãos.

PUBLIC HEALTH SYSTEM IN BRAZIL AND JOHN RAWLS'S PRINCIPLES OF JUSTICE

ABSTRACT: The author searches identify symmetry between John Rawls' justice theory and Brazilian health system, based on universality, freedom and equality principles for all. Rawls' procedimentalista model seems first appropriate for a emergent society like Brazilians', after lots of centuries of colonialism and authoritarism. However when applied on practice on models of public consortium managed legally between federal governmental, doesn't reach its ideologist purposes, so the lack of politic actual only search Rawls' social justice research on the theory, and, on practice the effectiveness is made on a vision more comunitarista or utilitarista.

KEYWORDS: Public health System. John Rawls. Principles of justice.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vademecum Acadêmico de Direito*: Editora Ridel, 6. ed., 2008.
AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Equidade no Código Civil Brasileiro*. R. CEJ, Brasília, n. 25, p-16-23,abr/jun.2004.
BORGES, Charles Irapuan Ferreira. Breve Introdução à Teoria de John Rawls. *Jus Navigandi*; Teresina, ano 13, nº 2096, 28 março de 2009. http://Jus2.vol.com.br/doutrina/texto.aso?id=12549aces2109 Acesso em 21/04/2009.
Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde: www.saúde.gov.br. Acesso em 21/04/2009.
COTRIM, Gilberto. *Fundamentos de Filosofia*: Editora Saraiva, 15. ed., 2000, p-174.
Direitos de Cidadania: Secretaria de Saúde e Defesa Civil – Governo do Rio de Janeiro. http://www.saúde.rj.gov.br/guia_sus_cidadao/pg_11.5html. Acesso em 21/04/2009.
Equidade-Wikipédia, a enciclopédia livre. http://pt.wikipedia.org/wiki/Eq%C3%BCidade. Acesso em 28/04/2009.
ESTEVES, Júlio. *As Críticas ao Utilitarismo de Rawls*. ethic@, Florianópolis, v.1, jun. 2002, p. 81-96.
FERRAZ, Marcos Bosi. *O STF e os Dilemas da Saúde*: Jornal Folha de São Paulo, 09/05/2009, p A-3.
FREIRE, BARROS, Maria Obirene. *As desigualdades sociais sob a ótica*

da Justiça como equidade, segundo Rawls: UECE – maob@hotmail.com
http://www.cefep.org.br/textsoeartigos/filosofiaeeticaqETICA%20E%20politica.uol
Funcionamento do SUS – Difusão De Direitos
http://nev.incubadora.fapesp.br/portal/saude/sus/funcionamento. Acesso em21/04/2009.
GERALDO, Pedro Heitor Barros: *O utilitarismo e suas críticas*: uma breve revisão. Acesso a internet em 13/05/2009.
GONÇALVES, Gisela. Comunitarismo ou liberalismo? www.bocc.ubi.pt- Universidade Beira do Interior. Setembro de 1998.
Guia do SUS – Secretaria de Saúde e Defesa Civil- Governo do Estado do Rio de Janeiro. http://www.saude.rj.gov.br/_sus_cidadao/home.shtml
Acesso em 21/04/2009.
Indicadores de Saúde- Secretaria de Saúde e Defesa Civil_ Governo do Estado do Rio de Janeiro. http://www.saude.rj.gov.br/guia_sus_cidadao/pg_16.shtml. Acesso em 21/04/2009.
IHU – ON LINE: JOHN RAWLS -O Filósofo da Justiça. Ihuinfo@poa.unisinos.br. Acesso em 13/05/2009.
KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: Ed. edições, maio de 2008.
LEI Nº 8.080 de 19/09/1990 – Dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde – *Organização do SUS*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 28/04/2009.
LEI Nº 8.142 de 28/12/1990: *Participação da Comunidade na Gestão do SUS*.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03Leis/L8142htm
Acesso em 28/04/200918-LEI 11.107, de 06/04/2005 - Dispõe sobre a Constituição de Consórcios Públicos.
http://.planalto.gov.br/ccivil_03_Ato2004-2006/2005Lei/L11107.htm.
NEVES, Maria do Céu Potrão. *Alocação de recursos em saúde*: considerações éticas. Bioética, vol. 7, nº 2,1992, p-157-163.
NUNES, Rui. *Em Portugal, Saúde é um Direito de Fato*. Ser Médico, N. 51 – Ano XIII, Abr/Mai/Jun, 2010.
OLIVEIRA, José Anselmo. *O conceito de Justiça de John Rawls*. Revista da Esmese, nº 05, 2003; p. 31-38.
OLIVEIRA, Nythamar de. *Os desafios normativos da Justiça global*

segundo John Rawls. Artigo originalmente publicado na revista FILOSOFIA POLÍTICA, série III, n. 4, "O Terror", org. Denis Rosenfield e Jean-François Mattei, p 171-189. http://www.geocities.com/nythamar/rawls4.html. Acesso em 13/05/2009.
O SUS – Secretaria de Saúde e Defesa Civil _ Governo do Rio de Janeiro.
http://www.saude.rj.gov.br/guia_sus.cidadao/pg_14.5html
Acesso em 02/04/2009.
REIS, Carolina Cunha dos. *A Justiça na perspectiva do liberalismo e do comunitarismo*: http://www.webartigos.com/articles/4315/1/a-justica-na-perspectiva-do-liberalismo-e-d
Acesso em 13/05/2009.
RIBEIRO, Carlos Dimas Martins; SCHRAMM, Fermin Roland. A necessária frugalidade dos idosos – Cadernos de Saúde Pública. http://Scielosp.org/scielo.php?script_arttexepid=50102-311x200400050000.Acesso em 13/05/2009.
SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Judicialização do acesso à saúde contraria os princípios do SUS*? Jornal Folha de São Paulo, 09/05/2009, p-A3.
SHILLING, Voltaire: A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS. http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/04/13/001/htm
Acesso em 21/04/2009.
SILVA, Cleber Demetrio Oliveira. A *simetria conceitual existente entre a Teoria de Justiça de John Rawls e os consórcios públicos brasileiros*. Acesso à internet em 13/05/2009.
SILVA, Ricardo Perlingeiro. *Teoria da Justiça de John Rawls*. http://www.cjf.jus.br/revista/numero6/artigo13htm. Acesso em 21/04/2009.
SILVA, Walter. *Uma breve biografia de John Rawls*: grupo de pesquisa Ética e Justiça. http://br.geocities.com/eticaejustica/texto1.html. Acesso em 21/04/2009.
SILVEIRA, Denis Coitinho: A teoria da Justiça de John Rawls : entre o liberalismo e o comunitarismo. deniscoitinhosilveira@yahoo.com.br
Sistema Único de Saúde: WIKIPÉDIA, A enciclopédia Livre. http://pt.wikipedia.org/wiki/sistema_%C3%9anico_de_sa%L3%BAde
Acesso em 21/04/2009.
TEMPORÃO, José Gomes. *O SUS e o direito da coletividade*. Jornal Folha de São Paulo, 09/05/2009, p-A3.

UNGER, Mangabeira: *Saúde: questão de consciência*. Folha de São Paulo, A3, 24/01/2010.
Utilitarismo – Wikipédia a enciclopédia livre. http://pt.wikipedia.org/wiki/Utilitarismo.
Acesso em 13/05/2009.
VAZ, Faustino. *A Teoria da Justiça de John Rawls*. Crítica.
http://criticanarede.com/pol_justica.html- Acesso em 21/04/2009.
VIANA, Ana Luiza D'Avila; FAUSTO, Maria Cristina Rodrigues; DIAS DE LIMA, Luciana. *Política de saúde e equidade*. São Paulo em Perspectiva, 17(1);p 58-68, 2003.

O STATUS DO EMBRIÃO HUMANO PRÉ-IMPLANTADO

Josefa Jumar Ramos Souza[*]

Ana Patrícia Souza[**]

RESUMO: No presente trabalho será abordada a forma como a legislação brasileira tutela o embrião humano pré-implantado com fulcro no estudo das principais teorias que tratam do início da pessoa humana, no âmbito jurídico. Procurar-se-á conceituar embrião humano e discutir seu significado a partir do início da vida, mostrando que ele é pessoa e que possui direito à vida e à dignidade e como tal, deve ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa tem como foco o momento atual do desenvolvimento científico, mormente no que se refere às tecnologias de reprodução assistida, a fim de assegurar a observância dos princípios éticos e morais, e ao mesmo tempo não criar obstáculos ao avanço das pesquisas. Serão tecidas algumas considerações sobre as principais teorias que tratam sobre o início da vida humana, trazendo um paralelo com o Princípio da Dignidade Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, que deve ser utilizado como fonte de interpretação para regular o emprego de embriões humanos em experimentos científicos e técnicas de reprodução assistida.

PALAVRAS-CHAVE: Vida. Embrião Humano. Nascituro. Teorias da Personalidade. Dignidade Humana.

