

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

UNIPAM – Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor do UNIPAM
Raul Scher

Pró-reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Fagner Oliveira de Deus

Pró-reitor de Planejamento, Administração e Finanças
Milton Roberto de Castro Teixeira

Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas

Coordenador do curso de Direito
Luís André Ferreira da Cunha

*A Jurisvox é uma publicação anual do curso de Direito,
do Centro Universitário de Patos de Minas.*

Impressão e acabamento

Grafipres: (34) 3811-1166

Catálogo na Fonte
Biblioteca Central do Unipam

J959j JURISVOX : Revista da Faculdade de Direito de Patos de Minas / Centro Universitário de Patos de Minas. -- Ano 12, n. 12 (nov. 2011). -- Patos de Minas : UNIPAM, 2011

Anual.

ISSN 1516-778X

1. Direito, Periódicos. I. Centro Universitário de Patos de Minas.

CDD: 340.05

Bibliotecária responsável: Carolina Simões Barbosa CRB6-2110

Centro Universitário de Patos de Minas | UNIPAM

Rua Major Gote, 808 – Caiçaras
38702-054 Patos de Minas-MG Brasil
Telefax: (34) 3823-0300
web: www.unipam.edu.br

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

ISSN 1516-778X

ano 12 – n.º 12 – novembro de 2011

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, (12):1-234, 2011



Centro Universitário de Patos de Minas

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas
<http://jurisvox.unipam.edu.br/>
e-mail: jurisvox@unipam.edu.br

Editor responsável

Luiz Henrique Borges Varella (UNIPAM)

Conselho administrativo

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)
Helen Solis (UNIPAM)
Leonardo Caixeta dos Santos (UNIPAM)
Luciana de Brito Freitas Leite (UNIPAM)
Morisa Martins Jajah (UNIPAM)
Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)
Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)
Edilton Meireles (UFBA)
Elpídio Donizetti (TJMG)
Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)
Fredie Didier Júnior (UFBA)
Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)
Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)
Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)
Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)
José Herval Sampaio Júnior (UERN)
Lígia Mori Madeira (PUC/RS)
Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)
Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)
Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)
Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)
Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)
Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)
Rogério Greco (MP/MG)
Roland Hasson (PUC/PR)
Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

Revisão

Lívio Soares de Medeiros

Bibliotecária responsável

Bibliotecária responsável: Carolina Simões Barbosa (CRB6-2110)

NEP | Núcleo de Editoria e Publicações

Coordenador do Núcleo de Editoria e Publicações
Luís André Nepomuceno

Consulte o site do NEP: <http://nep.unipam.edu.br>

Sumário

- 7 | A sedução do discurso no tribunal do júri no filme *Tempo de matar*
The seduction of the discourse in the jury tribunal in the motion picture A time to kill
Alicio Carlos Ramos
- 21 | O princípio do enriquecimento sem causa e seu regramento dogmático
The principle of the unjust enrichment and its dogmatic rule
César Fiuza
Frederico Pardini Neto
Bianca Oliveira de Albuquerque
- 33 | O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo à luz do modelo constitucional do processo
The contradictory and the broad defense in the administrative process considering the constitutional model of process
Eduardo Rodrigues dos Santos
Wendel Ferreira Lopes
- 47 | A institucionalização da participação popular nas políticas públicas – um estudo de caso
The institutionalization of the popular participation in public policies: a case study
Enio César Gonçalves Pimenta
- 59 | O reconhecimento *ex officio* da prescrição pelo magistrado no paradigma do Estado Democrático de Direito
The ex officio recognition of the prescription by the magistrate in the paradigm of the Democratic State of Law
Guilherme Felipe Mendes Macário Carneiro
- 78 | O controle de constitucionalidade da norma municipal – análise da causa de pedir
The control of constitutionality in the municipal norm: Analysis of the Cause of State asking
Itamar José Fernandes
- 101 | A teoria dos princípios, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana
The theory of principles, fundamental rights and human dignity
Juliana Ferreira Hodniki
Victor Alves Pereira
- 114 | Sorteio de cargos públicos: desvio de finalidade com aval da justiça
Sortition of public jobs: embezzlement with the allowance of justice
Manoel Almeida

- 123 | A lei de inovação tecnológica e sua importância para a recuperação da Indústria Nacional de Defesa e para a manutenção da soberania nacional
The law of technological innovation and its importance for the recovery of the national defense industry and the maintenance of the national sovereignty
Reis Friede
André Carlos da Silva
- 133 | A insuficiência do paradigma finalista na análise do tipo penal objetivo: uma necessária reconstrução teórica a partir da sociedade contemporânea
The insufficiency of the finalist paradigm in the analysis of the objective penal type: a necessary theoretical reconstruction from the contemporaneous society
Renata Jardim da Cunha Rieger
- 146 | A Teoria da *Deepening Insolvency* no Brasil: A responsabilidade do administrador pelo agravamento da crise de sociedades empresárias
The Deepening Insolvency Theory in Brazil: The administrator's liability for worsening corporation's financial and economical crisis
Ricardo Padovini Pleti
Rodrigo Pereira Moreira
- 158 | Medidas constitucionais de exceção: breve estudo sobre a realidade brasileira
Constitutional measures of exception: a brief study on the Brazilian reality
Rodrigo Cogo
- 172 | Cláusulas limitativas de um contrato de seguro e suas consequências jurídicas
Clauses limiting to a contract of insurance and legal consequences
Sérgio Alex Sander Silva
- 183 | Os direitos fundamentais – ênfase na saúde – e a reserva do possível
Fundamental rights – focus on health – and the reserve of the possible
Thiago Barbosa de Oliveira
- 195 | O conteúdo jurídico dos princípios tributários da capacidade contributiva e da tipicidade cerrada
The content of legal principles of tax of ability to pay and closed typology
Ricardo Rocha Viola
- 212 | Apontamentos para um estudo sobre o princípio da dignidade humana
Notes for a study of the principle of human dignity
Weber Abrahão Júnior

A sedução do discurso no tribunal do júri no filme *Tempo de matar*

The seduction of the discourse in the jury tribunal in the motion picture A time to kill

Alicio Carlos Ramos

Aluno do 10^o período do curso de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas,
sob orientação do Prof. Ms. Geovane Fernandes Caixeta.

Resumo: Pretende-se, neste trabalho, analisar a sedução no e do discurso do júri numa perspectiva semiolinguística. Como objeto de estudo, foi escolhido o filme *Tempo de matar*, do diretor Joel Schumacher. Por meio da análise do filme, procura-se identificar as estratégias de sedução mais recorrentes no tribunal de júri. Em situações de confronto jurídico, a verdade pode ser resultado do jogo estratégico da linguagem.

Palavras-chave: tribunal de júri; semiolinguística; estratégias de sedução; direito e cinema.

Abstract: The aim of this work is to analyze the seduction in and of the discourse of the jury in a semiolinguistic perspective. The object of the study is the motion picture *A time to kill*, by the director Joel Schumacher. Through the analysis of the picture, we tried to identify the most recurrent strategies of seduction in the jury tribunal. In a situation of juridical confront, the truth may be the result of a language strategy game.

Keywords: jury tribunal; semiolinguistics; strategy of seduction; law and cinema.

1. Considerações iniciais

No presente trabalho será realizado um estudo de aspectos semiolinguísticos que permeiam debates no tribunal do júri. Sabe-se que uma pesquisa nessa direção é uma tarefa árdua, porém não deixa de ser agradável e atraente. Compreender estratégias de sedução e de convencimento e seus efeitos psicossociais é de suma importância para aqueles que pretendem atuar no Direito, em especial no tribunal de júri.

A tentativa de compreender o modo como se dá a sedução no tribunal de júri gera o seguinte questionamento: quando testemunhas possuem credibilidade atacada e laudos periciais não são conclusivos, será a linguagem fator determinante para condenar ou absolver o acusado no tribunal de júri? Para a busca de uma resposta ou de respostas, têm-se, neste trabalho, os seguintes objetivos: a) analisar a linguagem do tribunal do júri como fator determinante para a absolvição ou condenação do réu; b) identificar recursos e estratégias semiolinguísticas utilizados nas exposições das partes litigantes; c) analisar os jogos de linguagem usados pelas partes litigantes para convencer ou persuadir seus interlocutores e d) apresentar as estratégias mais recorrentes no tribunal de júri. Para a consecução desses objetivos, serão percorridos os seguintes cami-

nhos: a) rastreamento bibliográfico acerca da teoria semiolinguística e acerca da história do tribunal do júri; b) análise de um filme, destacando-se cenário, personagens principais e as falas finais do promotor e do advogado, c) apresentação de estratégias mais recorrentes no tribunal de júri a partir da análise.

Como objeto de estudo, escolheu-se o filme *Tempo de Matar* (1996), do diretor Joel Schumacher. Nesse filme, dois advogados assumem a causa de um homem negro que matou dois racistas brancos, os estupradores de sua filha. É um drama dirigido por Joel Schumacher, com Matthew McConaughey, Sandra Bullock, Samuel L. Jackson, Kevin Spacey e Oliver Platt. No filme, apesar dos assassinios cometidos, há absolvição do réu. Não seria a linguagem e os recursos persuasivos decorrentes dela o instrumento que viabilizou a veredicto favorável ao assassino dos estupradores de sua filha?

Chalita (2001) aborda alguns jogos de linguagem recorrentes em uma sessão de júri. O estudioso, para a sua abordagem, recorre a filmes em que se destacam embates de tribunal de júri. Embora Chalita trabalhe com cenas cinematográficas, que são previamente elaboradas, sua contribuição para com os estudos dos jogos de linguagem de sessões de tribunal de júri é enriquecedora, na medida em que analisa uma diversidade de recursos discursivos e semióticos que interfere na tomada de decisão. Tem-se em Chalita e em seus estudos uma motivação para a pesquisa.

A pesquisa que será empreendida é de grande valia, pois há uma escassez de estudos sobre tribunal do júri voltados para o discurso. Espera-se, assim, que a pesquisa não só revele a função precípua do tribunal do júri, que é a busca da justiça, como também mostre como as partes operam por horizontes engenhosos para a busca de seus interesses pessoais e/ou profissionais.

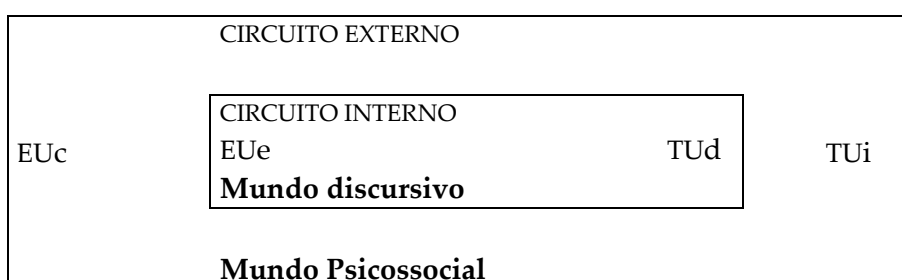
2. A proposta de análise semiolinguística de Charaudeau (1996)

Os estudos semiolinguísticos de Charaudeau (1996) mostram-se aplicáveis a qualquer análise em que se proliferam signos de diversas naturezas – sejam eles verbais ou não. Adotar esse recorte epistemológico decorre da alta operacionalidade dos conceitos semiológicos propostos por este teórico da Análise do Discurso da linha francesa. Tais conceitos permitem compreender os atos de linguagem, que são *indicadores das intencionalidades dos sujeitos falantes*, no intercâmbio do sistema da língua com a situação comunicativa para que se efetive, de maneira operacional, a interpretação de textos.

Muitos estudiosos propõem análises de sessões de júri com base apenas na situação comunicativa verbal; no entanto, muitos outros aspectos estão envolvidos, e, às vezes, são decisivos, no jogo de intenções das partes, ou da defesa, ou da acusação. A proposta de Charaudeau torna-se pertinente, uma vez que ela dá ao pesquisador as ferramentas necessárias para uma análise da diversidade de recursos linguísticos, discursivos e semióticos presentes no tribunal de júri em situações de lide. Acredita-se que, por meio desse recorte epistemológico, podem-se identificar recursos e estratégias semiolinguísticas utilizados nas exposições das partes litigantes para se delinearem estratégias de sedução recorrentes em sessões de júri.

A semiolinguística, delineada por Charaudeau (1996), metaforiza a sociedade e seus desdobramentos no fazer sócio-histórico. A sociedade é, assim, um palco de dramaturgia no qual se representam, por meio da linguagem e por meio do discurso, diversas e variadas relações intersubjetivas das práticas sociais dos sujeitos dotados de intencionalidades em seus atos de comunicação. O discurso, “nesse palco de atores”, é o ato de linguagem que representa cenograficamente um dizer social dirigido por fatores de ordem psicossocial e languageira. E o que isso significa?

Significa que, na perspectiva semiolinguística de Charaudeau (1996), o ato de linguagem estrutura-se a partir de dois circuitos não excludentes: um externo (instância situacional) e outro interno (instância discursiva). No circuito externo, encontram-se os sujeitos psicossociais – parceiros ou interlocutores – dotados de intencionalidades e responsáveis pela produção e recepção dos atos. São o sujeito comunicante (EUc) e o sujeito interpretante (TUi). No circuito interno, encontram-se os sujeitos de linguagem – protagonistas ou intralocutores – desprovidos de intencionalidades e moldados na e pela enunciação. São o sujeito enunciador (EUe) e o sujeito destinatário (EUd). O quadro a seguir, com base na proposta de Charaudeau, mostra a distribuição dos parceiros e dos protagonistas de um ato de linguagem:



No circuito externo: EUc = sujeito comunicante e TUi = sujeito interpretante.

No circuito interno: EUe = sujeito enunciador e TUD = sujeito destinatário.

Não se pode dizer necessariamente que os protagonistas (EUe – TUD) de um ato de linguagem são semelhantes aos parceiros (EUc – TUi) do mesmo ato. Os protagonistas (EUe – TUD) são “projeções languageiras construídas pelos parceiros [EUc – Tui] da comunicação, não sendo, pois idênticos a eles” (MENDES, 2001, p. 322). Os protagonistas (EUe – TUD) são imagens que refletem ou refratam estrategicamente as intenções dos interlocutores (EUc – TUi) do ato de linguagem.

A semiolinguística de Charaudeau proporciona uma abordagem operacional de um ato de linguagem. Por esse recorte epistemológico, nota-se um intercâmbio entre a instância situacional – ou espaço das limitações impostas pelo contrato discursivo, que no caso é o jurídico – e a instância comunicacional – ou espaço configurador do funcionamento desse contrato, estabelecendo os papéis enunciativos. Do sucesso dessas duas instâncias dependem as estratégias discursivas que atualizam as condições enunciativas. Do sucesso dessas duas instâncias dependem também as intenções das partes: a absolvição ou a condenação do réu.

3. Breve histórico acerca do tribunal do júri

A palavra “júri” vem do latim *jurare*, que significa “fazer juramento”. Há quem afirme que a Instituição do Júri teve sua origem no Areópago e na Helieia gregos, ou seja, na Atenas clássica. Tais instituições judiciárias velavam pela restauração da paz social e apresentaram pontos em comum com o júri.

Porém, Arthur Pinto da Rocha (ROCHA, 1919, p. 8-9), em estudo aprofundado, procurando traçar as peculiaridades do Tribunal do Júri, afirma que a origem histórica de tal instituição estaria muito antes dos tribunais gregos. As leis de Moisés, ainda que subordinado o magistrado ao sacerdote, foram, na Antiguidade, as primeiras que interessaram aos cidadãos nos julgamentos dos tribunais – os anciões formariam uma espécie de “corpo de sentença”. Portanto, para tal autor, na velha legislação mosaica, encontram-se os fundamentos e a origem do Tribunal do Júri.

Demonstra-se, desse modo, a insegurança dos autores quanto à origem do júri. Isso, por certo, é devido à escassez de informações acerca das instituições mais antigas. Porém, considera-se, neste estudo, que a instituição que julga os cidadãos tem, historicamente, sua origem na velha Inglaterra, embora haja registro da criação de institutos semelhantes anteriormente.

No ano de 1215, a Magna Carta do Rei João Sem Terra traz, no seu bojo, a garantia do Tribunal do Júri, após o abolimento pelo Concílio de Latrão dos chamados Juízos de Deus. Por volta do início do século XVII, o número de jurados, que era inicialmente de 24 cidadãos, passa a ser de 12 – a condenação do acusado dependia da totalidade dos votos destes jurados e incluía-se o sigilo no juramento, consolidando-se, assim, o júri britânico nos moldes conhecidos atualmente. Portanto, a instituição do júri, como baluarte da liberdade de um Estado democrático, irradia-se para toda a Europa e América do Norte.

Com a revolução francesa de 1789, que afeta significativamente vários institutos jurídicos, inclusive o tribunal do júri, como, por exemplo, na forma inglesa para a condenação deveria haver unanimidade dos votos; já no sistema francês, admite-se a condenação por maioria de votos dos jurados – aliás forma que é adotada por nosso país atualmente – adaptando-se assim o tribunal do júri ao seu momento histórico.

Após todas essas evoluções e transformações, o Tribunal do Júri aparece no mundo jurídico brasileiro pela primeira vez em 1822. A lei brasileira fixa sua competência de julgamento apenas aos crimes chamados de imprensa. Sua previsão constitucional surgiu em 25 de março de 1824, na Constituição Política do Império, incluindo tal instituto na parte do então chamado “Do Poder Judicial”. Em 1830, seguindo a linha de orientação das leis inglesas e norte-americanas, é instituído no Brasil um júri de acusação e outro júri de julgamento.

O tribunal do júri, após diversas transformações, pela primeira vez desde a sua criação no mundo jurídico brasileiro, sai do título do “Poder Judiciário” e passa a incorporar o título da “Declaração dos Direitos” na Constituição Federal de 1891. Nessa linha, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, que vige até os dias atuais, traz a instituição do júri dentro do título “Dos Di-

reitos e Garantias Fundamentais”, em seu art. 5º, XXXVIII, com a seguinte redação: “É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude da defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.” Portanto, o Tribunal do Júri, mais do que uma instituição democrática, é um direito fundamental, sendo, portanto, cláusula pétrea protegida por nossa Constituição.

Como a instituição democrática que é, após os debates travados no tribunal do júri, o corpo de sentença composto por sete cidadãos, escolhidos dentre 25 sorteados para a sessão de julgamento – sistema brasileiro –, decidirá a culpabilidade ou inocência do réu acusado sobre a conduta criminosa atentadora contra o mais precioso bem jurídico tutelado, a vida.

4. A sedução no tribunal de júri

Neste capítulo será feita uma análise das estratégias de sedução em cenas do filme *Tempo de matar*, do diretor Joel Schumacher. A escolha desse filme para análise se respalda na diversidade de fatores que interferiram na sentença: do racismo da sociedade americana ao espetáculo narrativo tecido pelo advogado de defesa.

O cinema se apresenta como uma atividade de lazer, na qual a vida real é retratada de diversas maneiras. Tal arte apropria-se da sociedade. A sociedade sofre influências diretas e indiretas do que é reproduzido nas telas cinematográficas, uma vez que, em muitas situações, os telespectadores acabam se identificando com os personagens do filme¹, ou até mesmo com o meio no qual se passa a trama. Num filme, produtores possuem intenções ocultas, já que não só querem impressionar os telespectadores, mas também transmitir questões ideológicas.

Como o Direito, em termos gerais, é a ciência que rege as relações dos homens que vivem em sociedade, é perfeitamente cabível sua reprodução no cinema. Essa arte se torna um meio para a promoção de debates e para o desenvolvimento e propagação de novas ideologias, refletindo e transformando valores sociais.

É importante salientar que o Direito não está no cinema somente quando aparecem advogados, promotores ou juízes nas cenas do filme, mas também quando questões legais são debatidas e colocadas em foco, o que tem grande ocorrência.

¹ São muitos os filmes com advogados como personagens principais ou envolvendo julgamentos e outras questões legais. Exemplos: 1) *O cliente* (*The Client*, 1994). Garoto perseguido por mafiosos é protegido por uma dedicada advogada. Suspense dirigido por Joel Schumacher, com Susan Sarandon, Tommy Lee Jones, Mary-Louise Parker e Antony LaPaglia; 2) *Doze homens e uma sentença* (*Twelve Angry Men*, 1957). Doze jurados decidem se um homem é culpado ou não de um assassinato. Drama dirigido por Sidney Lumet, com Henry Fonda e Lee J. Cobb; 3) *O Júri* (*Runaway jury*, 2003) Jurado tenta enriquecer com o processo milionário movido por uma viúva contra uma grande empresa. Direção de Gary Fleder. Com John Cusack, Gene Hackman, Dustin Hoffman e Rachel Weisz.

4.1. O filme *Tempo de matar*

4.1.1. Ficha técnica

Título original: *A time to kill* (*Tempo de matar*).

Nome do filme: *Tempo de matar*.

Gênero: Drama.

Tempo de duração: 149 minutos.

Ano de lançamento (EUA): 1996.

Estúdio: Warner Bros.

Direção: Joel Schumacher.

Roteiro: Akiva Goldsman, baseado no livro de John Crisham.

Produção: John Grisham, Hurt Lowry, Arnon Milchan e Michael G. Nathanson.

Música: Elliot Goldenthal.

Atores principais: Sandra Bullock, S. L. Jackson, Matthew McConaughey e K. Spacey.

Site Oficial: <http://www.timetokill.com>

4.1.2. Resumo do filme

Na pequena cidade de Canton, no condado de Madison, Estado do Mississippi, sul dos Estados Unidos, por volta da década de 80, uma família de negros sofre um drama: a pequena Tonya, filha de Carl Lee, de apenas 10 anos de idade, é espancada e estuprada por dois homens, racistas, brancos e completamente bêbados, conhecidos arruaceiros daquela localidade.

Carl Lee não consegue ver sua filha naquela situação. Sabendo que se encontra em uma sociedade altamente racista, que não haveria justiça em relação à barbárie cometida contra sua filha e que os dois jovens brancos seriam inocentados, resolve fazer sua própria justiça. Carl Lee, munido de um fuzil, esconde-se nas dependências do fórum e, quando os estupradores entravam para a audiência preliminar, atira e comete duplo homicídio, matando os dois violentadores de sua filha.

O caso provoca uma enorme discussão racial no Condado, que tem cerca de 30% da população composta por negros, colocando, de um lado, os brancos, que querem a pena de morte para Carl Lee, sob a alegação de duplo assassinato, e de outro, os negros, que querem que ele seja absolvido devido ao ato cometido contra a sua filha, alegando ainda que, dadas as estatísticas de casos anteriores, com certeza os estupradores seriam libertados para cometerem crimes semelhantes.

Para sua defesa, Carl Lee conta com os serviços do corajoso advogado Jake Brigrance, que outrora havia defendido seu irmão, e com a estudante idealista Ellen Roark. O advogado, percebendo a problemática racista que envolvia o julgamento, pede a mudança de foro para que no sorteio tenha chance de ter mais negros no júri, mas não consegue. Para ganhar tempo na defesa, Jake utiliza-se do argumento de insanidade mental temporária causada por forte emoção.

O julgamento transforma-se em uma violenta batalha racial, já que a vida das pessoas envolvidas no caso corre perigo. Ressurge a Khu Klus Klan (KKK), uma antiga

seita racista que ataca a família e amigos de Jake. Jake, por sua vez, assume todos os riscos e persiste no caso, devido ao seu envolvimento pessoal, uma vez que também é pai de uma menina.

No dia do julgamento, tudo parece estar contra Carl Lee. Para enfrentar o complô que se forma entre promotor, juiz e jurados (brancos e de certa forma tendentes ao racismo), Jake utiliza como arma de persuasão o uso do sentimento e da emoção.

Nas considerações finais, primeiramente pede que todos ali fechem os olhos e, detalhadamente, narra a história de Tonya, tudo que sofrera nas mãos dos estupradores, descrevendo passo a passo o abuso sexual e o espancamento. Todos ficam a imaginar aquela situação, alguns de forma indiferente. Quando ao final, Jake pede para que eles imaginem toda aquela situação com uma garotinha branca, o efeito é cortante: Jake consegue provocar a revolta e a indignação dos jurados em relação aos dois estupradores; assim, justifica a atitude de Carl Lee e, finalmente, inocenta-o.

4.2. Análise empreendida

Será feita uma análise de partes do filme *Tempo de matar*. A escolha desse filme se justifica porque nele os excessos utilizados para seduzir o corpo de jurados para que se absolva o assassino são facilmente perceptíveis.

Para a análise, optou-se por destacar três elementos essenciais na produção de um filme: o cenário, os personagens e o texto. Cada um desses elementos será discutido de acordo com o circuito externo (mundo psicossocial) e com o circuito interno (mundo discursivo), de acordo com a proposta de análise semiolinguística de Charaudeau (1996).

4.2.1. O cenário

Os Estados Unidos são o cenário do filme, tanto no circuito externo quanto no circuito interno, mais particularmente a pequena cidade de Canton, no condado de Madison, Mississipi, ao sul do território americano. Esse duplo cenário, o real e o ficcional, tem como justificativa a sedução que o povo americano exerce sobre si mesmo e sobre os demais povos. Fala-se, portanto, em ideologia americana. Nada melhor e mais eficiente, portanto, que os americanos divulguem e/ou vendam suas ideologias por meio de suas produções cinematográficas.

No filme *Tempo de matar*, são retratos dos comportamentos do povo americano: a vocação que esse povo tem para se envolver em polêmicas judiciais, principalmente aquelas que envolvem questões de sua cultura, como, por exemplo, o racismo².

² Estudos têm revelado que os estereótipos negativos utilizados associados aos negros nos Estados Unidos têm diminuído. Porém, dentro da realidade social norte-americana o racismo ainda é um fator de risco seja no acesso à educação de qualidade, ao trabalho e remuneração e mesmo o atendimento da saúde. O último relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT), "A Hora da Igualdade no Trabalho", divulgado no dia 12 de maio, mostra que apesar de avanços em alguns indicadores sociais, nos EUA, para cada dólar pago a um branco, um negro recebe o equivalente a 40% desse valor. De acordo com os Indicadores socioeconômicos

Entrecruzam-se os cenários do filme, o real e o ficcional. Seria uma estratégia de *marketing*. Uma sessão de júri para que se condene ou se absolva um assassino não é, em si mesma, um atrativo para que se venda um filme. No entanto, produtores, diretores e roteiristas buscam na cultura americana, para que se alcance uma excepcional bilheteria, a questão, entre outras, do racismo. Os telespectadores americanos, de uma forma ou de outra, veem-se retratos no filme; os não-americanos, subjetivamente, se aproximam de personagens que lhes são afins. Enfim, do cenário real, tem-se os Estados Unidos e sua paixão por lides jurídicas que envolvam polêmicas. Como prolongamento disso, tem-se, intencionalmente, a extensão deste mundo real para o mundo discursivo. Criou-se, assim, o cenário perfeito para o “romantismo americano” em relação ao júri.

4.2.2. Os personagens

Para esta análise, destacam-se no filme três personagens: o advogado Jake Brigance, o assassino Carl Lee e promotor de justiça Rufus Buckley. A seleção de atores deve estar respaldada na competência deles, nos propósitos do roteiro e nas intenções comerciais dos produtores. No filme *Tempo de matar*, pode-se dizer que, de acordo com o circuito externo, nota-se uma preocupação na escolha de atores que representassem as estratégias de sedução do telespectador; afinal, tem-se uma questão de um negro ter feito justiça com as próprias mãos. O advogado Jake Brigance e o promotor Rufus Buckley são brancos. Os homens que lutam por justiça são brancos; o homem que mata é negro: ingrediente perfeito para as intenções dos produtores. Como desdobramentos dessa escolha intencional, os personagens, no circuito interno, promovem confrontos, discutem ideologias e recorrem a estratégias das mais variadas possíveis para seduzir o júri. O advogado branco vence a causa; o negro assassino é declarado inocente. Vê-se que o branco salva o negro – isso é cinematográfico ou real? Não haveria, portanto, uma linha bastante tênue entre o mundo psicossocial e o discursivo em *Tempo de matar*?

4.2.3. O texto

Para a análise que se propõe neste momento, foram selecionadas as falas finais do promotor Rufus Buckley e do advogado de Carl Lee, Jake Brigance. A escolha dessas partes não exclui a perspicácia de todo o texto do filme. O que se pretende com essas duas falas finais é mostrar que a linguagem pode ser decisiva para a sedução do júri. A linguagem torna-se a principal “arma” para que se condene ou para que se absolva. A seguir, as falas do promotor e do advogado. Os roteiristas transferem para o circuito interno as intenções dos produtores e diretores: na boca dos personagens está o texto que garantirá a bilheteria.

A fala do promotor Rufus Buckley:

do censo norte-americano, 10% da população branca vivem na pobreza, contra 29,5% da negra.

Carl Lee Hailey é louco?

Essa noção é tão ultrajante que a única testemunha que a defesa conseguiu para apoiá-la foi um criminoso condenado, o Dr. Bass, que respondeu por estupro.

Carl Lee Hailey não é louco.

Este homem é um assassino confesso. Ele admitiu, sentado neste banco, ter cumprido a sentença que ele acreditava que os presumidos estupradores de sua filha mereciam. Ele tirou a justiça das mãos de vocês e a colocou nas suas próprias mãos. E, com aquelas mãos, tirou as vidas de dois jovens.

Lamentamos o que aconteceu com a filha dele, mas lamentar e saber que algo está errado não dá a nenhum de nós o direito de matar.