1 INTRODUÇÃO

O avanço científico notadamente no campo da reprodução assistida trouxe à tona reflexões de caráter ético refletindo na vida em sociedade,

* Bacharelada em Serviço Social pela Universidade Anhanguera, Pós-Graduada em Direito Civil pela Universidade Anhanguera, Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.
** Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Fanese, Pós-Graduada em Direito Penal pela Fase, Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

exigindo ditames de conduta juridicamente definidos, objetivando assegurar os princípios éticos tanto na criação quanto na utilização de novas tecnologias sem criar obstáculos para o desenvolvimento da ciência.

As técnicas de reprodução assistida trazem consigo uma série de problemas éticos para os quais o ordenamento jurídico pátrio ainda não oferece soluções adequadas à nova situação. Alguns autores chegam até mesmo a afirmar que o progresso técnico científico na área da procriação humana traduz-se na revolução mais profunda que o direito já sofreu até hoje.

Com o desenvolvimento da engenharia genética, o homem foi capaz de descobrir aspectos da sua evolução biológica e possibilitou a manipulação de material celular humano e consequentemente, a manipulação da própria vida.

Todavia, tais aspectos podem colidir com princípios fundamentais assegurados constitucionalmente e também protegidos pelos diplomas internacionais, dos quais destaca-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, gerando discussões de cunho moral, ético e jurídico, acerca da manipulação de material genético.

O uso indiscriminado das técnicas de reprodução humana assistida fez com que surgissem inúmeras controvérsias quanto ao embrião humano no que concerne a possibilidade de sua manipulação, aos limites dessa utilização, bem como ao destino dos embriões excedentários.

Nesse diapasão, surgiram questionamentos sobre qual seria o status jurídico do embrião humano, uma vez que este ser possui um estágio de desenvolvimento diferente do nascituro, da pessoa e da prole eventual, constituindo uma pessoa em formação.

O objetivo deste estudo é abordar a tutela jurídica do embrião pré-implantado de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, traçando um paralelo dos elementos jurídicos do embrião e da proteção assegurada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, traçando a diferenciação entre nascituro, embrião e feto.

O status jurídico do nascituro vem sendo tratado em diversos diplomas legais mas é no Direito Civil que ele encontra seu nascedouro, uma vez que ao se tratar do nascituro, estar se tratando do início da personalidade e partir daí surge a polêmica sobre em qual o momento a vida humana deve ser protegida.

O estudo elencará os aspectos essenciais de algumas das teorias que tratam sobre o início da vida humana, salientando que no que concerne às teorias que tratam sobre o início da personalidade, não há um consenso doutrinário sobre o assunto, ressaltando que o Código Civil confere proteção aos direitos do nascituro desde o momento da concepção.

Por fim, com base no estudo das teorias que tratam sobre o início da personalidade, será traçado um paralelo sobre o status jurídico do embrião humano pré-implantado, mencionando qual o entendimento do ordenamento jurídico pátrio sobre o assunto.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 CONDIÇÃO DO NASCITURO

A questão relativa à personalidade jurídica do embrião pré-implantado, não encontra entendimento pacificado juridicamente. Assim, é relevante a sua definição para que se determine a partir de que momento esse novo ser, será considerado vivo e terá personalidade jurídica.

Segundo Alves (2003, p. 97-111), no Direito Romano, a personalidade jurídica se iniciava quando presente os seguintes fatores: nascimento com vida, forma humana e a perfeição orgânica. Com a influência do Cristianismo (século XII), na Idade Média, chega-se ao consenso de que o sentido de pessoa está em um ser completo.

Na fase do Renascimento, a esse conceito foi acrescido o elemento dignidade humana, e, na Idade Moderna, o surgimento da expressão direitos fundamentais, refletem as mudanças ideológicas que emergiam no interior da sociedade.

O Código Civil tem várias disposições a respeito do nascituro, embora não o conceba com personalidade.

Na definição de Venosa (2003, p. 161),

> O nascituro é um ente já concebido que se distingue daquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um

> direito em mera situação de potencialidade para o que nem ainda foi concebido.

Ainda segundo Venosa, a posição do nascituro é peculiar, pois ele já tem um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade.

Nesse sentido, de acordo com a nossa legislação, inclusive no Código Civil de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

No entendimento de Venosa (2003, p. 161),

> O fato do nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribui personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito.

Convém ressaltar que a pacificação sobre o assunto ficou um pouco mais distante com os avanços da engenharia genética. Foram introduzidos novos aspectos ao debate pela necessidade de considerar a distinção entre o nascituro e o embrião, já que a concepção de um novo ser humano também pode ocorrer *in vitro*, mediante utilização de técnica de fertilização artificial.

No entendimento de Castro (2009, p. 12),

> Nascituro é o ser que está para nascer, já concebido e no ventre materno. A eventual formação do embrião, através de técnicas de reprodução assistida - ou popularmente, "fecundação artificial" -, não indica a existência da figura do nascituro, enquanto não implantado o embrião no ventre materno, isto é, enquanto *in vitro* ou crioconservado. Apenas é possível falar em nascituro quando já existe a gravidez.

Essa preocupação não existia no passado, e foi com o desenvolvimento de técnicas de reprodução assistida que surgiu a possibilidade de formação do embrião fora do ventre materno.

Para se entender a personalidade jurídica do embrião pré-implantado, faz-se necessário, trazer a lume as principais teorias acerca do início personalidade jurídica, as quais serão tratadas a seguir.

2.2 PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Dentre as teorias que tratam da personalidade jurídica do nascituro, destacam-se: a Teoria Natalista, a Teoria Concepcionista e a Teoria da Personalidade Condicional.

Segundo a teoria natalista, ao nascituro não deve ser reconhecida personalidade, embora lhe seja permitido o exercício de atos destinados à conservação de direitos, conforme dispõe o art. 130 do CC/02, na condição de titular de direito eventual, por se encontrar pendente condição suspensiva (nascimento com vida). Dentre os defensores desta estão: Cézar Fiuza, Espínola, Pontes de Miranda, Caio Mario da Silva Pereira e Sérgio Abdalla Semião.

Sobre o assunto, Monteiro (apud, Monteiro de Barros, 2006, p. 59) assim assevera:

> Para que ocorra o fato do nascimento, ponto de partida da personalidade, preciso que a criança se separe completamente do ventre materno. Ainda não terá nascido enquanto a este permanecer ligada ou haja exigido intervenção cirúrgica. Não importa, outrossim, tenha sido a termo ou fora do tempo.

Com relação à ruptura do cordão umbilical, Beviláqua (apud, Monteiro de Barros, 2006, p. 59) entende que para que o nascimento com vida se perfaça basta que a criança respire o ar atmosférico, razão pela qual também torna-se dispensável a separação completa do ventre materno.

Como se verifica, para esta teoria é insuficiente o nascimento; faz-se necessário que a criança tenha nascido com vida para que se lhe

reconheça a personalidade.

Uma técnica utilizada para provar que o nascimento com vida é a docimasia hidroestática de Galeno, segundo a qual os pulmões do recém-nascido são colocados num recipiente com água. Se sobrenadarem é porque a criança respirou, tendo nascido com vida; o que não acontece com os pulmões que não respiram, ficando comprovado que a criança não nasceu com vida.

Convém ressaltar que o legislador brasileiro adotou a teoria natalista, que exige para a aquisição da personalidade o nascimento com vida. É o entendimento que predomina na doutrina civilista e que se contrapõe a teoria concepcionista que defende o início da personalidade desde a concepção.

No Brasil, para a aquisição da personalidade, pouco importa o tempo de vida. Portanto, desde que tenha respirado, serão necessários dois registros: o de nascimento e o de óbito. Se, ao revés, não houver respirado, lavrar-se-á apenas o registro de óbito do nascituro, sendo vedado o registro do nascimento diante do fato de não ter sido pessoa.

Contudo, há que se perquirir que os defensores da corrente natalista não negam tais direitos ao nascituro, apenas rechaçam o exercício condicional destes, por entenderem que diante da ausência do atributo da personalidade jurídica, existiria apenas expectativa de direito.

Sobre tal situação, Tartuce (2008, p. 90) assevera que o grande problema da corrente natalista é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro.

Em sentido contrário está a Teoria Concepcionista, segundo a qual a concepção surge uma vida distinta, que por ser independente organicamente de sua mãe biológica, merece proteção.

Os defensores dessa corrente sustentam que o sistema jurídico brasileiro reconhece diversos direitos ao nascituro, a começar pelo Texto Constitucional, que lhe assegura o direito à vida (art. 5, caput), do qual decorre o direito à assistência ao pré-natal e a proibição da prática de aborto.

No entendimento de Ehrhardt Júnior (2011, p. 134), embora alguns não esclareçam qualquer diferença de tutela jurídica entre as mencionadas figuras, deve-se ressaltar que, independentemente da forma de fecundação (natural ou artificial), apenas com a nidação do

zigoto, ou seja, com a implantação da célula-ovo na parede do útero é que consideramos a existência de um nascituro.

Impende salientar que se confere ao nascituro, por exemplo, capacidade para figurar numa relação processual para reclamar alimentos, buscar reconhecimento de sua origem genética e pleitear reparação por danos. Existe ainda a possibilidade de o nascituro figurar como sujeito passivo de obrigação tributária, hipótese em que figura como contribuinte do imposto de transmissão *inter vivos*.

As situações descritas acima servem para corroborar a tese da Teoria Concepcionista que atualmente conta com mais adeptos entre os autores contemporâneos, dentre outros, segundo Tartuce (2008, p. 91) estão: Silmara Chinelato, Rubens Limongi França, Giselda Hironaka, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Maria Helena Diniz, Antônio Junqueira de Azevedo e Renan Lotufo.

Garcia (2004, p. 154) entende que não é pelo nascimento que se torna humano algo que não o seja; o ser humano, em todos os estados ou etapas, é homogêneo em si mesmo.

A autora acima entende que o feto deve ser considerado geneticamente único, irrepetível e autônomo, ressaltando que o nascimento não existe isolado, sendo este uma sucessão de fases, de modo que desde a concepção até a velhice é sempre o mesmo ser vivo que se desenvolve, amadurece e morre.

Já, os defensores da Teoria da Personalidade Condicional entendem que a personalidade jurídica do nascituro começa desde a concepção. Entretanto, os direitos estão sujeitos ao nascimento com vida.

A personalidade jurídica do nascituro só existirá se houver nascimento com vida. Havendo nascimento com vida, os seus direitos retroagem à data da concepção. Para os adeptos dessa teoria, o nascituro possui direitos sob condição suspensiva.

Nessa óptica, Wald (1995, p. 120) preleciona que a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de chegar o feto a não viver. De acordo com este entendimento, os direitos da personalidade do nascituro, ficarão condicionados ao nascimento com vida.

Há ainda uma corrente que defende que o início da vida ocorre com

a formação do sistema nervoso.

Segundo entendimento de Zatz (2004, p. 36) se a morte encefálica é inquestionavelmente considerada como o fim da vida, muitos pesquisadores consideram que o início da vida humana também devesse seguir o mesmo critério, ou seja: o início da atividade cerebral.

Uma outra corrente defende ainda que a vida começa com a concepção do embrião no útero. Para os adeptos dessa corrente, o embrião humano não poderia ser tido como nascituro, apesar de ser-lhe devido proteção jurídica como pessoa virtual com carga genética própria. Esta corrente entende que o nascituro só poderia ser considerado pessoa quando o ovo fosse implantado no útero materno.

Segundo Ehrhardt Júnior (2011, p. 136), a discussão não é dotada de utilidade prática, haja vista que nos moldes atuais não há vencedores e ressalta sobre a necessidade de se envidar esforços na busca constante de meios de efetivação e facilitação da proteção legal ao nascituro, redirecionando a discussão para os problemas pertinentes ao embrião em face das implicações éticas que encerram, já que o mencionado art. 2º do Código Civil de 2002 não trata da proteção jurídica deste.

Nesse diapasão, convém citar o entendimento de Nery Júnior e Nery (2007, p. 185): "antes de nascer o nascituro não tem personalidade jurídica, mas tem natureza humana (humanidade), razão de ser de sua proteção jurídica pelo CC".

Trata-se de momento que serve de marco para o início da discussão acerca de várias questões bioéticas, como por exemplo, a manipulação genética de embriões e a utilização de métodos contraceptivos como a "pílula do dia seguinte".

Diante das considerações feitas acerca do início da personalidade do homem, passar-se-á análise da condição jurídica do embrião humano proveniente da fertilização *in vitro*.

3 O STATUS DO EMBRIÃO HUMANO PRÉ-IMPLANTADO

Diante das novas técnicas de fertilização in vitro e do congelamento de embriões humanos, levantou-se o problema relativo ao momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, haja vista que a vida tem início naturalmente no ventre materno.

O embrião assim concebido não é nascituro, e a discussão jurídica

é se tal embrião pode ser tratado como pessoa, ou é equiparável ao nascituro, para efeito de proteção. Apesar de não se poder falar em nascituro ou em pessoa, é certa a preocupação legislativa em torno da proteção do embrião.

De acordo com o disposto no art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), permite-se a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que não atendidas determinadas condições, para fins de pesquisa e terapia.

Impende salientar que qualquer utilização de embriões humanos fora das hipóteses estritamente admitidas é capitulada como crime nos arts. 24 e seguintes da Lei 11.105/2005.

Segundo Castro (2009, p. 13), o embrião não implantado apesar de não ser considerado pessoa, recebe proteção e tratamento próprio do campo das pessoas, sem que, no entanto, se lhe garanta proteção equivalente ao nascituro, ao qual se ressalvam todos os direitos.

Exatamente pelo disposto no art. 2º do Código Civil de 2002 que assegura todos os direitos do nascituro, muitos autores insistem que é mais sistemático afirmar, contra a literalidade do seu texto, que o nascituro tem personalidade, sujeita a condição resolutiva. Argumenta-se ainda que o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao nosso direito e que indica que a personalidade se inicia com a concepção.

Ainda de acordo com Castro (2009, p. 13),

> (...) deve-se prestigiar o texto da lei; a personalidade se inicia com o nascimento, mas a ressalva aos direitos do nascituro é ampla, é genérica. De tal modo, as mais diversas situações, podendo o nascituro demandar o reconhecimento de sua filiação, pleitear alimentos, ser usufrutuário de bens, etc. Os seus direitos estão todos ressalvados, e daí que o nascituro pode ser parte processual, representado normalmente pela gestante. E é por isso que alguns autores reconhecem a aptidão genérica, não restrita, para o nascituro.

Segundo Araújo (2008, p. 21), ainda que o embrião não seja pessoa é de sua natureza que possa sê-lo, por conseguinte, deve ser afastada a

condição de coisa e resguardado o seu significado, enquanto origem da vida humana.

Convém destacar que existem opiniões doutrinárias contrárias acerca da diferenciação entre nascituro e embrião, das quais é o entendimento de Silmara Juny Chinelato.

Para a referida autora, deve-se adotar um conceito amplo de nascituro, abarcando o embrião pré-implantatório, ou seja, aquele que se encontra fora do ventre materno; e ressalta que nestes casos, concepção já existe, não havendo distinção na lei quanto ao *locus* da concepção.

Conforme preleciona Ehrhardt Júnior (2011, p. 137), uma vez percebida a distinção, torna-se mais fácil perceber que independentemente do sistema jurídico ter ou não ter concedido personalidade jurídica ao nascituro, sua condição de sujeito apto a figurar numa relação jurídica, assegurada no art. 2º do Digesto Diploma Civil, garante a titularidade dos direitos inerentes a sua condição humana.

Para o citado autor, a limitação de utilização de células embrionárias, prevista no art. 5º da Lei de Biossegurança, equivaleria ao reconhecimento de que o nascituro é uma pessoa humana.

Outuzar apud Garcia (2004, p. 151), entende que a perspectiva de novas técnicas de reprodução assistida e a manipulação genética humana, devem ser considerados os interesses individuais que podem ver-se afetados por essa nova tecnologia, como a vida, a integridade física ou psíquica e a liberdade individual.

O ponto fulcral da questão é saber se o embrião congelado, resultante da fertilização *in vitro*, é pessoa. A resposta a essa pergunta será feita tendo como parâmetro a Teoria Natalista e a Teoria Concepcionista, ressaltando que o ordenamento jurídico brasileiro não trata do embrião pré-implantado.

Borba apud Venosa (2003, p. 151) aponta que, pela circunstância dos direitos da personalidade estarem intimamente ligados à pessoa humana, possuem a característica de serem inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independendo de qualquer vontade.

Preleciona Venosa (2003, p. 160) que em razão dos novos horizontes da ciência genética, procura-se proteger também o embrião, segundo projeto que pretende já alterar essa dicção da nova lei.

O autor supra mencionado ressalta ainda que o ordenamento brasileiro poderia ter seguido a orientação do Código Francês, o qual estabelece que a personalidade começa com a concepção, diferentemente do nosso ordenamento, no qual predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade.

Impende salientar que os direitos do nascituro estão dispostos no Código Civil de 2002, uma vez que os seus direitos são salvaguardados e também no Código Penal, no que concerne à vedação da prática do aborto.

Observa-se diante de tal situação que o nascituro tem uma posição peculiar dentro do ordenamento jurídico brasileiro haja vista que, embora não tenha adquirido ainda todos os requisitos da personalidade, recebe a proteção do Código Civil e do Código Penal.

Todavia, adverte Venosa (2003, p. 161) que apesar do nascituro ter a proteção legal de seus direitos desde a concepção, não se pode imaginar que ele tenha personalidade tal como a concebe o ordenamento. Nesse sentido,

> O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribui personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito. [...] Há tentativas legislativas no sentido de ampliar essa proteção ao próprio embrião, o que alargaria em demasia essa personalidade (VENOSA, 2003, p. 161).

A afirmação do autor supra mencionado, corrobora o entendimento de que não há violação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o referido princípio faz alusão ao respeito à pessoa não havendo, portanto, referência à vida humana.

Dessa forma, não há por que se debater a questão da existência da vida humana ou não, em se tratando de embrião.

Por oportuno, corrobora ainda menção de que o embrião pré-implantado não foi tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o código civil refere-se à questão do nascituro e o código

penal ao vedar a prática do aborto faz alusão ao feto, entes que não correspondem ao embrião pré-implantado.