Senhores, seu dever é claro. Todos neste tribunal sabemos a verdade. Todas as pessoas no Estado sabem a verdade. Agora vocês precisam criar a coragem de dizer as palavras: "Carl Lee Hailey é culpado. Culpado! Culpado!".

O Estado terminou, Meritíssimo.

A fala do promotor é rápida, sucinta e precisa. Ele recorre a um processo metonímico: ele é o Estado. De fato, sua fala retrata os fatos: um negro matou. Há um brocardo jurídico, bastante dito na cultura jurídica brasileira que diz: "Dê-me os fatos que lhe dou a lei". O promotor mostrou o fato; no entanto, não foi suficiente para condenar o assassino. Sua estratégia de apenas dizer a verdade não seduziu o júri. O promotor argumentou a fim de demonstrar a resposta desejada para a solução correta para a solução: a condenação de Carl Lee.

A fala do advogado Jake Brigance:

Eu preparei um belo sumário, cheio de manhas de advogado, mas não vou lê-lo. Estou aqui para pedir desculpas. Sou jovem e inexperiente, mas vocês não podem responsabilizar Carl Lee Hailey pelas minhas deficiências.

Em todas essas manobras jurídicas algo se perdeu... E o que se perdeu foi a verdade. É nosso dever, como advogados, não apenas falar da verdade, mas buscá-la, encontrá-la, vivê-la. Meu professor me ensinou isto. Tomemos o Sr. Bass, por exemplo. Espero que acreditem que eu não sabia daquela condenação, mas qual é a verdade? Ele é um mentiroso desgraçado? E se eu contasse que a moça que estava com ele tinha 17 anos, ele tinha 23 anos, e que continuam casados até hoje? Isso muda o testemunho dele? Faz do testemunho dele mais, ou menos, verdadeiro?

Que parte nossa busca a verdade? Nossa mente ou nosso coração?

Eu quis provar que um negro podia ser julgado com justiça no sul dos Estados Unidos. Que somos todos iguais aos olhos da lei.

Mas não é verdade, porque os olhos da lei são humanos. Os seus. Os meus. E mesmo que possamos ver como iguais, a justiça nunca será imparcial. Ela continuará sendo nada mais que o reflexo dos nossos preconceitos. Então, até que isto não seja aperfeiçoado, temos o dever, perante Deus, de buscar a verdade. Não com nossos olhos, não com nossas mentes, porque o medo e o ódio fazem surgir preconceitos do convívio, mas com nossos corações, onde a razão não manda.

Quero contar uma história. Vou pedir para que fechem os olhos enquanto eu conto. Quero que me ouçam e ouçam a si mesmos.

Vamos, fechem os olhos, por favor.

É a história de uma garotinha que voltava para casa numa tarde ensolarada. Quero que imaginem a garotinha. De repente surge uma picape. Dois homens saem e a agarram. Eles a levam para uma clareira, amarram-na, arrancam-lhe as roupas e montam nela, primeiro um, depois o outro, estuprando-a, despedaçando tudo o que há de inocente com suas arremetidas, numa névoa de hálito ébrio e suor. E, ao acabarem, depois de matar aquele pequeno útero, tirando-lhe a possibilidade de ter filhos, de perpetuar a sua vida, eles começam a usá-la como alvo, jogando latas de cerveja nela. Jogam com tanta força que cortam a sua carne até o osso. Aí eles urinam sobre ela. Então vem o enforcamento. Eles pegam uma corda e fazem um laço. Imaginem o laço apertando, e com um puxão ela é suspensa no ar, esperneia e não encontra o chão. O galho onde a penduram não é forte. Ele quebra, e ela cai de novo no chão. Eles a levantam e a jogam na picape. Dirigem para a ponte de Foggy Creek e a jogam por cima da mureta. Ela cai de nove metros de altura até o fundo do córrego.

Conseguem vê-la?

Seu corpo estuprado, espancado, massacrado, molhado da urina e do sêmen deles, e do próprio sangue, abandonado para morrer.

Conseguem vê-la?

Quero que façam uma imagem dessa garotinha.

(Pausa.)

Agora imaginem que ela é branca.

A defesa terminou, Meritíssimo.

A fala do advogado é mais lenta, menos sucinta e menos precisa. Ele recorre a um processo metafórico: ele é pai e transforma, no discurso, a menina negra em menina branca. Sua fala retrata fatos (a cena do estupro), mas não retrata o fato de que seu cliente é assassino. O advogado abandona o “belo sumário” que preparou para a defesa de seu cliente, provavelmente embasado em questões técnicas, e passa a contar uma história, que é a do estupro da filha de seu cliente. Os jurados de olhos fechados ouvem essa história e imaginam a cena. A narração desdobra todas as possibilidades do tema, ao contrário da argumentação, que direciona. Esse tipo de texto permitiu ao advogado que fizesse uma pausa cinematográfica. A narração no filme conquistou o auditório; a argumentação pura, não. A narração foi a estratégia de sedução que garantiu a absolvição de seu cliente.

4.3. As estratégias de sedução

É inegável a sedução no e do discurso do júri. Devido à semioticidade diversa que percorre um júri, da linguagem verbal à não-verbal, elencar as estratégias de sedução de um júri seria uma atitude imoderada. No entanto, em virtude da análise de fragmentos do filme *Tempo de matar*, podem-se apresentar algumas estratégias que, de uma forma ou de outra, contribuem para o (in)sucesso das partes litigantes. Num filme, sem dúvida, a criação textual antecede em dias ou anos a realização da cena. Na vida real, muitas vezes, o texto é criado no momento em que ocorre o confronto; não há tempo para corrigir, para refazer. Reflexão e pensamento são simultâneos – e isso é, ao mesmo tempo, instigante e atemorizante.

A análise do filme *Tempo de matar* permite que se apontem as seguintes estratégias de sedução:

- utilização de recursos de linguagem literária, como metonímia e a metáfora, entre outras;
- escolha do tipo textual em virtude do tema: dissertação, narração, injunção, exposição, ente outros;
- apelo à subjetividade do júri, recorrendo-se a valores familiares, religiosos, culturais, entre outros;
- uso de tom de voz dramático, claro e revelador das intenções desejadas ou das verdades possíveis;
- aproveitamento da situação de oralidade: pausas intermediárias, hesitações propositais, interatividade explícita, entre outros aspectos.

No filme *Tempo de matar*, essas estratégias se sobressaíram, e podem ser identificadas em qualquer situação de sedução de um júri, seja ele nos Estados Unidos, seja ele no Brasil. No filme, essas estratégias foram capazes de seduzir o júri, o qual absolveu Carl Lee; fez-se justiça. Caso essas estratégias não tivessem dado “certo”, ter-se-ia feito justiça também; afinal, Carl Lee é assassino. A absolvição de Carl Lee visa não só à sedução do júri, no circuito interno, mas também à sedução dos telespectadores, no circuito externo. As estratégias de sedução são instrumentos capazes de assegurar o justo ou de destruí-lo. Uma sessão de júri suscita questões acerca do modo de se atingir a verdade. Para Descartes (1938, p. 105),

todas as vezes que dois homens formulam sobre a mesma coisa em juízo contrário, é certo que um dos dois se engana. Há mais: nenhum deles possui a verdade; pois se um tivesse dela uma visão clara e nítida poderia expô-la a seu adversário de tal modo que ela acabaria por forçar a sua convicção.

O que se diz num tribunal de júri é direcionado para seduzir os jurados. Não se busca uma verdade; busca-se o convencimento e a persuasão de um auditório acerca da inocência ou da culpa de acusado de um crime. Isso significa dizer, conforme Descartes, que acusação e defesa estão ambas corretas ou ambas erradas – é isso que faz com que cada parte busque as estratégias de sedução. O filme de *Tempo de matar* mostra esse jogo subjetivo na busca de uma verdade: Carl Lee deveria ser absolvido ou condenado? Num filme, os sujeitos psicossociais têm controle sobre os discursivos...

5. Considerações finais

Pretendeu-se, neste trabalho, analisar a sedução no e do discurso do júri numa perspectiva semiolinguística. Como objeto de estudo, foi escolhido o filme *Tempo de*

matar, do diretor Joel Schumacher. Embora se tenham identificado poucas estratégias de sedução, foi possível verificar a importância da linguagem na resolução de conflitos, já eles também são manifestações linguísticas. A busca da verdade só se daria por meio do uso estratégico da linguagem?

Os debates no tribunal do júri são marcados por discursos persuasivos e/ou emocionais. Uma analogia entre o tribunal do júri e um “campo de batalha” não é absurda – isso porque há os que defendem e os que atacam. O uso de uma linguagem persuasiva e sedutora e emocional – às vezes, até mesmo em detrimento da linguagem técnica – é a arma principal para que se alcance o desiderato, ou de quem defende, ou de quem ataca. Os jogos de linguagem, numa sessão de júri, envolvem uma semioticidade diversa, da linguagem verbal à não-verbal. Ao contrário do que muitos pensam, o Tribunal do Júri não é um palco de dramaturgia, pois será o destino de uma vida ali decidido, por meio da linguagem e por meio do discurso usando-se as provas que estão nos autos.

A análise do filme *Tempo de matar* mostrou-nos que, por mais que a academia e a literatura insistem na objetividade técnica para que se acuse ou defenda um acusado, num júri prevalece e/ou imperam a subjetividade, o indivíduo e sua verdade particular. As estratégias de sedução servem apenas de instrumento para que essa verdade se revele. Seriam necessários estudos mais acurados para que outras respostas, mesmo que provisórias, fossem apresentadas. Assim, como sugestão, sugerimos estudos de natureza semiolinguística a fim de se considerarem ditos e não-ditos, o indivíduo e a sociedade, o jurídico e o cultural. Muitas são as análises que só se voltam a questões meramente técnicas; propomos que se coloque o cidadão subjetivo no centro das discussões.

Não é mais tempo de matar! E para a justiça não há tempo definido!

Referências

AZEVEDO, Bernardo Montalvão. *A importância dos atos de comunicação para o processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. Processo e o tribunal do júri no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1071>>. Acesso em 16 jun. 2009.

BARBIERO, Diego Roberto. Técnicas linguísticas-discursivas, paráfrases e tribunal do júri: a arte do convencimento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1328, 19 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9514>>. Acesso em 16 jun. 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Júri – do inquérito ao plenário*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 260 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2008.

BRETON, Philippe. *Elogio da palavra*. São Paulo: Loyola, 2006, 206 p.

BRUNO, Miguel. O tribunal do júri: uma necessidade para a sociedade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1069>>. Acesso em 16 de jun. de 2009.

CHALITA, Gabriel. *A sedução no discurso: o poder da linguagem nos tribunais de júri*. 4 ed. São Paulo: Mas Limond, 2001, 168 p.

CHARAUDEAU, Patrick. Para uma nova análise do discurso, in: CARNEIRO, Agostinho Dias (org.). *O discurso da mídia*. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 1996, p. 3-43.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 2004.

DESCARTES, René. *Regras para direção do espírito*. Trad. Hermes Vieira. São Paulo: Cultura Moderna, 1938.

FRANÇA, Junia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e cinema: Tempo de matar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1459, 30 jun. 2007.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10053>>. Acesso em: 07 out. 2009.

LEÃO, Márcio Rodrigo Almeida de Souza. O tribunal do júri e a Constituição de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2127>>. Acesso em 16 jun. 2009.

LOPES, Maria Immacolata Vassallo. *Pesquisa em comunicação: formulação de um modelo metodológico*. 8 ed. São Paulo: Loyola, 1990, 146 p.

MAINGUENEAU, Dominique. *Análise de textos de comunicação*. São Paulo: Cortez, 2001.

MENDES, Paulo Henrique. Sobre o contrato de comunicação do discurso ao debate político eleitoral, in: MARI, Hugo et al. *Análise do discurso: fundamentos e práticas*. Belo Horizonte: Núcleo de Análise do Discurso – FALE / UFMG, 2001, p. 313-345.

MORENO, Cláudio; MARTINS, Túlio. *Português para convencer: comunicação e persuasão em Direito*. São Paulo: Ática, 2006.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, 337 p.

TEMPO de matar. Direção: Joel Schumacher. Produção: John Grisham, Hurt Lowry, Arnon Milchan e Michael G. Nathanson. Intérpretes principais: Sandra Bullock, S. L. Jackson, Matthew McConaughey e K. Spacey. Estúdio e distribuição: Warner Home Video, 1996, 149 minutos.

O princípio do enriquecimento sem causa e seu regramento dogmático

The principle of the unjust enrichment and its dogmatic rule

César Fiuza

Advogado. Parecerista. Doutor em Direito pela UFMG. Professor titular na Universidade FUMEC, Associado na UFMG e Adjunto na UCMG. Professor colaborador na Universidade de Itaúna e no Centro Universitário UNA.

Frederico Pardini Neto

Bacharel do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC

Bianca Oliveira de Albuquerque

Bacharel do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC

Resumo: O presente artigo visa a aprofundar o estudo do enriquecimento sem causa, entendido como fato e como princípio. Fato, por ser um evento que gera enriquecimento ilegítimo para um, às custas do empobrecimento de outro. Princípio, por ser norma geral de repúdio ao locupletamento. Visa também ao estudo da ação de locupletamento, das hipóteses em que tem cabimento e de seus prazos de prescrição/decadência.

Palavras-chave: enriquecimento; ilícito; locupletamento; *condictio indebiti*

Abstract: The main purpose of the present paper is to study the so called unjust enrichment, understood as a fact and as a principle. As a fact, it is the illegitimate event of an unjust enrichment, to the detriment of somebody else. As a principle, it is a general norm against the unjust enrichment. It is also aimed at the study of the *condictio indebiti*, of its hypotheses and of its limitations/laches.

Keywords: Enrichment; illicit; unjust; *condictio indebiti*

1. Definição

Enriquecimento ilícito ou sem causa, também denominado enriquecimento indevido, ou locupletamento, é, de modo geral, todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica, mas também tudo o que se deixa de perder sem causa legítima.

A primeira questão que carece elucidar é a definição de causa. Há várias espécies de causa. Pelo menos duas nos interessam: a causa eficiente e a causa final. Causa eficiente é aquilo que enseja o ato. Assim, a aquisição da propriedade de certo bem pode ter como causa eficiente um contrato de compra e venda. Aqui teríamos dois atos: a celebração do contrato e a aquisição da propriedade, o primeiro causa do segundo.

Quando se fala em enriquecimento sem causa, é normalmente à causa eficiente que se está referindo. No entanto, há também a causa final. Causa final de um ato jurídico e, conseqüentemente, de um ato que enriquece, é a atribuição jurídica do ato, relacionada ao fim prático que se obtém como decorrência dele. Responde à pergunta “para que serve o ato?”. Na compra e venda, por exemplo, a causa seria a transferência da propriedade. É para isso que serve esse contrato. Assim, a causa do enriquecimento do comprador foi a transferência da propriedade que ocorreu em razão de um contrato de compra e venda. Não pode ser causa de enriquecimento (aumento patrimonial) o furto ou o pagamento indevido.

Mas o furto e o pagamento indevido não são as únicas causas de enriquecimento ilícito. Outras causas há, como por exemplo, o pagamento de dívidas sem a devida correção monetária. Outros exemplos analisaremos mais adiante.

2. *Antecedentes históricos*

No sistema romano, havia certa dúvida a respeito de como se deveria aplicar o preceito, se como princípio jurídico ou como regra ética. Em duas leis se mostra essa dificuldade, pois em uma está explícito o termo “*iniuria*” e em outra não, querendo aquela significar que se trata de um preceito jurídico, e a outra, de regra moral. Após detido estudo de tais normas, pode-se concluir que no tempo de sua elaboração só se condenava o enriquecimento, se contrário ao Direito. Após a retirada do termo “*iniuria*” de uma das leis, entende-se que se começou um esforço legislativo no sentido de se aplicar o princípio do locupletamento de maneira prática e a todos os casos. Embora se encontrasse legislação romana referente ao assunto, assim como julgamentos dando procedência à ação *de in rem verso*, não foi produzida no Direito Romano uma norma geral para tratar do enriquecimento sem causa. Contudo, mesmo sem um princípio geral, o pretor, se não possuía poder para legislar sobre o assunto *erga omnes*, possuía tal poder no caso concreto, específico, produzindo, assim, novas fórmulas para abranger os diversos casos novos que deveria julgar.

Havia, pois, já no Direito Romano, várias ações que, direta ou indiretamente, resolviam o problema do enriquecimento ilícito.

A *actio de in rem verso* era intentada quando, por exemplo, se tratava da transferência de bens praticada pelo filho ou pelo escravo do *pater-familias*. Desobrigava este a responder pelas ações daqueles. Isto gerava uma total insegurança no tráfego negocial. Após alterações, criou-se uma relação de vínculos entre o negócio jurídico com filho ou escravo do *pater-familias*, responsabilizando-o pelos atos de seus *alieni iuris*. Surgem, então, duas hipóteses: se o negócio era realizado com autorização do *pater-familias* e se tivesse ele lucrado. Na primeira hipótese, o chefe da família, pelo simples fato de ceder determinados bens, obrigava-se a responder pela administração destes até o valor de seu montante. Já na segunda hipótese, a parte prejudicada poderia intentar a ação contra o *pater-familias*, até o montante do valor lucrado no negócio (*in rem verso*).

A outra ação era a *actio negotiorum gestorum*. Era necessário o elemento subjetivo, vontade de alguém reger negócio alheio. Para se delimitar sua aplicação, buscaram-

se duas espécies, gestão própria e irregular. Visava, assim, evitar o enriquecimento do dono do negócio em detrimento do gestor.

As *condictiones* buscavam diminuir as solenidades sacramentais exigidas nas outras ações. Assim, surgiram as leis de ações por condições, protegendo situações que tivessem coisa e importância determinadas. O mais relevante na *condictio* é que só poderia ser proposta a ação se o bem ou a importância fossem transferidos anteriormente, buscando, portanto, suprimir as perdas sofridas pelo que previamente transferiu a coisa, sem prejuízo a terceiro, desde que agindo de boa-fé. Destacam-se algumas *condictiones*, dentre outras:

Condictio indebiti – servia para repetir pagamento feito com erro. Para se ter a garantia da ação, o pagamento deveria ser válido; também deveria ser indevido, ou seja, feito por quem não devia, ou feito a não credor; ou ainda se o erro fosse escusável, no propósito de executar a obrigação.

Condictio ob causam datarum – concedida quando não se constituía a causa do negócio jurídico. Muito aplicada aos contratos reais inominados. Como não se tinha uma legislação específica para certos tipos de ação, aplicava-se por analogia a *condictio*, para que o empobrecido pudesse ser ressarcido. Mais tarde, tais regras se estenderam a todas as prestações.

Condictio ob turpem vel injustam causam – concedida para reclamar a restituição de uma prestação que de boa-fé se realizou, para fim ilícito ou imoral.

Condictio sine causa – concedida para pedir restituição de prestação que se efetuou sem causa legítima, mas para fim legítimo. Para Justiniano, esta *condictio sine causa* é a generalização do princípio. Nesta fórmula, estariam incluídos todos os casos não vistos anteriormente.¹

Conclui-se, pois, que, embora não tenha sido instituída ação geral de enriquecimento, a prática pretoriana desenvolveu-se de tal maneira, que se pode considerar cada uma das ações *supra* vistas como verdadeira ação de enriquecimento.

A partir do Direito Romano, pode-se praticamente afirmar, que sempre foi aplicado o princípio do enriquecimento sem causa. Alguns ordenamentos o têm explicitamente posto, como é o caso do brasileiro. Em nosso País, o princípio do enriquecimento sem causa era amplamente aceito e aplicado, explícita mesmo, em alguns casos, como na Lei do Cheque, a ação de locupletamento.

Hoje, a matéria se encontra totalmente regulada no Código Civil, ainda que mal localizada, como veremos abaixo. A ação de locupletamento, apesar de não receber tratamento típico, tem previsão genérica e até prazo trienal de prescrição, segundo o art. 206, § 3º do Código Civil.

3. Natureza

Seria regra ou princípio a norma que proíbe o enriquecimento sem causa? O debate não é despido de sentido, se levamos em conta que o tratamento dado às regras é diferente daquele conferido aos princípios. Nos parágrafos abaixo, seguiremos

¹ Mais sobre o tema das *condictiones*, ver ORTOLAN, 1847, *passim*.

os passos de Marcelo Galuppo, que muito bem aborda o tema (GALUPPO, p. 167 e segs.).

Segundo Esser (1961, p. 103), não seria a maior ou menor generalidade que distinguiria o princípio da regra. Não se pode dizer que princípio seja regra mais generalizada, como queria Bobbio (2005, p. 180).

Isso não significa que os princípios não tenham um elevado grau de generalização. O que se entende é que a generalização não é a causa da formação do princípio, mas, sim, uma de suas consequências.

Ao contrário do que diz a teoria dos princípios como normas generalíssimas, defendida por Del Vecchio e Bobbio, os princípios não se aplicam a qualquer situação. Por meio da argumentação e até mesmo utilizando-se de outro princípio pode-se demonstrar a inaplicabilidade de um princípio a determinado caso (DEL VECCHIO, 1948, p. 137; BOBBIO, 2005, p. 180).

A segunda teoria, defendida por Alexy (1993, p. 11) entende que os princípios devam ser aplicados na medida do possível, levando-se em conta o caso concreto. Os princípios seriam mandados de otimização. As regras, no entanto, não teriam grau de aplicabilidade, elas simplesmente são aplicadas ou não, ou o fato se amolda ao tipo legal ou não.

As condições para aplicação de um determinado princípio não são definitivas, elas se ajustam ao caso concreto. O que um determinado princípio requer para ser aplicado a um caso não poderá ser comparado à tipificação exigida pelas regras, ou seja, as exigências feitas por este mesmo princípio a outro caso não necessariamente terão valor, forma ou qualidades idênticos ao primeiro caso. Segundo esta teoria, os princípios seriam vistos como razões *prima facie* e as regras como razões definitivas.

A tentativa de Alexy de resolução de conflitos entre princípios jurídicos nos mostra a diferença quanto ao tipo de validade dos princípios e das regras (ALEXY, 1993, p. 23).

Para Alexy, o conflito entre princípios se dá quando produzem efeitos incompatíveis, se aplicados separadamente a um mesmo caso. Mas, apesar de incompatíveis, um princípio não invalida o outro. Um deles poderá apenas perder sua aplicabilidade em relação àquele caso concreto. Portanto, a validade de um princípio não depende da invalidade de outro. Isto porque eles só têm existência no caso concreto (ALEXY, 1993, p. 25).

Já as regras, por terem existência em abstrato, não podem ser todas válidas ao se verem em conflito, ou seja, a validade de uma regra dependerá da invalidade de outra do mesmo grau, a não ser que seja inserida uma cláusula interpretativo-argumentativa de exceção numa delas.

O que se observa é que, para Alexy, diante de um conflito, regras são válidas ou não; já os princípios cedem uns perante os outros, na medida de seu peso em determinado caso concreto. Isso implica a existência de uma hierarquização entre os princípios diante do caso concreto e apenas diante dele (ALEXY, 1993, p. 23).

Para a determinação de maior ou menor peso de dois princípios diante de um caso concreto, Alexy (1993, p. 21) tenta encontrar uma ponderação racional que fundamente a escolha de um dos princípios.

No Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVG), leva-se em conta o grau de afetação sob a coletividade decorrente da aplicação de um princípio. É a chamada Lei da Ponderação.

A Lei da Ponderação, por sua vez, implicaria uma Lei de Colisão, que determina que um princípio só pode ser satisfeito à custa de outro.

Como resultado de uma correta ponderação, pode-se considerar um fato particular como sendo a aplicação de uma lei geral, podendo-se formular uma norma de direito fundamental com caráter de regra.

Alexy (1993, p. 23), ainda nessa segunda teoria, tenta diferenciar princípio e valor, incluindo o primeiro no âmbito deontológico (do dever-ser) e o segundo no âmbito axiológico (do bem).

Esta segunda teoria sofreu objeções pela terceira teoria, que identifica os princípios como normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas. Esta teoria foi adotada por Habermas (1997), tendo apoio na obra de Ronald Dworkin (1999), sendo seguido por Klaus Günther (2004).

Todos os autores entendem que Alexy tira dos princípios seu caráter normativo, pois ele estaria, implicitamente, renunciando ao caráter moral dos princípios, ao adotar um procedimento ligado estritamente à metodologia do Direito.

Alexy, ao afirmar ser possível, ainda que apenas no caso concreto, estabelecer uma hierarquia entre os princípios, afirma também que a aplicação de um princípio se dá de forma gradual. Sendo assim, os princípios não poderiam ser caracterizados como normas, pois, como afirma o próprio Alexy (1993, p. 23), estas se referem ao conceito de dever, podendo apenas ser cumpridas ou descumpridas.

Pelo exposto acima, Alexy se contradiz ao dizer que os princípios estão no âmbito deontológico, pois estariam diretamente ligados a valores. Estes, sim, precedem uns aos outros em razão de seu peso, indicando a preferibilidade de um grupo social, caracterizando, portanto, a natureza axiológica dos princípios.

Habermas afirma que, ao adotar um modelo axiológico-gradual, Alexy confunde as normas com os valores. Para ele, considerando os valores como fundamento de nossas ações, estaremos levando em conta aquilo que é melhor, e não aquilo que é correto para uma determinada comunidade, extraindo a norma da perspectiva deontológica, na qual ela deveria estar inserida (HABERMAS, 1997, p. 122).

Uma fundamentação axiológica (ligada a valores) estaria sempre restrita a uma comunidade, pois aquilo que é bom para um povo nem sempre será para outro, sendo portando, uma fundamentação histórica, e não racional. Ao contrário, a fundamentação deontológica (ligada ao dever-ser) leva em conta aquilo que é correto para um universo de pessoas. Esta seria, respectivamente, a diferença entre o que Habermas chama de fundamentação ética *stricto sensu* e fundamentação moral do agir.

Segundo Habermas, devemos esperar de uma ação aquilo que é correto e não determinados fins egocêntricos. Então, a justiça não poderá estar fundada em valores, pois estes têm validade relativa; ela deverá estar fundada em normas (regras e princípios), pois estas, sim, têm validade absoluta; estas, sim, são válidas para toda e qualquer pessoa, protegendo o indivíduo contra a sociedade e o Estado.

Como nos mostra Habermas, normas relacionam-se a dever, enquanto valores estão ligados muito mais a conselho, a recomendação. Os valores se sujeitariam à preferência, enquanto as normas são consideradas válidas ou inválidas.

Portanto, nesta teoria, valores não poderiam ser comparados ou confundidos com normas (regras e princípios), pois não são obrigatórios na mesma medida e em qualquer situação.

A consequência de tudo isso é que regras e princípios, por serem universais, têm um poder de fundamentação maior que os valores, que têm caráter de preferencialidade.

Por trás de todos os conceitos apresentados por Habermas está o conceito de integridade de Dworkin. Para este, uma decisão que respeita a integridade do Direito seria aquela fornecedora da resposta correta, independentemente do fato de ela se basear na estrita legalidade (DWORKIN, 1999, p. 121).

Dworkin entende que para se chegar a uma decisão correta poderiam ser usados argumentos de orientação política, que revelam uma meta a ser alcançada, para a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade; e argumentos de princípios, que seriam uma exigência de justiça ou de imparcialidade (DWORKIN, 1999, p. 121).

Os primeiros estabeleceriam metas coletivas, enquanto os argumentos de princípio constituiriam direitos individuais. Portanto, somente estes poderiam resolver os casos difíceis (aqueles em que, segundo Dworkin, nenhuma regra estabelecida prescreve uma decisão, seja num sentido, seja noutro) sem comprometer a democracia.

O conceito de integridade explica como é possível ver os princípios como concorrentes e não como contraditórios no plano de sua aplicação. Ao contrário das regras, que estabelecem o que deve ou não ser seguido, podendo ter suas exceções previamente enumeradas, nos princípios não temos como prever as exceções, pois, levando-se em consideração a hipótese concreta, um outro princípio poderia abstratamente representar uma exceção à aplicação de um primeiro.

Por depender do caso concreto, a excepcionalidade de um princípio ante o outro caracteriza a concorrência entre eles, e não uma contradição, isto porque são independentes entre si; representam o pluralismo das sociedades contemporâneas (nessas sociedades, segundo Dworkin (1999, p. 131), encontraríamos a integridade do Direito).

Na Teoria de Dworkin, Habermas e Günther a solução pacífica para a concorrência entre princípios e regras não se dá pela medida de seu peso, como em Alexy. Cada qual representaria tipos de razões distintos para fundamentar a ação (HABERMAS, 1997; GÜNTHER, 2004; ALEXY, 1993).

As regras fundamentariam a ação usando das razões *prima facie* (justifica o dever ou não dever), enquanto que os princípios utilizariam as razões comparativas (consideram todos os elementos daquela determinada circunstância para concluir se algo deve ou não ser feito).

Essa distinção afetará o tipo de validade das regras e dos princípios. As primeiras serão válidas em qualquer situação que se encaixar na tipificação daquela conduta; enquanto os princípios, por serem abstratos, para que sejam considerados válidos, terão de fornecer um número de informações muito maior. Isso significa que, nem sem-

pre quando uma situação reproduzir as circunstâncias de sua aplicação, será determinado um princípio aplicável ao caso concreto.

Com isso Günther chega à conclusão de que a diferença entre as regras e os princípios se dá pela forma de aplicação de umas e de outros não sendo, portanto, uma diferença morfológica, como previa Alexy (GÜNTHER, 2004, p. 122).