Considerável parcela doutrinária defende que o direito civil positivo adotou, nesse particular, a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida. Pelos que defendem a teoria natalista, o nascituro não sendo pessoa, possui apenas mera expectativa de direitos.

Contrários a esse posicionamento estão os adeptos da teoria concepcionista, segundo a qual o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, posicionamento seguido por Gagliano e Pamplona Filho. Apresentam-se favoráveis à ampla proteção do embrião concebido *in vitro*, uma vez que não reputam justo haver diferença de tratamento em face do nascituro pelo simples fato de deste ter se desenvolvido intrauterinamente.

Aludem os referidos autores,

> Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intrauterina – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos (GLAGIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 93).

Ressalte-se que, de acordo com a teoria concepcionista, ao nascituro estaria assegurada apenas a titularidade de direitos da personalidade, como por exemplo, o direito à vida e a uma gestação saudável, não estando assegurados entretanto, os direitos patrimoniais, os quais estão condicionados ao nascimento com vida.

Sobre esta questão, adverte Diniz (2002, p. 7) que na vida intrauterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal. No que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.

Assevera ainda a autora que o embrião humano congelado não poderia ter sido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual com carga genética própria (DINIZ, 2002, p. 8).

Rodrigues (2003, p. 36) define o nascituro como sendo aquele ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. Para este autor, a lei não concebe personalidade ao nascituro, a qual lhe será conferida se nascer com vida.

Dessa forma, o nascituro só será pessoa quando o ovo fecundado for implantado no útero materno, sob a condição do nascimento com vida, uma vez que na fecundação na proveta, embora seja a fecundação do óvulo pelo espermatozoide que inicia a vida, é a nidação do ovo ou zigoto que a garantirá.

Contestando tal assertiva, Diniz assevera que,

> Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher (2002, p. 8).

Pelos posicionamentos dos doutrinadores acima mencionados, verifica-se que existe uma profunda controvérsia no que concerne a questão do nascituro, o qual, apesar de não ser considerado pessoa, tem os seus direitos resguardados desde a concepção.

Entretanto, o ponto central da questão ora apresentada é se o embrião é pessoa humana, haja vista que conforme já fora mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro não protege a vida humana por si só, mas sim a vida da pessoa humana.

De acordo com o entendimento da maioria dos doutrinadores citados o nascituro, embora tenha proteção legal dos seus direitos não é considerado pessoa. Por esta razão, não há porque falar que a utilização de embriões humanos em pesquisa e terapia viola o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Trazendo a lume entendimento de Oliveira (2005, p. 27), a qual

assevera que a inviolabilidade do direito à vida diz respeito aos brasileiros, considerando os nascidos, e, por outro lado o princípio da dignidade da pessoa humana tutela o ser humano que recebe o qualificativo pessoa.

No entendimento de Semião (2000, p. 175), no ordenamento jurídico brasileiro não existe qualquer proibição quanto à destruição do embrião congelado porque considera que a Constituição Federal em seu art. 5º concede direito à vida apenas aos indivíduos já nascidos, brasileiros e estrangeiros. Segundo ele, tal conceito está ligado diretamente à nacionalidade, estando dessa forma, vinculado diretamente ao nascimento.

Entendimento oposto advém dos defensores da teoria concepcionista. Para os adeptos dessa corrente, o embrião humano pré-implantado merece toda proteção de uma pessoa já nascida, independentemente de sua viabilidade de desenvolvimento.

Contestam o argumento dos natalistas quanto à análise do art. 5º da Constituição Federal de 1988, sob a alegação de que o direito à vida é inerente a qualquer pessoa independentemente de ser brasileiro ou estrangeiro, não tendo tal garantia, ligação com a nacionalidade.

Assim, consideram o ser concebido, mas ainda não nascido, como pessoa. De acordo com esse entendimento, os embriões excedentes não podem ser descartados, uma vez que se trata de vidas humanas, resguardando-se seus direitos desde a concepção mesmo que esta ocorra fora do ventre materno.

Segundo preleciona Barboza (2005, p. 264) uma vida humana, entretanto, não é ainda homem-pessoa, merecendo portanto, tutela jurídica inferior a esse. Assim,

> [...] Se é certo que o concebido não é coisa, atribuir ao embrião pré-implantatório natureza de pessoa ou personalidade seria uma demasia, visto que poderá permanecer indefinidamente como uma potencialidade (BARBOZA, 2005, p. 266).

Com esta afirmativa, a autora respalda a ideia de que o poder legiferante ao aprovar o artigo 5º da Lei de Biossegurança adotou teoria compatível com os valores últimos do Estado Democrático de Direito, haja vista que o poder constituinte originário não tratou de conferir um

status jurídico ao embrião pré-implantado.

Conforme já mencionado anteriormente, para os natalistas, o nascituro não é pessoa, embora tenha vida humana. Logo, os embriões excedentes, segundo os adeptos dessa teoria não são pessoas, e, por isso, admitem que eles sejam destruídos, ante a falta de viabilidade para sobreviverem, se não forem implantados logo no útero materno.

Dessa forma, de acordo com a teoria natalista não há proteção aos embriões que vivem extrainterinamente, podendo, então, serem utilizados para fins de pesquisa e terapia, desde que respeitem aos parâmetros estabelecidos na Lei de Biossegurança.

No entendimento de Ehrhardt Júnior (2011, p. 140), a distinção entre nascituro e embrião mostrou-se decisiva para a formação do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto sobre a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas que apresentou notável contribuição para dirimir a já clássica discussão entre concepcionista e natalistas.

Convém destacar que o Supremo Tribunal Federal por maioria dos votos julgou improcedente a Adin 3.5100/DF declarando a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança que prever a utilização de pesquisas com células-tronco embrionárias a partir de embriões humanos congelados.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que não há uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e que não é papel daquela Corte Suprema estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente estabelecidos na própria Lei Maior.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa, verificou-se que o embrião humano implantado tem a sua tutela equiparada a do nascituro. Já, o embrião resultado da fertilização *in vitro*, enquanto não estiver implantado no útero materno não goza da proteção conferida aos demais, e, assim, não pode ser considerado ente humano.

Contextualmente, o estudo das teorias que tratam sobre o início da vida foi importante para o objeto dessa pesquisa. Nesse diapasão, pode-se inferir que a Teoria Concepcionista é a mais adequada em tutelar os

direitos do embrião implantado, pois o considera pessoa humana em estado de latência.

Assim sendo, tendo em vista que o embrião como pessoa em potencial deve merecer todo respeito e dignidade que é dado a todo homem.

É indubitável que a retirada de uma vida humana é crime contra a pessoa. Nesse ínterim, a interrupção da vida de um embrião congelado, ou qualquer outra forma de interrupção voluntária da vida também configura um fato antijurídico em sua essência.

Impende salientar que a produção científica da humanidade na área da biotecnologia avança num ritmo acelerado. Nos últimos anos, o mundo foi palco de descobertas surpreendentes e revolucionárias na área da ciência genética.

O anseio muito grande pelo novo que a sociedade pós-industrial tem, traz como consequências a capacidade técnica de interferir cada vez mais em coisas que antes estavam muito além da sua esfera de ingerência.

Todavia, convém salientar que a manipulação *extra corporis* de embriões humanos traz consigo a análise de aspectos jurídicos muito delicados e por vezes inexplorados, sobretudo no que pertine aos embriões excedentários, ou seja, aqueles embriões que não são implantados no útero da mulher e que são congelados para eventual utilização.

Ora, a sociedade deve estar atenta a esta nova realidade, haja vista que inevitáveis conflitos de interesse, tendem a ganhar força. Nessa esteira, o Direito enquanto ciência social e de caráter multidisciplinar não pode em hipótese alguma ficar inerte, sendo necessária uma reflexão ético-jurídica de forma conjunta e consciente.

As inovações tecnológicas no campo da biotecnologia têm trazido possibilidades nunca antes tratadas pelo direito, e, em razão disso são desprovidas de proteção legal. É papel do direito, tentar se adequar às novas proposições, buscando sempre abarcar as possíveis consequências.

Nesse diapasão, a Lei de Biossegurança permite em seu art. 5, que células-tronco embrionárias sejam utilizadas para fins de pesquisa e terapia, obtidas a parte de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e que não foram implantados no ventre da mulher,

desde que sejam atendidas certas condições.

Convém destacar que para os que são adeptos de que o embrião fertilizado in vitro não merece proteção legal, entendem que não há problema em descartá-lo. Pelo princípio da legalidade, tem-se que tudo aquilo que não for proibido por lei, é permitido aos particulares em geral.

Nesse sentido, não havendo proibição legal expressa ao descarte dos embriões excedentários, não há crime por parte dos médicos que destroem embriões em estado pré-implantatório.

A discussão ganha força na medida em que se multiplicam as formas de agressão ao ser concebido, não apenas limitadas ao aborto, mas também, a experimentação e manipulação genéticas com embriões e à produção de um número desnecessário de embriões para a fecundação assistida ou para finalidades não ligadas à procriação, tais como: cosméticas, industriais ou de extração de tecidos para transplantes.