Na aplicação das regras apenas são absorvidas as características capazes de enquadrar o ato em um determinado tipo, enquanto nos princípios serão levadas em conta todas as características do ato, considerando cada ponto de vista relevante, aplicando-se o princípio mais adequado (juízo de adequabilidade).

A excepcionalidade de um princípio perante outro é concreta, pois é determinada pelo caso concreto. Na exceção o que se observa não é o princípio e, sim, o caso em questão. Ao contrário das regras, que têm exceções abstratas, que serão determinadas pela própria regra e serão aplicadas a qualquer caso que venha a se enquadrar nas condições determinadas.

Segundo Kohlberg², os princípios são desenvolvidos e modificados pelos dilemas morais apresentados pelo caso concreto. A argumentação de princípios seria aquela que entende o valor da pessoa humana como forma de construir as soluções para o dilema moral, e não como regra absoluta. A valorização dada à pessoa humana em determinado caso não necessariamente seria aquela dada em outro caso.

Para Günther, outra diferença entre regras e princípios seria a maior indeterminação destes quanto às condições de sua aplicação, indeterminação relacionada à falta de escalonamento entre os princípios e à falta de pré-estabelecimento das condições de sua aplicação, ao contrário das regras.

Canotilho entende que os princípios são, no plano da racionalidade, o fundamento do sistema; são eles fundamento das regras, ou seja, são a base jurídica das regras (CANOTILHO, 2003, p. 1159 e segs.).

Marcelo Galuppo conclui que os princípios jurídicos são a expressão da diversidade existente em um Estado Democrático de Direito e, por isso, competem em pé de igualdade (GALUPPO, 1999, p. 189).

Por isso tudo, seria a norma que proíbe o locupletamento uma regra ou um princípio? O enriquecimento ilícito caracteriza-se como princípio e não como regra pelo seguinte: regras são autoexplicativas, ao contrário dos princípios. Pela simples leitura da regra há a possibilidade de se entender e indicar todos os atos capazes de se enquadrar naquele dispositivo. Já na leitura de um princípio não há como entender a que, especificamente, ele se relaciona. Sua leitura é subjetiva, só explicável com sua aplicação ao caso concreto.

Outra característica dos princípios é o fato de serem fundamento, base para a existência das regras. Observando os dispositivos que tratam do pagamento indevido, das benfeitorias, da prestação de serviços, da gestão de negócios e aqueles relacionados a tributos, podemos concluir que o enriquecimento sem causa estaria servindo de base à existência de todos eles.

² Autor da psicologia social que teve seu conceito de princípio conexo à teoria discursiva do Direito integrada por Günther e Habermas: *apud* GALUPPO, 1999, p. 192.

Os casos citados acima são os que geram com mais frequência o enriquecimento sem causa. Já existindo dispositivo que regulamente tais casos não poderia o enriquecimento sem causa ser tido como regra, sua utilização será subsidiária.

Como princípio, seria utilizado no caso concreto, após esgotadas todas as regras específicas para determinado caso; poderia ainda ser utilizado para fundamentar as regras que estariam sendo aplicadas. Afinal, o princípio do enriquecimento sem causa é fundante.

O fato se ser subsidiário não tira a validade do princípio. Ele poderá ser excepcionado por outro princípio ou até mesmo por uma regra, ou ainda, ser aplicado concomitantemente a uma regra, e nem por isso deixará de vigorar. Tal possibilidade não existe para as regras, pois estas concorrem umas com as outras. Duas regras de mesmo grau não poderiam coexistir no sistema jurídico brasileiro.

Se o enriquecimento sem causa fosse regra, como já existem dispositivos aplicáveis aos casos que o geram, não poderiam todos coexistir no ordenamento jurídico. Um provocaria a invalidade do outro.

Concluído, então, pode-se qualificar o enriquecimento sem causa de fato e de princípio. Fato, por ser um evento que gera enriquecimento ilegítimo para um, às custas do empobrecimento de outro. Princípio, por ser norma geral de repúdio ao locupletamento.

4. Requisitos, efeitos e equívocos

Os requisitos do enriquecimento sem causa são quatro:

- 1) Diminuição patrimonial do lesado.
- 2) Aumento patrimonial do beneficiado sem causa jurídica que o justifique. A falta de causa se equipara à causa que deixa de existir. Se, num primeiro momento, houve causa justa, mas esta deixou de existir, o caso será de enriquecimento indevido. O enriquecimento pode ser por aumento patrimonial, mas também por outras razões, tais como poupar despesas, deixar de se empobrecer etc., tanto nas obrigações de dar, quanto nas de fazer e de não fazer.
- 3) Relação de causalidade entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro. Esteja claro, que as palavras “enriquecimento” e “empobrecimento” são usadas, aqui, em sentido figurado, ou seja, por enriquecimento entenda-se o aumento patrimonial, ainda que diminuto; por empobrecimento entenda-se a diminuição patrimonial, mesmo que ínfima.
- 4) Dispensa-se o elemento subjetivo para a caracterização do enriquecimento ilícito. Pode ocorrer de um indivíduo se enriquecer sem causa legítima, ainda sem o saber. É o caso da pessoa que, por engano, efetua um depósito na conta bancária errada. O titular da conta está se enriquecendo, mesmo que não o saiba. Evidentemente, os efeitos do enriquecimento ocorrido de boa-fé não poderão ultrapassar, por exemplo, a restituição do indevidamente auferido, sem direito a indenização.

A doutrina tem bem definidos os parâmetros do enriquecimento indevido, e o Código Civil também traça seus contornos, nos arts. 884 a 886. O art. 884 impõe a todo aquele que se enriquecer sem causa jurídica o dever de indenizar a pessoa, a cuja custa ocorreu o enriquecimento:

“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

O art. 884 está mal localizado e mal redigido. Mal localizado porque deixa a entender que o Direito Brasileiro considera o enriquecimento sem causa espécie de ato unilateral, quando, na realidade, encontra-se na esfera do antijurídico e lá deveria estar. Muito melhor seria se estivesse localizado na Parte Geral; poderia muito bem ser o art. 188. Está mal redigido porque a redação é restritiva. Parece, numa leitura literal, que o enriquecimento ocorre apenas quando alguém adquire, aufere um ganho indevido, que tenha de ser restituído. Embora no mais das vezes seja isso mesmo que ocorra, nem sempre. O enriquecimento pode se dar por não ter o favorecido feito o que deveria fazer; ou por ter feito o que não deveria; ou por não ter dado o que deveria (a obrigação seria, então, de dar e não de restituir). Enfim, o enriquecimento pode ocorrer de diversas maneiras. Por fim, é risível, para não dizer infantil, a última oração do artigo: “feita a atualização dos valores monetários”. É óbvio que a atualização é devida, sob pena de enriquecimento sem causa, aliás, tema do dispositivo.

O repúdio ao enriquecimento sem causa é princípio geral do Direito, gerador de uma série de regras e subprincípios.

Não se deve, entretanto, confundir o princípio do enriquecimento sem causa com a ação de locupletamento dele oriunda. Esta só terá cabida na falta de outra ação específica. Assim, no pagamento indevido, caberá a ação de repetição de indébito (*condictio indebiti*) e não a ação de anulação (por erro) nem a de locupletamento, embora tenha ocorrido enriquecimento sem causa. Não havendo outra ação mais específica, admite-se, então, a de locupletamento. Por exemplo, se A emite um cheque ao portador sem fundos, e se este cheque entra em circulação, vindo a cair nas mãos de B, que nunca viu A, não tendo com ele realizado nenhum tipo de negócio, que ação teria B contra A? Em princípio, B poderia executar o cheque, mas e se a responsabilidade do emitente pelo inadimplemento do cheque estiver prescrita? Neste caso, B não poderia executar o contrato, nem propor ação de cobrança contra A, visto que não há relação obrigacional originária entre eles. Assim, não restaria a B qualquer outra ação, que não a de locupletamento. Observe-se, contudo, que antes dela, foram verificadas e esgotadas todas as outras possibilidades: a ação de execução do cheque (ação cambial) e a de cobrança. Vale esclarecer que a ação de locupletamento prescreve em 3 anos, segundo o art. 206, § 3º, IV. No caso do cheque, especificamente, a prescrição será de 2 anos, segundo a Lei do Cheque.

Outro exemplo de hipótese em que caberia a ação de locupletamento é o da avulsão. Esta ocorre quando uma porção de terras se desloca abruptamente das margens de um rio, em virtude de um evento da natureza, e se agrega à margem oposta. Neste caso, o proprietário das margens acrescidas estar-se-ia enriquecendo ilegítima-

mente às custas do proprietário das margens desfalcadas. Este teria um ano para acionar aquele, e a ação seria a de locupletamento. Este prazo, entretanto, é decadencial, uma vez que se trata de ação, primordialmente, constitutiva (VALLE FERREIRA, 1950, p. 109).

O Código Civil cuida do enriquecimento sem causa no título relativo a obrigações oriundas de atos unilaterais, por ser este princípio o fundamento dessas obrigações, pelo menos genericamente falando-se.

Se uma pessoa promete pagar R\$100,00 a quem lhe restituir os documentos perdidos, obriga-se para com aquele que cumprir a tarefa. Se não cumprisse a promessa e não pagasse os R\$100,00, estaria se enriquecendo às custas do outro, uma vez que este, pressupõe-se, despendeu esforços no sentido de achar e restituir os documentos. O mesmo ocorrerá na gestão de negócios e no pagamento indevido.

Há, porém, outras causas de enriquecimento ilícito, como o implemento de benfeitorias e melhoramentos, o pagamento realizado sem a devida correção monetária e outros.

Por isso mesmo, talvez a melhor geografia para o enriquecimento sem causa não fosse a que lhe atribuiu o Código de 2002, ainda mais tratado da maneira como o tratou, fazendo crer cuidar-se de modalidade distinta de ato unilateral, o que não é. Além do mais, o princípio do enriquecimento sem causa informa todo o Direito Obrigacional, não só os atos unilaterais. A Parte Geral do Código seria, sem dúvida, o melhor lugar para se o inserir.

Mas onde na Parte Geral? Sem dúvida junto aos atos ilícitos, uma vez que também o enriquecimento sem causa se insere na esfera da antijuridicidade.

5. Ação de locupletamento

A ação de locupletamento, como já visto, é a ação dada ao empobrecido, na falta de outra mais específica diante do caso concreto. Em nosso ordenamento, esta subsidiariedade é explícita, apesar da má redação do art. 886, do Código Civil.

Assim, cada caso merece análise individual, vigendo esta norma geral, que só disponibiliza a *condictio indebiti* na falta de outra ação.

No pagamento indevido, aquele que pagou mal disporá da ação de repetição de indébito. Dependendo do caso, tratando-se de pagamento efetuado em obrigação de fazer, poderá o empobrecido exigir o desfazimento do que foi feito, além de uma indenização, se houver má-fé ou mora daquele a quem se pagou mal. Não sendo possível o desfazimento, só caberá ação se tiver havido má-fé do que se enriqueceu. Estes são alguns exemplos possíveis. Há outros.

No caso de implemento de benfeitorias necessárias, como, por exemplo, em imóvel locado. O locatário de boa-fé poderá propor uma ação indenizatória contra o locador inadimplente, tendo ainda direito de retenção sobre o prédio.

Como dito, em todos estes casos, e em muitos outros, só terá cabimento a ação de enriquecimento sem causa se não for possível nenhuma outra.

No Direito brasileiro, como sabido, é difícil a hipótese de cabimento da *condictio indebiti*. No mais das vezes, haverá sempre ação mais específica para a situação, como a ação de cobrança, a indenizatória, as executivas, a de repetição de indébito, as possessórias, a reivindicatória, a de imissão na posse, a de despejo, só para citar algumas. Além disso, há a monitória, para situações mais genéricas. Neste caso, porém, entendo que, dada a generalidade da monitória, a *condictio* será possível, como opção do credor.

A questão que resta é se a prescrição da ação de locupletamento começa a correr do momento em que prescreve a ação mais específica para o caso ou do momento em que efetivamente ocorreu o enriquecimento.

Em nosso entendimento, a resposta é negativa. Os três anos começam a correr do momento em que se deu o enriquecimento sem causa. Se a ação específica, como a cambial, prescrever antes, o prejudicado ainda terá o tempo restante da de locupletamento, caso contrário, nada mais poderá fazer.

A questão da prescrição é importante. Prescrita a ação principal, não caberá mais a de locupletamento (a não ser, talvez, no caso da cambial, por não se basear em causa alguma – atos abstratos – ver lei do cheque). Ora, a prescrição servirá de causa ao enriquecimento.

Referências

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1948.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FIUZA, César. *Direito civil – curso completo*. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 143, julho/setembro 1999.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

ORTOLAN, M. *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*. 4. éd. Paris: Joubert, 1847, t. II.

VALLE FERREIRA, José Geraldo. *Enriquecimento sem causa*. Belo Horizonte: Nicolai, 1950.

O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo à luz do modelo constitucional do processo

The contradictory and the broad defense in the administrative process considering the constitutional model of process

Eduardo Rodrigues dos Santos

Graduando em Direito pela ESAMC – Uberlândia. e-mail: rodriguessantos1988@gmail.com

Wendel Ferreira Lopes

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Tributário pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributário). Advogado e sócio do escritório Ferreira & Viola Advogados Associados. Professor de Direito Processual Civil na ESAMC – Uberlândia, e de Direito Tributário pela Faculdade Católica de Uberlândia.
e-mail: wendel@ferreiraeviola.com.br

Resumo: Trata-se de uma investigação filosófico-analítica que tem por objetivo apresentar dois dos mais relevantes princípios constitucionais do processo administrativo: o contraditório e a ampla defesa, que mais que princípios constituem garantias constitucionais de um processo justo e transparente, tutelados pelo artigo 5º de nossa Carta Maior. Inicialmente, aborda-se o Modelo Constitucional do Processo conceituando-o, descrevendo-o e apresentando-o como um modelo de processo oriundo da concepção neoconstitucionalista dentro do paradigma pós-moderno do Direito que visa, sobretudo, tornar o processo um instrumento realizador de justiça fazendo-o deixar sua feição pretérita de mero instrumento técnico. Após esta primeira análise, trabalha-se o conceito específico de Princípios Constitucionais do Processo, bem como suas acepções, suas características, origem e amplitude normativa. Em seguimento, apresenta-se o princípio do Contraditório, como garantia processual do devido processo legal e até mesmo como parte fundamental e inseparável do próprio conceito de Processo. Mais do que isso, demonstra-se o seu caráter isonômico, ou seja, de instrumento que visa garantir a paridade de tratamento e a bilateralidade da audiência com o escopo de dar às partes as mesmas oportunidades (de fala e de produção probatória) pondo-as em uma situação de igualdade. Passa-se então ao Princípio da Ampla Defesa, abordando-o como um princípio intimamente ligado ao Contraditório e apresentando-o enquanto um Princípio garantidor de direitos, que tem por essência evitar condenações arbitrárias. Conclui-se o trabalho reiterando a feição de “instrumento realizador de justiça” inerente ao Modelo Constitucional do Processo, bem como reafirmando o caráter garantidor dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

Palavras-chave: contraditório; ampla defesa; modelo constitucional do processo.