Cabe ressaltar que o direito sempre conferiu proteção jurídica ao nascituro, embora não haja consenso sobre sua natureza jurídica. Alguns consideram, tratar-se de direitos sem sujeito; outros entendem que há no caso só meros estados de vinculação, passando pela retroacção da personalidade ao momento da constituição do direito e, há outros que sustentam haver lugar entre a concepção e o nascimento a uma personalidade parcial.

Impende salientar que a controvérsia doutrinária acerca da personalidade jurídica do nascituro apresenta relevância jurídica, pois implica em numerosas consequências práticas, haja vista que quem afirma personalidade afirma direitos e obrigações.

Cabe asseverar que não existe ainda um estatuto próprio para o embrião. Desta feita, no período entre a fertilização in vitro e a implantação no útero materno o embrião não é objeto de tutela específica. Essa tutela será mais ou menos intensa de acordo com o estatuto que lhe seja atribuído no plano ético jurídico, qual seja, pessoa ou coisa.

É claro que todo avanço tem um preço. Todavia, tal preço não pode ser pago com vidas humanas. Os avanços científicos devem pautar-se nos valores contidos na Constituição, pois a vida humana é um valor superior previsto no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Nesse diapasão, pode-se inferir que o embrião pré-implantado

deve ser tratado pelo Direito como pessoa, ou seja, como sujeito detentor de direitos da personalidade. Ainda que se adote a corrente contrária, a proteção legal da vida antes do nascimento deve alcançar a existência desde o momento da concepção. Portanto, o embrião é indubitavelmente, um bem a ser protegido legalmente.

Assim, o direito à vida corresponde não apenas ao ato de nascer, mas é abrangente ao ser humano como organização corpórea, plasmada no desenvolvimento do embrião, suscetível de proteção onde quer que se encontre.

___

THE STATUS OF HUMAN PRE-EMBRYO IMPLANTED

ABSTRACT: In the present work will be discussed how Brazilian law protects the human embryo pre - deployed with the fulcrum in the study the major theories dealing with the beginning of the human person, in the legal sphere. Search will conceptualize human embryo and discuss its meaning from the beginning of life, showing that he is a person and has the right to life and dignity, and as such, should be protected by Brazilian law. The research focuses on the current situation of scientific development, especially with regard to assisted reproductive technologies in order to ensure compliance with the ethical and moral principles, while not hindering the advancement of research. Will be woven some considerations about the main theories that deal with the beginning of human life, bringing a parallel with the Principle of Human Dignity, the foundation of the democratic rule of law, which should be used as a source of interpretation to regulate the use of human embryos in scientific experiments and assisted reproductive techniques .

KEYWORDS: Life. Human Embryo. Unborn. Theories of Personality. Human Dignity.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles de. *Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo*. In Revista trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, vol 35, jul/set 2008.1.

ALVES, J. C. M. *Direito Romano*. Vol. I. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense,

2003.
BARBOZA, Heloisa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*. In CASALONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliana Fernandes (Orgs). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil*, v. 1: Lei de introdução e parte geral. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2006.
BRASIL, *Código Civil*. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Aspectos controvertidos da situação jurídica do nascituro*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_ link=revista_artigos _ leitura & artigo_ed = 11922 >.Acesso em nov 2013.
BRASIL. Lei n.º 11.105/2005. Dispõe sobre a política nacional de biossegurança. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2004_2006_2005/Lei/L11105.htm. Acesso em 20.out.2013
CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil* – Lições. 3. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2009.
CHINELATO, Silmara Juny. *Estatuto Jurídico do Nascituro*: o Direito Brasileiro. In Questões controvertidas. Parte Geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2008.
DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil*: LINDB e Parte Geral. Volume 1. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2011.
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil***:** teoria geral. 8. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6 ed. São paulo: Saraiva, 2005.
GARCIA, Maria. *Limites da ciência*: A dignidade da pessoa: A ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed. 2007.
OLIVEIRA, Aline Albuquerque**.** *A constitucionalidade material do artigo 5º da lei de biossegurança.* Revista Prática Jurídica, Brasília, ano IV, n. 42, p. 26-29, 30. set. 2005.
RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*: parte geral. Vol I, 33 ed. São Paulo:

Saraiva, 2003.
SEMIÃO, Sergio Abdalla. *Os direitos do nascituro*: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo horizonte: Del Rey, 2000.
TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página virada no Direito Brasileiro. In *Questões Controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2008.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
ZATZ, Mayana. *Ética*: Da clonagem aos testes genéticos. In Borem Santos. Biotecnologia de A a Z, Viçosa: UFV, 2003.
ZATZ, Mayana. *Células-tronco*. Revista Consulex, ano VIII, n.º 180, 15 jul. 2004.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: RELEVÂNCIA PROCESSUAL E PROCEDIMENTAL

Thaïs Carvalho Santos*

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de abordar um estudo aprofundado sobre a inversão do ônus da prova. Para entender o tema deve-se primeiramente compreender o histórico da relação de consumo. Partindo desse princípio, analisar qual a intenção do legislador em instituir o Código de Defesa do Consumidor, bem como a inversão do ônus da prova. Esse trabalho objetivou demonstrar que o legislador criou tal instituto para proteger a parte mais vulnerável da relação, ou seja, o consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Inversão. Equilíbrio.

1 INTRODUÇÃO

Diante das desigualdades presentes nas relações de consumo entre o consumidor e o fornecedor, foi necessária a criação do CDC, para que este viesse a viabilizar uma proteção significativa impondo regras e limites ao universo que usualmente privilegiou o fornecedor.

A inversão do ônus da prova, por sua vez, passa a caminhar paralelamente às novas regras de consumo e toma forma sólida ao longo do espaço-tempo, trazendo consigo meios para coibir e inibir a prática abusiva e desleal de muitos fornecedores em detrimento dos consumidores.

Instituto pelo qual possui a capacidade de proteção da parte mais vulnerável, onde ocorrem situações em que o consumidor torna-se refém da própria relação a qual foi estabelecida no passado objetivando um resultado satisfatório e posteriormente vendo-se impotente frente a situação apresentada no âmbito legal.

* Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes Aracaju/SE. Autora do artigo jurídico "O Juiz Moderno na Aplicabilidade do Direito". Formação em Conciliação, Mediação, Juízo Arbitral, Justiça de Paz, Conciliação Criminal e Mediação em Direito de Família pelo IEB- Instituto de Excelência da Bahia, Salvador/BA.

Todavia, podemos ressaltar que diante dos aspectos pontuados, há de se observar que existem diversas linhas doutrinárias que divergem quanto ao momento ideal da inversão, acrescentando por sua vez a dinâmica da persecução na busca pelo que é justo e de direito do mundo jurídico.

Entendemos que a ideia em demonstrar que a inversão do ônus da prova nas relações de consumo vem agregar aos momentos processual e procedimental.

2 HISTÓRICO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Verifica-se observar ao longo do período histórico nas relações de consumo, que precipuamente havia uma característica de fator determinante à época; a forte e marcante predominância do individualismo nas relações sociais. Onde as pessoas buscavam adquirir um bem somente para usufruto individual, uma vez que na época comercializavam-se basicamente produtos para o sustento familiar, gerando dessa forma um ciclo vicioso e sem perspectiva de crescimento coletivo.

Os impactos da Revolução Industrial chegam ao Brasil, e de uma forma discreta faz com que essa situação se modifique lentamente, até porque os comerciantes passaram a fornecer à sociedade um número maior de produtos, aumentando o poder de negociar entre as pessoas, mesmo com a falta de leis e regras que regulamentassem essa nova relação que estava surgindo.

Diante da presente situação, o capitalismo começa a crescer no país, o índice de produtos e a venda no mercado passam aumentar a cada dia, o poder de compra cresce e uma nova sociedade surge no Brasil, a consumerista. De um lado os grandes comerciantes, os quais se utilizavam de vários meios para vender o produto à sociedade, e do outro, os consumidores, estes cada vez mais com vontade de adquirir os novos produtos oferecidos pelos comerciantes.

Mesmo com a Revolução Industrial crescendo e o capitalismo tomando conta do país, infelizmente o individualismo ainda era bastante evidente, pois os comerciantes faziam o impossível para que os consumidores comprassem as mercadorias à venda, não se importando com os problemas que poderiam advir das mercadorias ou situações extremamente complicadas que viessem afetar o consumidor. Desta forma era imprescindível o surgimento de uma lei específica acerca das

relações de consumo para que existisse uma regulamentação. Trazendo uma proteção mais eficaz para o consumidor, afinal de contas o comércio havia aumentado significativamente e o surgimento de um código traria mais segurança para que o consumidor fosse amparado legalmente.

O índice de produtos oferecidos aumenta e o consumidor se vê em um momento delicado, pois o que se oferecia era cada vez mais moderno, e a sociedade se sentia cada dia mais pressionada a adquirir os produtos oferecidos pelos comerciantes. Diante dessa situação, o consumidor ficou em total desvantagem com relação ao fornecedor, pois estes devido ao crescimento do comércio tinham aumentado o poder de aprimorar técnicas para fazer com que os consumidores perdessem o seu poder de escolha, impondo que aceitassem regras preestabelecidas por eles, e sendo assim os consumidores não agiam e ficavam sem ter acesso aos produtos de que necessitavam.

O Consumidor então passa a ganhar espaço, e ter o seu valor reconhecido, mesmo que fora do país, e de forma bastante simples. O Presidente Kennedy, dos Estados Unidos, enviou uma mensagem de extrema importância para o Consumidor ao Congresso Americano no dia 15 de março de 1962, fazendo a exigência do surgimento de quatro direitos básicos inerentes ao Consumidor que eram: direito à informação, direito a ser ouvido, direito à escolha e direito à segurança.

Com relação a esse importante documento, o autor Luiz Otavio de Oliveira Amaral[1] escreve:

> Nesse mesmo documento proclamou-se "que o Consumidor tem direito à segurança, à informação, à escolha e a ser ouvido". Por isso desde 1962, a data de 15 de março é dedicada ao Dia Mundial dos Direitos do Consumidor. Posteriormente, a Organização Internacional das Associações de Consumidores (IOCU) acrescentou, aos quatro primeiros direitos, outros quatro direitos básicos, a saber: "A satisfação das necessidades básicas, à indenização, à educação, ao ambiente saudável" (2010, p. 20).

Já o autor Sergio Cavalieri Filho[2] disserta que:

> Na visão do Presidente Kennedy, o direito à saúde traduzir-se-ia, basicamente, na proteção dos consumidores contra a venda de produtos que comportassem um risco para a saúde ou para a vida. O direito de ser informado, consistiria na proteção contra a informação, a publicidade, a etiquetagem ou qualquer outra prática fraudulenta, enganosa ou capaz de induzir gravemente um erro, e na garantia de recebimento de todos os elementos de informação indispensáveis a uma escolha esclarecida. O direito de escolher traduzir-se-ia em assegurar ao consumidor, sempre que possível, o acesso a uma variedade de produtos e de serviços a preços competitivos e, onde não houvesse competição, fossem assegurados aos consumidores produtos e serviços de qualidade e a preços justos. O direito de ser ouvido consubstanciava-se na garantia de os interesses dos consumidores serem tomados em total e especial consideração na formulação das políticas governamentais e de que eles seriam tratados de maneira justa, equitativa e rápida nos tribunais administrativos (2010 p. 5-6).

Depois dessas breves e importantes exigências, era necessário que o Código de Defesa do Consumidor fosse instaurado, pois não era mais admissível existir conflitos não regulamentados entre o consumidor e o fornecedor**.** A esperança reina entre os consumidores, pois com o surgimento dessa lei estes passaram a observar uma luz que acabara de sair do fim do túnel com o objetivo de fazer com que os fornecedores não mais fizessem arbitrariedades, ou seja, usasse a falta de lei que regulamentasse a relação de consumo para agir em desfavor do consumidor.

Para a alegria do **c**onsumidor, no ano de 1990, através da Lei 8.078 surge o Código de Defesa do Consumidor, instaurando medidas de controle para a relação de consumo. Regularizando metas a serem cumpridas pelos fornecedores para que prestassem serviços corretos à população, informassem ao consumidor perfeitamente sobre o produto adquirido, alertando para que o mesmo não caísse na tentação da propaganda enganosa, entre outros. Com o Código em vigência, abre-se espaço para os chamados PROCON'S**,** estes que agem em favor do

consumidor para solucionar ou regularizar pequenas pendências.

O autor Luiz Otavio de Oliveira Amaral[3] afirma que:

> O Código em linhas gerais, trouxe ao Consumidor brasileiro a proteção da saúde, a educação para o consumo, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, a proteção contratual (destaque das cláusulas desfavoráveis, controle judicial de boa-fé, da transparência pela consciência do sentido e alcance das cláusulas). Trouxe também a substituição da igualdade formal (promessa vazia do velho direito) pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor, que conduz a inversão do ônus da prova, o acesso à justiça, à indenização, à qualidade dos serviços públicos, entre outros direitos (2010, p. 33).

Portanto, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor surgiu com o objetivo de por um fim nas irregularidades existentes na relação entre consumidor e fornecedor, diminuindo as desigualdades e estabelecendo um equilíbrio entre ambos.

3 PROVA NO PROCESSO CIVIL

3.1 CONCEITO DE PROVA

A prova tem o intuito de auxiliar o juiz no seu convencimento, obtendo dessa forma uma análise mais específica sobre os fatos relatados pelas partes que estão em lide. O juiz tem o dever de observar cada detalhe produzido, para posteriormente conseguir embasar a sentença, sustentando assim o real motivo da decisão. Desta forma, aquele deve ter um cuidado minucioso com as provas demonstradas para ao final do processo solucionar o conflito presente, com uma sentença justa, ou se assim não for, que seja equilibrada, com todos os requisitos demonstrados em lei.

O autor Cláudio Zalona Latorraca[4] disserta que:

> Prova é o meio eficaz através do qual se pretende chegar à verdade, infundindo-se no eu, no espírito

> e na mente, a aceitabilidade, a certeza, a razão, a convicção e a lógica em relação a determinados fatos, elementos ou coisas. Pode se conceituar a prova, também como a somatória de meios morais, legais e legítimos que, alicerçados num interesse jurídico ou numa pretensão, são idôneos e satisfatórios, para que se comprove a veracidade dos fatos alegados, em juízo ou extrajudicialmente; fatos esses que constituem o ponto essencial de equilíbrio de um negócio jurídico concreto ou abstrato, ou de um negócio meta jurídico (1990, p. 9).

Sendo assim, prova pode ser considerada todos aqueles meios em que são utilizados para demonstrar ao juiz a veracidade dos fatos. Diante desta afirmação o autor Luiz Fux afirma que, "A prova é o meio do qual as partes demonstram, em juízo, a existência dos fatos necessários à definição do direito em conflito. Provar significa formar a definição do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes para a causa" (2001, p. 594).

Mediante as provas, o juiz pode solucionar conflitos, e para que isso ocorra as partes envolvidas devem tentar convencer o juiz das "verdades" alegadas, o qual irá formar um juízo de valor e sentenciar de acordo com o que está presente nos autos. É necessário demonstrar ao juiz provas concretas, lícitas e verdadeiras para que este analise com a devida cautela e possa proferir uma sentença favorável a uma das partes, ou que seja do interesse de ambas.

Acerca dessa importante questão, Vicente Grecco Filho[5] relata:

> Provar é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato, a palavra prova origina-se do latim *probatio*, ou seja, persuadir, demonstrar, em virtude do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, procurar equilibrar a posição das partes, atendendo critérios da existência da verossimilhança do alegado pelo consumidor (1997, p. 325).

Portanto, percebe-se diante desse pequeno estudo que a prova tem o objetivo de descobrir a verdade entre os fatos alegados, para que o mesmo possa construir o seu convencimento e julgar a lide de acordo

com o caso concreto, sendo importante ressaltar que nem todas as provas demonstradas nos autos podem ser consideradas verdadeiras, pois podem não corresponder à realidade, por isso o juiz deve analisá-las com bastante cautela para não oferecer uma sentença que seja injusta. É certo que a verdade encontrada pelo juiz pode não ser absoluta, mas sim relativa, e neste caso o que importa é a obtenção das provas para conseguir chegar à verdade real e diante dela obter uma convicção pessoal sobre os fatos alegados, dando total fundamentação ao que considera correto.

3.2 OBJETOS DE PROVA

São considerados fatos que estão dentro do processo, sendo necessário ser controverso, pois se dessa forma não for, haverá a chamada presunção legal, ou seja, será considerada extremamente desnecessária a produção de provas, pois se ambas as partes contam, demonstram e narram os fatos da mesma forma, não é necessário existir provas. O artigo 334 do Código de Processo Civil, o qual disserta de forma bastante clara que aqueles fatos considerados notórios não serão preciso provar, pois já são aceitos de forma imediata, presumindo realmente que esses fatos estão dentro da realidade, ou seja, se uma parte afirma a existência de tal fato e a outra parte concorda, confessa, óbvio que esses fatos alegados não precisam ser provados.

O que se tem a importância de provar são os fatos principais, para que o juiz se convença da veracidade das provas alegadas, já os fatos notórios exemplificado acima, são considerados totalmente irrelevantes para o litígio a ser solucionado.

3.3 MEIOS DE PROVA

São meios lícitos e legais, dos quais as partes envolvidas no conflito devem utilizar para obter um resultado bastante eficaz ao seu favor, devendo assim ao alegar tais provas demonstrar idoneidade, seriedade e compromisso com a verdade, para ao final do processo não ter uma surpresa negativa com a sentença do juiz.

Cabe lembrar que no Processo Civil existem importantes meios de provas cabíveis que são o depoimento pessoal, artigos 342 a 347 do Código de Processo Civil. A confissão, artigos 348 a 354, se este último

existir será dispensada as outras provas que tratam sobre o fato, como também a demonstração de coisas e documentos pertinentes à prova, que está nos artigos 335 a 363. A prova documental, artigos 364 a 369, prova testemunhal, artigos 400 a 419, prova pericial, presente nos artigos 420 a 439, e a inspeção judicial, que estão nos artigos 440 a 443, e por fim a prova emprestada, ou seja, uma prova que já foi produzida em outro processo julgado, e assim existir uma celeridade maior no andamento dos processos.