Abstract: This is a philosophical research analysis which aims to present two of the most important constitutional principles of the administrative process: the contradictory and broad defense, which more than principles are constitutional guarantees of a fair and transparent process, protected by Article 5 of our Constitution. Initially, it approaches the Constitutional

Process Model conceptualizing it, describing it and presenting it as a process model derived from the design neoconstitutionalism within the postmodern paradigm of law that is aimed mainly at making the process an instrument maker of justice making it leave its bygone feature of mere technical instrument. After this initial analysis, we work the specific concept of the Process of Constitutional Principles and their meanings, their characteristics, origin and extent normative. Afterwards, we present the principle of contradiction, as a guarantee of procedural due process and even as a fundamental and inseparable part of the very concept of Procedure. More than that, it demonstrates its character equality, i.e., an instrument aimed at ensuring equal treatment and bilaterality of hearing, in which the parties are given the same opportunities (and speech production evidence) and put on an equal footing. Then we study the Principle of Broad Defense, approaching it as a principle closely linked to the contradictory and presenting it as a guarantor of rights principle, whose essence is to avoid arbitrary convictions. We conclude by reiterating the feature of a “justice facilitating instrument”, inherent in the Constitutional Process Model, as well as reaffirming the guarantor character of the principles of Contradictory and Broad Defense.

Keywords: contradictory; broad defense; constitutional model of process.

1. Introdução

O presente trabalho consiste em uma investigação filosófico-analítica que tem por objetivo apresentar dois dos mais relevantes princípios constitucionais do processo administrativo: o contraditório e a ampla defesa, que mais que princípios consistem em garantias constitucionais de um processo justo e transparente, tutelados pelo artigo 5º de nossa Carta Maior.

Trabalha-se o Modelo Constitucional do Processo como modelo processual pautado no Neoconstitucionalismo, movimento que surge na segunda metade do século passado e consiste na constitucionalização das normas, ou melhor, do ordenamento jurídico como um todo e que tem como escopo buscar a justiça do caso concreto dentro dos parâmetros constitucionais. Para tanto, apresenta-se os Princípios Constitucionais como instrumentos que possibilitam a eficácia deste modelo.

Por fim, abordam-se especificamente os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa como garantidores de um processo que respeite a paridade de tratamento entre as partes, a bilateralidade da audiência e possibilite ao acusado todas as oportunidades legalmente possíveis de se defender, bem como de provar sua inocência a fim de se evitar um processo autoritário e inquisitorial.

2. Modelo constitucional do processo

Autores da fase tardia do Pandectismo alemão proclamaram nas últimas décadas do século XIX a autonomia da ciência processual e de sua categoria fundamental, o processo, entendido como relação jurídica de caráter público, com a peculiaridade de se desenvolver numa extensão temporal com a participação dos interessados.

Cravado aquele ramo autônomo do direito, no final dos anos sessenta e princípio da década de setenta do século passado, marcou-se o advento de uma virtual reno-

vação dos estudos do Direito Processual, quando se passa a enfatizar a consideração da raiz constitucional dos institutos processuais básicos.

Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. Nos Estados Unidos, Robert Cover, Owen Fiss e Judith Resnik lançam em 1988 o primeiro manual tratando conjuntamente do Processo Civil, Penal e Administrativo, o que chamaram de Sistema Processual Federal, atentando para a conexão deles com o Direito Constitucional.

Fruto do Neoconstitucionalismo e influenciado pelo paradigma pós-moderno do Direito (Pós-Positivismo Jurídico), o Modelo Constitucional do Processo surge como um modelo processual garantidor, que visa efetivar as garantias do texto constitucional, mas também como um modelo que visa constitucionalizar o sistema processual, ou seja, tornar o Processo um instrumento Constitucional, fazendo-o transcender uma realidade pretérita de simples instrumento técnico, passando a assumir uma feição de instrumento realizador de Justiça. Nesse sentido, Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco afirmam que a Constituição incumbe-se em tornar o direito processual um “instrumento público de realização da justiça”, fazendo-o deixar de ser um “mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 86).

O Modelo Constitucional do Processo, ou Direito Processual Constitucional, conforme explicam Araujo Cintra, Ada Pellegrini e Candido Dinamarco, consiste “em uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição”, que por um lado abrange “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo” e por outro “a jurisdição constitucional” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 85).

Em consonância com o parágrafo anterior, Willis Santiago Guerra Filho, em sua obra *Teoria Processual da Constituição*, explica que há hoje um duplo movimento em que, por um lado, visa-se realizar uma materialização constitucional do processo, e por outro, visa-se atingir uma procedimentalização do Direito Constitucional a fim de por em prática a Constituição, como instrumento maior do ordenamento jurídico e da Justiça (GUERRA FILHO, 2007).

Candido Rangel Dinamarco, citado por Humberto Theodoro Júnior, em seu artigo “Constituição e Processo”, afirma que é “indispensável que cada processo produza os resultados substancias que melhor atendam à justiça do caso concreto” fazendo valer os valores sociais de alta magnitude, ou seja, aqueles valores mais consagrados na consciência da coletividade, que segundo o renomado autor, “no Estado Democrático de Direito, se confundem basicamente com as garantias e direitos fundamentais tutelados na Constituição” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 240). Nesse sentido José Roberto dos Santos Bedaque, também citado por Theodoro Júnior, afirma que é insuficiente, ou melhor, de nada serve o processo regular determinada matéria, se ele não o fizer em consonância com os princípios e valores constitucionais pelos quais é regido (THEODORO JÚNIOR, 2009).

Flaviane de Magalhães Barros, discorrendo sob o Modelo Constitucional do Processo proposto por Italo Andolina e Giuseppe Vignera, afirma que tal modelo consiste em

“um esquema geral de processo” que possui três importantes características: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade da norma processual se especializar e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos através do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral (BARROS, 2009, p. 334).

Com base nesta nova concepção, ou melhor, nesta atual maneira de pensar o Processo, pautado, substanciado e fundamentando de maneira prévia na Constituição, é possível perceber Princípios Constitucionais que vão irradiar seus efeitos no âmbito Processual de maneira fundamental e determinante. A nosso ver tais princípios têm ação direta na instrução do processo e é o que passa a ser investigado em seguida.

3. Princípios constitucionais do processo

Inicialmente há de se esclarecer que neste artigo utilizar-se-á uma visão neo-constitucionalista acerca dos Princípios, fundada nas ideias dos renomados juristas Ronald Dworkin, Gomes Canotilho, Robert Alexy, Karl Larenz, Karl Engisch e Willis Santiago, ignorando-se assim a clássica visão positivista dos não menos renomados H.L.A. Hart e Hans Kelsen.

Gomes Canotilho agracia-nos com um excelente conceito de Princípios Constitucionais. Assim, segundo o renomado constitucionalista, “consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (CANOTILHO, 1995, p. 171).

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, pondera que estes princípios têm diversas funções, tais como: expor as valorações e motivações políticas fundamentais que levaram o legislador constituinte a elaborar a Constituição; orientar a produção legislativa ordinária, atuar como garantia direta aos cidadãos, ou seja, servir como fonte normativa direcionada diretamente ao caso concreto; e auxiliar na interpretação e integração da legislação infraconstitucional com a Constituição (NUCCI, 2008).

Em relação à aplicação dos princípios frente aos casos concretos, ou seja, em relação à imperatividade normativa do princípio, afirma Dworkin, que os princípios têm uma dimensão que avalia o peso, a importância, a relevância frente ao caso concreto, diferentemente das normas, que se aplicam pautadas em um critério de tudo ou

nada. Assim, quando “os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força normativa de cada um” (DWORKIN, 2002, p. 42). Nesse sentido, Willis Santiago em análise à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, afirma que há a necessidade de se sopesar os princípios, além da mera subsunção dos fatos às normas, principalmente quando o caso concreto necessita de uma interpretação à luz da Constituição, tudo isso dentro de um critério de proporcionalidade (GUERRA FILHO, 2007, p. 101). Pondera ainda o consagrado autor brasileiro que

os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o direito em vigor caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente (GUERRA FILHO, 2007, p. 254).

Nesse sentido, o próprio Alexy afirma que

princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fácticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento [...] (ALEXY, 2008, p. 117).

Por sua vez, Karl Larenz afirma que o direito pode se desenvolver superando o simples texto legal-positivo, ou seja, as regras jurídicas ordinárias, o que ele chama de Direito Superador da Lei, porém tal desenvolvimento tem de estar em consonância com os princípios gerais de direito e com a “ordem de valores” constitucionais, tratando-se assim “de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base” (LARENZ, 1997, p. 588-590).

Em sentido semelhante, Karl Engisch, em *Introdução ao Pensamento Jurídico*, afirma que existem princípios de direito que não dependem de posituação para existir, pois estão acima da lei, por isso pertencem ao Direito Supralegal, *verbi gratia*, o princípio da igualdade, que não necessita estar posto em um texto legal para ter validade. Segundo Engisch, aquele que aplica o direito, o magistrado, tem o poder, ou até mesmo o dever, “de declarar inválida, ou então corrigir, qualquer estatuição positiva no caso de ela estar em contradição com o Direito Supralegal” (ENGISCH, 2001, p. 326-327). Engisch cita, a título de exemplo, alguns destes princípios, como princípios supremos da justiça, do bem comum, do Direito justo, da moralidade etc. A partir desses exemplos, nota-se a preocupação do autor de que o Direito deve focar-se na Justiça, ou em outras palavras, deve tê-la como escopo fundamental. Não obstante, após a análise dos textos de Engisch e Larenz, nota-se que os princípios a que eles se referem comumente estão presentes nas Constituições, pois se trata dos mais elevados e valorados princípios do Direito, que já se consagraram há muito tempo, porém não tinham efetividade factiva, que é o que se pretende atingir.

Para Luiz Roberto Barroso, os princípios têm um status muito maior do que meras disposições axiológicas, éticas, sem aplicabilidade jurisdicional. Para ele os princípios possuem *status* de norma jurídica, e entre os princípios e as regras jurídicas não há hierarquia. Para Barroso, os valores sociais mais relevantes “materializam-se em princípios, que passam a ser abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”. Em sua evolução histórica, alguns já constavam na Carta Maior, porém, também, evoluíram e em alguns casos “sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito”. Há também, os novos princípios, que foram incorporados recentemente, ou pelo menos, “passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça” (BARROSO, 2001, p. 20).

Nesse sentido percebe-se que, no Pós-Positivismo, a norma anteriormente enquadrada apenas nas regras, cede espaço agora também para os princípios. Nessa nova maneira de ver o Direito a norma passou a ser gênero, do qual são espécies: princípios e regras. Princípios têm força atual de comando, deixando de ser apenas um objetivo político ou um instrumento informador. Assim, estudar-se-á, a partir deste momento, dois dos principais Princípios do Processo Administrativo a luz da Constituição brasileira: o Contraditório e a Ampla Defesa.

4. O contraditório

Na Constituição brasileira o Princípio do Contraditório é tutelado no inciso LV de seu Art. 5º, que traz o seguinte dispositivo: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são garantidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Especificadamente em relação ao Processo Administrativo, a lei 9.784 de 1999 – que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – em seu artigo 2º é contundente ao afirmar que: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, *ampla defesa, contraditório*, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (grifo nosso). Ainda em relação ao Processo Administrativo, Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Candido Dinamarco afirmam que sempre que houver litigantes ou acusado, há de se assegurar o Contraditório e a Ampla Defesa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009). Nada obstante, a lei 8.112 de 1990 – que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – em seu artigo 153 afirma que “O inquérito administrativo *obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa*, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito” [grifo nosso].

Por sua vez, Marçal Justen Filho afirma que “a Constituição de 1988 foi enfática ao submeter a atividade administrativa à observância do devido procedimento administrativo” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 135). Justen explica que este devido procedimento administrativo pauta-se, bem como visa a garantir, os princípios e garantias constitucionais processuais, o que inclui o Contraditório e a Ampla defesa.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello é contundente ao afirmar que há “a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e ampla defesa (MELLO, 2009, p. 115).

O Princípio do Contraditório, também identificado como o Princípio da Paridade de Tratamento ou Princípio da Bilateralidade da Audiência, conforme explicam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, consiste na garantia constitucional de que é necessário dar-se à parte ré a possibilidade de conhecimento do pedido que corre em juízo em seu desfavor, bem como, “dar ciência dos atos processuais subsequentes” a ambas as partes, aos terceiros interessados e aos assistentes e, também, “garantir possíveis reações contra decisões, sempre que desfavoráveis” (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 82).

Francesco Carnelutti por sua vez, afirma que o Contraditório é o instrumento processual que possibilita o aparecimento da verdade, pois é ele que instiga “as partes combaterem uma com a outra, batendo as pedras, de modo que termina por fazer com que solte a centelha da verdade” (CARNELUTTI, 2002, p. 67).

Em análise ao Contraditório, o constitucionalista José Afonso da Silva afirma que tal princípio é “pressuposto indeclinável de realização de um processo justo”, sem o qual a apreciação judicial é ausente de valor. Pondera ainda que a natureza processual do Contraditório encontra-se na regra *audiatur altera pars*. Segundo tal regra, deve-se dar ciência a cada litigante “dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados” (SILVA, 2009, p. 154).

O processualista Edílson Mougenot Bonfim afirma ser o contraditório “uma garantia conferida às partes de que elas efetivamente participaram da formação da convicção do órgão julgador”, ou seja, não basta dar ciência às partes de cada ato praticado, faz-se necessário que elas tenham participação ativa em cada um desses atos no decorrer do processo. Assim, é primordial que o órgão julgador de igual oportunidade às partes de se manifestarem, para que então, ele possa proferir uma decisão. Mougenot pondera ainda que em respeito ao princípio da igualdade, deve-se assegurar as partes não só a igual oportunidade de se manifestarem, mas também, “iguais direitos de participar da produção da prova e de se manifestar sobre os documentos juntados e argumentos apresentados pelo *ex adversu* ou pelo órgão julgador” (BONFIM, 2010, p. 73-74).

Nesse sentido ponderam Araujo Cintra, Ada Pellegrini e Candido Dinamarco que o contraditório é composto por dois elementos essenciais: a informação e a reação. Para os consagrados processualistas, o órgão julgador só pode proferir uma sentença por meio de um processo dialético, formando ele sua síntese pela “soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra a antítese)”, devendo ser consideradas inconstitucionais as normas que não respeitem o contraditório (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 61-63).

Em consonância com o exposto acima, Hely Lopes Meirelles afirma que a Constituição Federal de 1988 jurisdicionizou o Processo Administrativo, pois antes da referida Magna Carta, o Contraditório e a Ampla Defesa eram assegurados apenas nos processos administrativos punitivos, ou seja, onde haviam acusado, porém com o ad-

vento da atual Constituição essa tutela se estendeu a todo e qualquer litigante que esteja envolto em um processo administrativo, bem como aos terceiros interessados (MELRELLES, 2009).