O autor Cláudio Zalona Latorraca[6] disserta:

> ... Os elementos Constitutivos de um fato, de acordo com a sua forma, ensejarão a produção de determinado tipo de prova. Dependendo do tipo de prova utilizada, obter-se-á um determinado resultado, que deve estar em consonância com seu movimento causador inicial. As provas documental, testemunhal, pericial, indiciária, confissão e inspeção judicial possuem características próprias e, por conseguinte inconfundíveis entre si, acarretando fatos jurídicos diversos, devido as suas diferentes naturezas jurídicas. A produção conjunta ou separada de provas deve ser cuidadosamente elaborada, não devendo ser utilizada ao acaso (1990, p. 12).

Percebe-se então que esses meios de provas citados são de extrema importância para a composição de um processo, pois jamais o juiz vai imaginar quais são os dados físicos que incorporam o fato se não constam nos autos.

3.4 MOMENTOS DA PROVA

São consideradas etapas, procedimento que as partes envolvidas em um litígio devem seguir. O Requerimento, o Deferimento e o Momento da Produção.

No requerimento, tem-se uma petição inicial para o fornecedor e uma contestação para o consumidor, ou ao contrário. Nesse momento, ambas as partes tentam pleitear ao órgão judiciário a demonstração de uma prova que possa fazer parte da decisão do magistrado, influenciando

na sentença que será proferida, sendo assim é imprescindível nesta fase indicar ao juiz as provas que querem demonstrar.

O deferimento é considerado o momento em que as provas demonstradas são admitidas, pois tiveram importância devido ao fato alegado. Nesta existe a economia processual, pois tem a capacidade de filtrar quais são as provas inúteis com o intuito de não haver perda de tempo.

Cláudio Zalona Latorraca[7] relata:

> O juiz, levando em conta a eficácia, pertinência e a procedência das provas propostas ou já evidenciadas nos autos, procederá a averiguação do teor e da veracidade das mesmas. Excluirá as provas que julgar impertinentes, ilícitas ou ilegítimas, ou aquelas que os usos e os bons costumes não admitem. O árbitro também levará em consideração os meios de prova que ajudarem a impulsionar o processo para sua rápida resolução, assim como repelirá os meios probantes, protelatórios, temerários, ou que só tragam consequências negativas para a decisão da causa (1990, p. 18).

E por fim, têm-se o momento da produção de provas, este acontece na audiência de instrução e julgamento, tendo como exceção a prova declaratória, pois acontece devido a um depoimento consentido de uma pessoa que esteja enferma, com dificuldade de comparecer ao juízo, o lugar será determinado pelo juiz, pois deve ser um local apropriado para a pessoa ser ouvida.

O mesmo acontece em um processo cautelar, qual pode existir uma prova antecipada, pois uma testemunha ou parte pode não comparecer no depoimento em audiência devido a uma enfermidade ou idade avançada, podendo assim ocorrer uma morte no andamento do processo, por isso deve ser o depoimento antecipado, porque se isso acontecer, a testemunha ou a parte já terá sido ouvida.

3.5 DESTINATÁRIO DA PROVA

Com a apresentação das provas que as partes consideram importantes para o processo, o juiz irá observar quais as pretensões alegadas e

imediatamente irá deferir ou indeferir o que fora proposto.

Por essa questão, a prova é destinada ao juiz de Direito, ou a um órgão julgador, para que este se convença da verdade dos fatos alegados através da análise das provas. Tal requisito tem o poder de auxiliar o juiz a elaborar uma sentença fundamentada. É necessário porém que as partes envolvidas no processo demonstrem quais as suas pretensões através dos fatos apresentados, juntamente com as provas obtidas para o Poder Judiciário resolver o conflito de uma forma pacífica, legal e boa para ambas as partes.

4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A inversão do ônus da prova é um direito oferecido ao consumidor para ajudar na sua defesa, essa inversão fica a cargo do juiz, a qual só pode ocorrer se a alegação do consumidor for considerada verossímel ou o mesmo for hipossuficiente. Essas situações estão descritas no artigo 6º, VIII, do CDC, pois se tem o intuito de equilibrar a relação processual existente entre consumidor e fornecedor.

De forma bastante interessante o CDC defende que somente caberá a inversão se for a favor do consumidor, pois considera o mesmo na parte mais fraca da relação, ou seja, a mais vulnerável.

O autor Sérgio Cavalieri Filho[8] relata que:

> A inversão do ônus da prova consiste, em última instância, em retirar dos ombros do consumidor a carga da prova referente aos fatos do seu interesse. Presumem-se verdadeiros os fatos por ele alegados, cabendo ao fornecedor a prova em sentido contrário (2010, p. 325).

Sérgio Cavalieri Filho[9] com intuito de demonstrar um conhecimento a mais sobre essa questão abordou em seu livro *Programa de Direito do Consumidor*, do ano de 2010, uma jurisprudência acerca do assunto qual afirma:

> PROVA. INVERSÃO DO ÔNUS. EFEITOS.A inversão do ônus probandi, a critério do juiz, é

> princípio do Código de Defesa do Consumidor que tem por finalidade equilibrar a posição das partes no processo, atendendo aos critérios da verossimilhança ou da hipossuficiência. Estabelecida a inversão pelo juiz, aprova a ser produzida passa a ser do interesse do Fornecedor, sob pena de não elidir a presunção que milita em favor do consumidor em face da plausividade de sua alegação (Ag.Inst.n 9403.2001, 2ª Câmara Cível do TJRJ,Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho) (2010, p. 325).

Portanto, ao analisar os requisitos da inversão, ou seja, a hipossuficiência e a verossimihança, se ambas estiverem presentes, o juiz pode conceder a inversão do ônus da prova. Essa medida visa fazer com que o consumidor esteja em um patamar de igualdade com o fornecedor na relação jurídica, existindo assim um equilíbrio entre as partes.

4.2 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SE CONFIGURAR A INVERSÃO

O Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no artigo 6º, inciso VIII, demonstra que para a inversão do ônus da prova ser colocado em prática, são necessários a existência de alguns requisitos.

4.2.1 VEROSSIMILHANÇA

O autor Sérgio Cavalieri Filho[10] disserta que:

> Verossimilhança é a aparência de veracidade que resulta de uma situação fática com base naquilo que normalmente acontece, ou, ainda, porque um fato é ordinariamente a consequência de outro, de sorte que existente este, admite-se a existência daquele, a menos que a outra parte demonstre o contrário (2010, p 326).

O mesmo autor Sérgio Cavalieri Filho[11] relata:

> Verossímel é fato provavelmente verdadeiro, que

> tem probabilidade de ser verdadeiro, que parece verdadeiro. Em suma, verossímel é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática. Não se trata de prova robusta ou definitiva, mas da chamada da prova de primeira aparência, prova de verossimilhança, decorrente e das regras da experiência comum, que permite um juízo de probabilidade (2010, p. 327).

Desta forma, observa-se que a verossimilhança é considerada uma verdade aparente, qual o juiz tem o dever de analisar todas as provas produzidas e expostas a ele, e a partir de então elaborar uma sentença. O consumidor também tem um dever de demonstrar que existe a verossimilhança dos fatos que foram expostos, por meio da produção de provas, pois só assim o juiz terá um alicerce maior para ter o poder de inverter o ônus da prova a favor dele.

Tânia Lis Tizzoni Nogueira[12] (1998, p. 120) afirma que "A verossimilhança é o juízo positivo da aparência da verdade, não é a verdade; é o juízo de verossimilhança fundado nas afirmações da parte somado às regras de experiência."

Definitivamente deve-se reconhecer que para o juiz chegar a uma verdade absoluta é bastante difícil, só que o legislador tem o dever de ao menos encontrar uma verdade aparente, seja ela por meio de provas produzidas ou de fatos provados.

4.2.2 HIPOSSUFICIÊNCIA

Para compreender o tema, deve-se entender que todo consumidor é considerado vulnerável, só que nem todos serão hipossuficientes. A isenção do presente requisito no Código de Defesa do Consumidor teve início devido ao desequilíbrio aparente que existia entre consumidor e fornecedor, portanto, atualmente quando se fala em hipossuficiência, diz respeito a desigualdade e desequilíbrio, pois o fornecedor é considerado a parte mais "forte" da relação. O autor Sérgio Cavalieri Filho[13], com intuito de demonstrar que o fornecedor sempre está em vantagem, relatou as seguintes situações:

> Nas relações de consumo, a situação do Fornecedor

> é evidentemente de vantagem, pois somente ele detém o pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo de fabricação, enfim, o domínio do conhecimento técnico especializado. A prova, não raro, além de onerosa, é extremamente difícil, encontrando-se em poder do fornecedor os documentos técnicos, científicos ou contábeis-registros, documentos, contratos, extratos bancários, bancos de dados etc. Como poderia o consumidor provar o defeito de um determinado produto – que um medicamento lhe causou um mal- se não tem menor conhecimento técnico ou científico para isso? Se para o consumidor essa prova é impossível, para o fornecedor do medicamento ela é perfeitamente possível, ou pelo menos, muito mais fácil. Quem fabricou o produto tem o completo domínio do processo produtivo, pelo que também condições de provar que seu produto não tem defeito (2010, p. 327).

Luiz Antônio Rizzato Nunes[14] afirma:

> O Código de Defesa do Consumidor pretendeu entender o significado de Hipossuficiente para limites mais amplos, de vez que procura conceituar o consumidor como pessoa fraca, se coloca ao serviço, e desprovida de conhecimentos especiais, que necessita de proteção. Este largo caminho sofre limitação, posto que o Código de Defesa do Consumidor, dedicando seus preceitos para o trato econômico, revela mesmo que o consumidor é hipossuficiente e na medida em que se apresenta economicamente inferior, necessitando ser tutelado, como se fora uma espécie de incapaz (1997, p. 336).

A respeito desta mesma questão, a autora Ada Pellegrini Grinover disserta que "ocorrendo situação de manifesta posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, de que decorra a conclusão que é muito mais fácil ao fornecedor provar a sua alegação, poderá o juiz proceder à inversão do ônus da prova" (2000, p. 714)[15].

Desta forma, fica perceptível que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação e necessita de uma proteção, para que não fique desprotegido em um eventual processo, devendo este provar se é verossímel para que o legislador lhe conceda inversão do ônus da prova.

Só que é necessário lembrar que nem sempre a hipossuficiência está atrelada à parte mais frágil, desprotegida e com um poder econômico inferior da relação, até porque uma empresa de grande porte pode comprar uma grande quantidade de leite de caixa e dentro de uma dessas ser encontrado um objeto, seja mosquito, barata ou algo de procedência duvidosa. Neste caso, a empresa não detém um poder econômico frágil, mas diante da situação é considerada consumidora e hipossuficiente.

Portanto, devido ao que fora exposto acima, deve-se ainda salientar que a inversão do ônus da prova não é uma faculdade do juiz, e sim uma obrigação, um poder dever do mesmo.

5 MOMENTO PARA INVERSÃO E SEUS EFEITOS

Existem ainda muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, com relação ao momento adequado que deve ser considerado a inversão do ônus da prova. O Código de Defesa do Consumidor também não se manifestou com relação ao tema. Tornando a resolução da questão um pouco mais complicada, pois passaram a existir inúmeras dúvidas sobre o assunto. Alguns doutrinadores entendem que a inversão deve ser concedida no despacho saneador, no saneamento do processo, ou ainda na sentença. Havendo assim uma divergência doutrinária acerca da questão.

Sônia de Melo[16] (1998, p. 121) disserta:

> No início do processo que deverá o juiz decidir sobre a aplicação ou não deste benefício ao consumidor, de ofício ou a requerimento da parte, sempre dando ciência ao réu, o fornecedor. Para que este não sofra de cerceamento de defesa, tal despacho é interlocutório cabendo agravo de instrumento contra o mesmo (1998, p. 121).

A autora Sônia de Melo, como também José Carlos Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior, e outros defendem que a inversão deve ocorrer no início do processo, para que ambas as partes já entrem no

processo obtendo ciência dos fatos. Só que em desfavor à tese destes, Ada Pellegrini, Nelson Nery Júnior, entre outros, dizem que somente depois do momento da instrução, após a análise das provas é que o juiz poderá observar se há possibilidade conceder a inversão, pois diz que, se a inversão for efetuada no início do processo, não haverá a possibilidade de o juiz observar o caso concreto, podendo até fazer um julgamento prévio da causa, impossibilitando que ambas as partes demonstrem em juízo as provas obtidas para que o magistrado possa avaliar, e assim tomar as medidas cabíveis para a solução da lide.

Diante de tantas controvérsias sobre o tema, observa-se que o CDC manteve-se inerte acerca do tema, não estabelecendo qual o momento pertinente de concessão da inversão.

O juiz ao constatar que há verossimilhança ou a hipossuficiência, diante das alegações proferidas pelo consumidor, pode considerá-las como verdadeiras ou falsas, qual para detectar uma posição tem o dever de liberar a produção de provas sobre os fatos que foram demonstrados em juízo. Cabendo ao fornecedor provar que existem fatos impeditivos, extintivos e ou modificativos com relação ao consumidor. Com relação aos efeitos da inversão, o autor Tupinambá Miguel Castro de Nascimento[17]diz que:

> O Código de Defesa do Consumidor facilitou consideravelmente, a defesa de seus direitos. Adotou a figura da possibilidade de inversão do ônus probatório. Quando os fatos alegados pelo consumidor forem verossímeis ou quando for hipossuficiente, o ônus da prova passa a ser do fornecedor-réu, que terá que provar que a alegação do consumidor não é verdadeira. Inverte-se o ônus da prova para se igualarem as partes diante do processo. Mas deve ficar claro que o juiz está autorizado a se utilizar deste critério em duas situações: Quando o consumidor for economicamente hipossuficiente ou quando a alegação for verossímil, complementando o artigo 6º, VIII, do Código "segundo as regras ordinárias de experiências (1991, p. 228).

Faz-se necessário ressaltar que a inversão poderá não ser concedida

pelo magistrado, até porque o fornecedor tem todo direito de ir de encontro à alegação de hipossuficiência e verossimilhança feita pelo consumidor, defendendo assim a tese de que tais requisitos inexistem.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das abordagens ora explanadas no presente estudo, objetivamos trazer à discussão jurídica o tema acerca da inversão do ônus da prova no âmbito do direito do consumidor e seus aspectos relevantes.

O legislador teve o interesse de conceder maior proteção ao consumidor, ao incluir a possibilidade da inversão, pois é sabido que este era considerado a parte mais vulnerável da relação e nunca se encontrava em um patamar equânime com o fornecedor.

É certo que ainda falta muito para que as leis sejam obedecidas de forma plena e eficaz. Porém, o que se tem no presente são a diminuição na desigualdade das relações de consumo e uma observância à aplicabilidade do CDC. Tendo como seu aliado o momento processual de inversão do ônus da prova para melhor direcionamento no fluxo procedimental, contribuindo significativamente para o consumidor, acrescentando positivamente na relação processual e trazendo a diferenciação na produção de provas.

___

THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF IN CONSUMER RELATIONS: PROCEDURAL AND PROCEDURAL RELEVANCE

ABSTRACT: This work is intended to address a detailed study on the reversal of the burden of proof. To understand what theme you must first understand the history of the relationship of consumption.From this principle, analyze which the intent of the legislature to establish the Code of Consumer Protection, and the reserval of the burden of proof. This work aimming to demonstrate that the legislature has created such na insitute to protect the weaker part, the consumer.

KEYWORDS: Consumer. Inversion. Balance.

Notas

[1] AMARAL, Luis Otávio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. Revista dos

Tribunais. São Paulo: 2010.
[2] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. Atlas, São Paulo: 2010.
[3] AMARAL, Luis Otávio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010
[4] LATORRACA, Zalona Cláudio. *A dimensão da prova no direito processual civil*. Hemus. São Paulo: 1990.
[5] GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 2vol. Saraiva, São Paulo: 1997.
[6] LATORRACA, Zalona Cláudio. *A dimensão da prova no direito processual civil*. Hemus. São Paulo: 1990.
[7] LATORRACA, Zalona Cláudio. *A dimensão da prova no direito processual civil*. Hemus. São Paulo: 1990.
[8] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. Atlas, São Paulo: 2010
[9] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. Atlas, São Paulo: 2010.
[10] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. Atlas, São Paulo: 2010
[11] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. Atlas, São Paulo: 2010.
[12] NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 1998.
[13] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. Atlas, São Paulo: 2010
[14] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva,1997.
[15] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentados pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Atual. Ampliada. Forense Universitária, Rio de janeiro: 2000.
[16] MELO, Sônia Vieira de. *O direito do consumidor na era da globalização*: a descoberta da cidadania. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
[17] NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro de. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide Editora,1991.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica ao Consumidor*. 1. ed, São Paulo: Saraiva. 1993.
AMARAL, Luis Otávio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010.
BONATTO, Cláudio; Moraes, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. Atlas, São Paulo: 2010.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed.Saraiva, São Paulo: 1996.
FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Forense, Rio de Janeiro: 2001.
GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 2vol. Saraiva, São Paulo: 1997.
GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código brasileiro de defesa do*

consumidor: comentados pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Atual. Ampliada. Forense Universitária, Rio de janeiro: 2000.
LATORRACA, Zalona Cláudio. *A dimensão da prova no direito processual civil*. Hemus. São Paulo: 1990.
LISBOA, Roberto Senise. *Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. Juarez de Oliveira, São Paulo: 1999.
MELO, Sônia Vieira de. *O direito do consumidor na era da globalização*: a descoberta da cidadania. Renovar: Rio de Janeiro, 1998.
NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro de. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.
NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 1998.
NUNES, Antônio Luiz. *Curso Prático de direito do consumidor*. São Paulo: LTR, 1992.
NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.
REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre a prova*. 3. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1985.
VADE MECUM Impetus. *Obra coletiva de autoria Alexandre Gialluca e Nestor Távora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus: 2013