Em sua *Teoria Processual da Constituição*, Willis Santiago lembra-nos que a mais moderna doutrina italiana, representada principalmente pelos professores Picardi e E. Fazzalari, da Universidade de Roma, em relação à natureza jurídica do processo, afirma que “o processo nada mais seria que um procedimento caracterizado pela presença do contraditório”, por meio do qual se deve sempre “buscar a participação daqueles, cuja esfera jurídica pode vir a ser atingida pelo ato final desse procedimento”; portanto, conclui Santiago, “não há processo sem respeito efetivo ao contraditório” (GUERRA FILHO, 2007, p. 28-29). No mesmo sentido, Alexandre Freitas câmara afirma que o Contraditório integra o conceito de processo, sendo que “não existe processo, onde não existir contraditório” (CÂMARA, 2004, p. 55).

Humberto Theodoro – em seu artigo “Constituição e Processo” – é extremamente incisivo ao discorrer a respeito do Contraditório, afirmando que a concepção moderna do processo é “dominada pela participação ativa de seus sujeitos” e não permite que o órgão julgador decida sem chamar com antecedência as partes para se manifestarem sobre a questão em litígio e sem conceder a elas um prazo razoável para prepararem suas alegações. Pondera ainda que não se admite a decisão de surpresa, ou seja, fora do contraditório, pois a decisão tem de ser fruto do debate entre as partes, tendo o órgão julgador de motivar sua decisão com base nos argumentos dessas, seja em favor ou em desfavor das mesmas (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 253).

Já em seu *Curso de Direito Processual Civil*, Theodoro Júnior afirma que é por meio do contraditório que se realiza “o principal consectário do tratamento igualitário das partes”, não podendo haver privilégios a nenhuma das partes. Segundo Theodoro o Contraditório é absoluto, devendo “sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo”; porém isso não implica uma “supremacia absoluta e plena do contraditório sobre todos os demais princípios”. Há vezes em que o contraditório tem de ceder momentaneamente a algumas medidas para que se possa dar efetividade ao processo justo; porém isso não anula o contraditório, “mas apenas se protela um pouco o momento de seu exercício”, a fim de se garantir o acesso à justiça, bem como um procedimento adequado, justo e célere que venha a satisfazer os objetivos do Direito (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 27-29).

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que nos casos em que a urgência demande a postergação da ampla defesa e do contraditório, em geral a Administração não poderá tomar as providências por si mesma, necessitando demandar ao Poder Judiciário para que ele as determine liminarmente. Entretanto, será admitida a ação da Administração sem as referidas cautelas sempre que o “tempo a ser consumido na busca da vida judicial inviabilizar a proteção do bem jurídico a ser defendido”, devendo sempre ser dada a oportunidade do contraditório e da ampla defesa imediatamente após a tomada das medidas, sem prejuízo da responsabilização do agente público e do Estado nos casos em que forem constatados abusos (MELLO, 2009, p. 116).

Por fim, é de suma importância ressaltar, como nos alerta Montenegro Filho, que o princípio do contraditório não pode ser adotado de forma literal e irrestrita, pois se isso ocorresse poderia se dizer que as partes teriam direito a recursos e a atos de fala ilimitados o que implicaria uma perpetuação do processo (MONTENEGRO FILHO, 2010).

5. A ampla defesa

Na Constituição brasileira o Princípio da Ampla Defesa está tutelado no mesmo dispositivo que o Contraditório, devido à sua essência, que os torna intimamente ligados e dependentes. Não obstante, a Ampla Defesa é tutelada especificadamente também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo XI, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu Artigo 8º, que trata das garantias judiciais. Como se sabe, em nosso país, por força do § 2º do Art. 5º da própria Constituição Federal, os Tratados e Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário complementam a legislação federal, além de que aqueles que versem sobre direitos humanos, que forem aprovados no Congresso Nacional por um processo similar ao da Emenda à Constituição, serão equivalentes a elas, conforme o § 3º da nossa Carta Magna. Assim, vejamos o que dizem os artigos supracitados.

Artigo XI, da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido *asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*. [grifo nosso].

Artigo 8º - Garantias Judiciais, da Convenção Americana de Direitos Humanos:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) *concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa*;
 - d) *direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor*;
 - e) *direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei*;

- f) *direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*
 - g) *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;* e
 - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça [grifos nossos].

Apesar de predominantemente assegurarem uma defesa de ímpeto penal, pode-se extrair de algumas disposições diversas garantias que se aplicam também ao Processo Administrativo, como por exemplo, “a concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”, prevista na alínea “c” do inciso 2 do Art. 8º da Convenção Americana, que garante um lapso temporal mínimo ao acusado para que prepare sua defesa e que se aplica perfeitamente ao Processos Administrativos Disciplinares. Outro dispositivo que também abrange o Processo Administrativo está contido na alínea “f” do artigo já mencionado, que garante ao acusado o direito de inquirir testemunhas e tê-las presentes no tribunal (frente ao órgão julgador, no processo administrativo), bem como peritos, a fim de elucidar o caso.

O renomado jurista argentino Agustín Gordillo afirma, em seu Tratado de Derecho Administrativo, ao tratar de “La defensa en juicio como principio jurídico y sus aplicaciones”, que

la defensa en juicio es inviolable, dicen p. ej. la Constitución y normas superiores. Ese es un principio que establece un límite de la acción estatal en el caso de una controversia judicial, pero que además tiene un contenido de defensa de la personalidad humana, de derecho a ser oído. El principio se aplica tanto para anular una sentencia que impide a una parte defenderse, como para una sentencia que le permite expresarse, pero ignora arbitrariamente su exposición; como para un procedimiento administrativo del que no se da vista al interesado ni oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse (GORDILLO, 2003, p. VI-27).

Conforme explica Edílson Mougenot o Princípio da Ampla Defesa consiste no direito do réu, dentro dos limites legais, oferecer argumentos em seu favor, bem como constituir prova para demonstrá-los. Mougenot pondera que tal princípio não supõe “uma infinitude de produção defensiva a qualquer tempo”, pois essa produção deve realizar-se “pelos meios e elementos totais de alegações e provas *no tempo processual oportunizado pela lei*” (BONFIM, 2010, p. 75).

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho afirma que “a lei estabelece os termos, os prazos e os recursos suficientes, de forma que a eficácia, ou não, da defesa dependa da atividade do réu, e não das limitações legais” (GRECO FILHO, 2003, p. 56), ou seja, a lei estabelece os parâmetros para a defesa, devendo o réu, dentro desses parâmetros,

produzir sua defesa, bem como as provas inerentes a ela, sendo que o resultado (condenação ou absolvição) será consequência única e exclusivamente de sua atividade.

Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que em respeito ao Contraditório e mais especificamente em respeito à Ampla Defesa, deve o réu falar por último, o que não exclui a fala daquele que propôs a ação, sempre que o réu trazer fatos, provas, ou qualquer elemento novo ao processo (TOURINHO FILHO, 2009). Em consonância com o processualista brasileiro, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que o princípio do contraditório, que abrange a ampla defesa, implica o

direito de o réu intervir no processo e se pronunciar e contraditar os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo, o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo (CANOTILHO; MOREIRA, 2003, p. 206).

De forma genérica, a defesa pode ser dividida em defesa técnica e em autodefesa, conforme explica Mougenot. “A defesa técnica é aquela exercida em nome do acusado por um advogado habilitado, constituído ou nomeado” e é ela que garante a paridade de armas no processo. Já a autodefesa é aquela “exercida diretamente pelo acusado”, que se constitui pelo direito de audiência e pelo “direito de se fazer presente nos atos processuais (direito de presença)” (BONFIM, 2010, p. 75-76).

Inocência Mártires Coelho, citando Rogério Tucci, afirma que a garantia da ampla defesa, segundo a concepção moderna, compreende “o direito a informação (*nemo inauditus damnari potest*); a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e o direito a prova legitimamente obtida ou produzida” (COELHO, 1994, p. 107).

No caso da produção probatória, com base nos ensinamentos de Bonfim, caso aqueles que estejam julgando o Processo vedem a produção de alguma prova que seja essencial para a apuração da ocorrência de um determinado fato que seja objetivamente relevante para o processo, “configura-se o cerceamento ao exercício do direito a ampla defesa”, o que gera nulidade (BONFIM, 2010, p. 76).

Por fim, vale dizer que a defesa pode ser dividida em Meritória e Processual, como explicam Wambier e Talamini. A Defesa de Mérito consiste em uma defesa que visa atingir os fatos e/ou os direitos trazidos em seu desfavor pelo Estado ou até mesmo por um particular, podendo ser subdividida em Direta (contestação dos fatos) e Indireta (contestação dos direitos). Já a Defesa Processual consiste em uma defesa que visa romper a relação jurídica processual, ou seja, tem o escopo de atacar o processo em si. Pode ser subdividida em Peremptória (quando visa “impedir que seja proferida decisão de mérito”) e Dilatória (quando visa “protelar o momento em que venha ser examinada” a decisão) (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 384-385).

De tudo isso, pode-se afirmar que o Princípio da Ampla Defesa apresenta-se como um princípio garantidor de direitos, que tem como essência evitar que alguém seja condenado sem poder antes se defender de forma plausível, coerente e justa, o que poderia resultar em um ato autoritário e ditatorial, ferindo o Estado Democrático de Direito e solapando a Constituição Federal.

6. Conclusão

Apesar desta magnífica evolução Processual e Constitucional das ultimas décadas que se pauta em ideários de justiça e igualdade, há de se ressaltar que a prática não é um espelho da teoria, ou seja, apesar da doutrina e da jurisprudência garantirem e lutarem pela efetivação dos princípios e garantias constitucionais processuais. Infelizmente o Processo administrativo, principalmente o punitivo, ainda está distante de dar real efetividade a estes princípios e garantias, inclusive a Ampla Defesa e ao Contraditório, conforme nos demonstra Nelson Figueiredo, em seu Artigo “A eficácia da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar” (FIGUEIREDO, 2004).

Entretanto há de se ressaltar, conforme Figueiredo, que desde o advento da Constituição de 1988 tem havido um processo evolutivo muito significativo no sentido de cada vez mais dar eficácia a estes princípios, bem como as demais garantias constitucionais (FIGUEIREDO, 2004).

Por fim, há de se reiterar que garantir a efetividade dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo, bem como das demais garantias processuais constitucionais não é simplesmente uma tentativa de tornar o Processo algo constitucional. É muito mais do que isso. É tornar o processo um instrumento “realizador de justiça”, sob a égide da Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição, in: *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf. Acesso em: 18 de abril de 2010.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um Processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- COELHO, Inocêncio Mártires. O Acusado e seu Defensor – a garantia da ampla defesa e os recursos inerentes a ela. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 31, nº 122, abr./jun. 1994.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FIGUEIREDO, Nelson. A Eficácia da Ampla Defesa no Processo Administrativo Disciplinar, in: *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 1. Tomo: Parte General. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey/ Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3 ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

_____. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil, in: *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.

A institucionalização da participação popular nas políticas públicas: um estudo de caso

The institutionalization of the popular participation in public policies: a case study

Enio César Gonçalves Pimenta

Advogado militante, com pós-graduação em *Direito Processual Civil* pela Universidade Gama Filho e em *Teoria Psicanalítica* pela Universidade Federal de Minas Gerais; MBA em *Direito, Impacto e Recuperação Ambiental* junto à Universidade Federal de Ouro Preto/Fundação Gorceix.

Resumo: Seguindo uma tendência mundial, a legislação nacional tem previsto cada vez maior participação popular nos processos decisórios. Todavia, há um grande hiato entre a pretensão do legislador e a efetividade desse instrumento de democracia. O caso dos conflitos do Rio Riachão mostra-se um exemplo notável da tal discrepância.

Palavras-chave: políticas públicas; conflitos; participação popular, água.

Abstract: Following a world-wide trend, the national legislation has been providing an increasing popular participation in the decision processes. However, there is a large gap between the pretension of the legislator and the effectiveness of this instrument of democracy. The conflicts in the case of Riachão River rise as a notable example of such discrepancy.

Keywords: Public politics; conflicts; popular participation; water.

1. Recursos hídricos como pivô de conflitos

a) Da disponibilidade dos recursos hídricos

Dois terços da superfície do planeta são recobertos por água, sendo 97% nos oceanos e apenas 3% de água doce. Desse pequeno de percentual, mais de dois terços se encontram em geleiras e, portanto, a quantidade presente nos rios, lagos, lençóis subterrâneos e na atmosfera representa menos de 1% da água disponível no planeta. Desse 1% de água doce com a qual mais de 6 bilhões de seres humanos dependem para consumo, 97% encontram-se em lençóis subterrâneos e 3% desigualmente distribuídas na superfície terrestre em lagos e rios (SPERLING, 2005, p. 17), sendo essa ínfima fração em grande parte poluída por esgotos e resíduos provenientes das atividades agropecuárias e industriais.

Nesse impressionante quadro de desproporções, o Brasil detém uma posição de inigualável privilégio, como detentor de 20% de toda a água doce da superfície do planeta. Entretanto, tal vantagem não é suficiente a garantir imunidade aos problemas advindos da escassez de água e a satisfação das diversas demandas de uso, pois, en-

quanto a região Norte dispõe de 68,5 % dos recursos hídricos e é habitada por apenas 7% da população nacional, o Sudeste, onde se encontram 42,6 % da população nacional, conta com apenas 6% dos recursos hídricos disponíveis (MOREIRA, 2006 *apud* GOMES *et al.* 2008. p. 4).

b) Da fruição dos recursos

Além da desigualdade na distribuição natural das massas d'água, causas de ordem política, cultural e principalmente de ordem econômica influenciam drasticamente o acesso aos recursos hídricos. As consequências dessa realidade são graves: disseminação de enfermidades; prejuízo às condições de subsistência; migrações forçadas e conflitos – até mesmo armados.

Muitos conflitos são provocados ou agravados pela indisponibilidade de recursos hídricos bastantes ao atendimento das variadas demandas. Braga, Tundisi e Rebouças, ao abordarem os conflitos sobre o uso das águas na obra “Águas doces no Brasil – Capital Ecológico, Uso e Conservação”, esclarecem que

os conflitos pelo uso da água estão relacionados a situações de não-atendimento a exigência e/ou demandas da sociedade ou de grupos de usuários inerentes ao aproveitamento e/ou controle dos recursos hídricos.

Conflitos e competições entre vizinhos a montante e a jusante de um determinado ponto de um manancial, a respeito do uso e da qualidade da água acontecem em todas as regiões do globo. São atritos reais ou potenciais, principalmente relacionados com a redução do fluxo fluvial; o assoreamento de represas; a derivação da água para fins de irrigação; a poluição industrial, orgânica ou agroquímica; a salinização dos fluxos d'água em decorrência de práticas impróprias de irrigação; inundações agravadas pelo desflorestamento; e a erosão do solo (ANA, 2004c).

Embora não seja um fato que receba tanta importância dos usuários de recursos hídricos, prevê-se que a contaminação das águas subterrâneas, entre outras coisas, pela percolação de constituintes de dejetos animais, será grande fonte de embates num futuro próximo (1999, p. 343).

O citado trabalho faz um apanhado dos quadros de conflito região por região, destacando os principais casos de Estado a Estado da Federação. Quando o foco de atenção incide sobre Minas Gerais, os autores traçam o seguinte quadro:

Em Minas Gerais, no Relatório “Programas, Projetos e Ações na Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco – Minas Gerais”, produzido em janeiro de 2004 pelo Governo do Estado de Minas Gerais e órgãos interessados no setor, é informado que, das dez unidades de planejamento e gestão de recursos hídricos do Estado (SF1 a SF10), quatro apresentam problemas principalmente associados com a agricultura irrigada, três delas com ocorrência de conflitos pelo uso da água. Essas últimas são a SF6 (na Bacia do Rio Riachão), SF7 (na Bacia do Rio Paracatu) e SF10 (na Bacia do Rio Verde Grande).

O uso das águas do Rio Riachão, no norte de Minas, chegou a ser suspenso para

a agricultura intensiva na região das cidades de Montes Claros, Coração de Jesus, Mirabela e Brasília de Minas, para que fosse garantido o atendimento para consumo humano e agricultura familiar.

Além do conflito anterior, são destaques os seguintes casos:

- barramentos irregulares na foz de tributários estaduais do reservatório de Três Marias, gerando conflito de usos – agricultura irrigada *versus* aquicultura *versus* lazer – no município de Morada Nova de Minas;
- Bacia do Rio Paracatu: conflito de uso da água entre irrigantes em função da escassez e grande concentração de equipamentos;
- Rio Verde Grande: região que apresenta balanço hídrico desfavorável, levando a um grande número de conflitos pelo uso da água, em especial, entre irrigantes;
- Rio Japoré e Rios Calindó/Pandeiros: nas proximidades da divisa MG/ BA, têm escassez de água importante, mas contam com certa demanda de água para irrigação (BRAGA, TUNDISI e REBOUÇAS, 1999, p. 345).

Dentre os conflitos motivados pelo uso da água em Minas Gerais acima enumerados, aqueles ocorridos na bacia do Rio Riachão – na medida em que se tornaram paradigmáticos por sua complexidade e pelos corolários da mobilização popular que ensejaram – merecem destaque e, por isso mesmo, justificam sua escolha como objeto do presente estudo.

2. Do caso do rio Riachão

a) Do rio Riachão

O rio Riachão nasce entre os municípios mineiros de Montes Claros e Coração de Jesus, na Lagoa da Tiririca, cortando os municípios de Mirabela e Brasília de Minas, indo ao encontro do rio Jequitaiá que, por sua vez, deságua no rio São Francisco. Sua bacia tem 96 km de extensão e abrange uma área de 86.090 ha (CODEVASF, 2001 *apud* AFONSO e CLEPS JR., 2008, p. 2).

A baixa declividade da topografia local permite que as áreas de várzeas e seus vales sejam intensamente cultivados com arroz, milho, feijão, cana-de-açúcar, mandioca e hortifrutigranjeiros. A riqueza hídrica da sub-bacia no semiárido mineiro implicou a fixação de milhares de famílias na região (AFONSO e CLEPS JR., 2008, p. 2). O rio atende cerca de 3.200 famílias, perfazendo um montante de 13.200 pessoas (GOMES; REIS; GALIZONI e RIBEIRO; 2008, p. 14) – a maioria delas, pequenos produtores e de extrativistas – que dependem de sua água não apenas para consumo humano, como também para a irrigação de hortaliças e lavouras, para a dessedentação de aves, suínos e gado, bem como, para a pesca e a recreação (AFONSO e CLEPS JR., 2008, p. 2).

b) Da motivação do conflito

No ano de 1959, o Norte de Minas Gerais foi incluído no polígono das secas comissionado pela SUDENE, objetivando o Governo Federal a promover o desenvolvimento da infra-estrutura da região. Na década de 1970, os governos federal e estadual implantam um modelo de desenvolvimento para a Região Norte de Minas Gerais, realizando altos investimentos em projetos de irrigação como vetor capaz de alcançar o escopo almejado.

A partir do advento da SUDENE e das expectativas proporcionadas por esta, vários agentes estaduais e regionais, públicos e privados, parecem ter descoberto na Região a oportunidade de auferir grandes vantagens econômicas. Neste sentido o Norte de Minas passou a receber a infra-estrutura necessária para fazer face à realidade emergente, e para tanto poder público teve papel decisivo (OLIVEIRA, RODRIGUES e CARDOSO, 2000, p. 224).

Essas políticas de fomento do chamado “milagre econômico”, todavia, estritamente focadas nos aspectos econômicos, não se ativeram às peculiaridades geográficas próprias do local, nem aos aspectos sociais e econômicos da agricultura familiar que lhe é característica.

Com os incentivos fiscais e financeiros provenientes da SUDENE e da CODEVASF e as facilitações oferecidas para projetos de irrigação, novos empreendedores instalaram, na bacia do Riachão, atividades inapropriadas à peculiaridade local (caracterizado por baixos índices de precipitações pluviométricas), abundantemente irrigadas por métodos inconcebíveis para uma região de reconhecida escassez hídrica.¹ O impacto das bombas de irrigação instaladas nos cursos d’água e as plantações de eucalipto na cabeceira do rio nesse processo desenvolvimentista tiveram como consequência uma relevante perda de massa hídrica em cerca de 40% dos rios do norte do Estado, com reflexos inclusive no rio São Francisco, por meio de seus tributários (GALIZONI, 2005, p. 170).

Na década de 1980, a diminuição de toda a riqueza hídrica regional cobrou seu preço: *antes perene, o rio Riachão tornou-se intermitente*. Então, os grandes e médios irrigantes construíram poços tubulares próximos ao leito do rio, deixando os pequenos usuários praticamente sem água. Além das secas no período do estio, com a exploração da água por poços artesianos, quando as bombas de irrigação colocadas por apenas

¹ O “pivô central” foi o método de irrigação adotado no local. Trata-se de uma de linha tubos de aço que chegam a 800 metros de comprimento, suspensos por torres metálicas triangulares, montadas sobre rodas. Esses tubos são dotados de vários aspersores que recebem água a partir de um dispositivo central sob pressão, chamado de “ponto do pivô”, molhando uma grande área circular. O consumo de água por esses métodos é alto – da ordem de 731,3 l/s (TEIXEIRA, 2006 *apud* GOMES; REIS; GALIZONI e RIBEIRO; 2008, p. 9), e, o que pior, é um dos métodos de irrigação menos eficientes do mundo (Rebouças, 2003, p. 343) em termos de utilização de água.

cinco usuários em suas cabeceiras eram acionadas, interrompiam o fluxo fluvial por quanto tempo funcionassem, deixando sem água 2.500 famílias dentre as aproximadamente 3.000 que tinham garantidas suas condições de trabalho e alimentação exclusivamente pela disponibilidade hídrica do rio Riachão (GALIZONI, 2005, p. 170).

Tendo em vista que a perfuração de poços artesianos, por conta de seus altos custos, não era uma solução viável para aquelas famílias de pequenos agricultores que tradicionalmente utilizavam a água superficial, passaram estas a depender do fornecimento de água por meio de caminhões-pipa enviados esporadicamente pela Administração Pública, que mais das vezes não chegavam a tempo de suprir as necessidades domésticas, obrigando os moradores locais a caminhar com latas na cabeça em busca da água, como nas tristes cenas registradas no sertão do nordeste brasileiro.

Em suma, a política pública de desenvolvimento do norte de Minas nos “Anos de Chumbo” priorizou os grandes projetos agropecuários e atividades de reflorestamento comercial de eucalipto, “desestruturando as economias locais, os ecossistemas e uma diversidade de sistemas culturais de produção associados aos cerrados, caatingas, mata seca e vazantes do São Francisco” (CAA-NM, 2009).

Esse cenário caótico delineado pela grave escassez hídrica foi o estopim de conflitos pelo acesso à água na sub-bacia, marcados por um processo de mobilização por parte da comunidade, que por anos lutou por intervenções no Riachão.

c) Dos embates

O processo de escassez hídrica no Riachão, devido à irrigação, desencadeou uma disputa pelo uso da água entre a população local e os pequenos produtores de um lado e, de outro, os empresários rurais que defendem que o uso da água deve garantir o que consideram como “desenvolvimento regional” à revelia dos impactos daí advindos. O impasse desse conflito de interesses culminou em enfrentamentos armados.

A população então começa a se mobilizar em busca de uma solução para os graves problemas enfrentados pela indisponibilidade dos recursos hídricos advinda da exploração indiscriminada pelo restrito grupo de empreendedores rurais. De um seminário realizado em Montes Claros no ano de 1985, organizado pela Casa de Pastoral Comunitária e Rede PTA/Fase, surge a proposta de se criar uma instituição que apoiasse as organizações e comunidades de agricultores da região, daí advindo a ONG *Centro de Agricultura Alternativa Norte de Minas – CAA/NM*. Aos camponeses e suas organizações sociais, juntaram-se ainda vários técnicos e lideranças locais. Os contatos isolados dos moradores ao CODEMA de Montes Claros vão dando lugar a reuniões, denúncias, propostas e intensas negociações pelas comunidades rurais e sindicatos de trabalhadores rurais. Apoiados pela CAA/NM, os pequenos produtores organizaram-se no *Movimento dos Sem-Água – MSA*.

Mesmo com o grave problema de escassez, o Departamento de Recursos Hídricos (DRH) e o Instituto Mineiro de Gestão das Águas (IGAM) – seu sucessor – seguem concedendo a irrigantes sucessivas outorgas para captação de água no Riachão, o que leva as comunidades a promoverem uma manifestação na BR 135, em frente aos pivôs

centrais de irrigação, protestando contra a convivência do órgão de gestão com a degradação do rio.

As comunidades rurais organizam uma “Comissão Pró-Riachão” e, em busca de quem lhes garantisse o direito à água, por anos a fio interpelaram o CODEMA e o IGAM; vários Prefeitos e Vereadores; Deputados, Secretários de Meio Ambiente e demais autoridades ambientais do Estado; Promotores Públicos; o Procurador da República em Minas Gerais; e o Ministro do Meio Ambiente; sempre reivindicando a suspensão de funcionamento e a proibição de implantação de novos pivôs; a proibição de abertura de novos poços artesianos; a apreciação de “Propostas das Comunidades de Pequenos Produtores para a Perenização da Sub-bacia do Riachão”; a realização de estudos de impacto ambiental; e o reconhecimento do “Comitê de Gerenciamento do Riachão”.

Em resposta a esses pleitos, o CODEMA determinou o lacre de moto-bombas; mas a determinação não foi levada a efeito; o Secretário do Meio Ambiente decidiu suspender as atividades dos pivôs centrais no Riachão (o que oficializado pela publicação da Deliberação nº 44/96 do COPAM), mas paradoxalmente concedeu, *ad referendum*, licença de operação a um dos irrigantes locais, seguindo-se a autorização pelo COPAM de concessão de Licença Ambiental para outros três irrigantes.

Após anos de convivência com a exploração predatória dos recursos hídricos pelos irrigantes, o IGAM se sensibiliza com a necessidade de recuperar o Riachão. Em 1999, seu diretor de Controle das Águas é ameaçado de morte por um dos irrigantes. No ano seguinte, o IGAM apresenta à Câmara de Recursos Hídricos do COPAM um relatório técnico em que propõe: (i) a redução inicial de 30% no consumo da água na região da Lagoa da Tiririca; (ii) monitoramento visando garantir a vazão mínima de 197 l/s no Riachão; e (iii) restrição de até 80% das vazões para aqueles que não aderissem às orientações.

A Câmara de Recursos Hídricos do COPAM aprova relatório e cancela todas as outorgas na cabeceira do Riachão, determinando o monitoramento da vazão tanto do rio quanto dos poços subterrâneos e estabelece como vazão mínima a ser mantida de 120 l/s, autorizando a perfuração de poços subterrâneos para esse fim. Irrigantes, reflorestadoras e IGAM assinam um Termo de Ajustamento de Conduta regulamentando a deliberação, os prazos e multas para cumprimento da decisão do COPAM, contudo, não há cumprimento do TAC e a situação do Riachão continua inalterada.

Em face da indefinição das autoridades quanto a solução dos problemas, membros do “Movimento dos Sem Água” se mobilizam em uma greve de fome e sede. Após 37 horas de greve, IGAM e MSA assinam acordo para lacrar imediatamente as bombas até que fosse atingida a vazão já acordada de 120 l/s (que havia alcançado ínfimos 36 l/s); monitoramento e vistorias visando a manutenção do acordo, bem como a liberação imediata de recursos para implementação do projeto de recuperação da bacia pela EMATER, com participação da Comissão do Riachão. Em 19 de agosto de 2000, 16 bombas de irrigantes e reflorestadoras na região da Cabeceira são lacradas e um poço começa a funcionar de modo a recuperar, ainda que parcial e artificialmente, a vazão do rio.

Mas três dias depois o IGAM descumpre o acordo firmado com o MSA em defesa do Riachão e retira os lacres das bombas, mesmo com sua vazão em apenas 67 l/s. Só um ano depois são realizadas reuniões entre o Ministério Público e o IGAM em que puderam os pequenos agricultores e entidades representativas cobrar o cumprimento do acordo firmado. Dois meses depois, na manifestação do “Grito dos Excluídos”, em 7 de setembro de 2001, agricultores expõem o grave quadro social local e exigem o cumprimento dos acordos.

Em 2002 o Riachão volta a secar e as comunidades decidem manifestar sua indignação pelos seguidos descumprimentos do TAC e das Resoluções do COPAM retirando-se da Comissão Gestora do Riachão. Só em meados de 2003 – ainda sem cumprimento os acordos e decisões – o processo de negociação foi reaberto. Durante o Fórum das Águas em Montes Claros, o IGAM apresenta proposta de condução dos trabalhos no Riachão e, pressionado por agricultores e movimentos sociais, assume compromisso de dar solução para a questão do conflito causado pela extração excessiva da água na nascente do rio. Em agosto daquele ano, o Diretor Geral do IGAM apresenta ao Conselho Estadual de Recursos Hídricos – CERH – relatório técnico em que relata estudos e atividades realizados e propõe o fechamento de todos os pivôs em funcionamento na bacia, sendo seu relatório aprovado na íntegra por meio de Deliberação Normativa.

Os irrigantes apelam ao Secretário de Meio Ambiente e este determina o efeito suspensivo à Deliberação Normativa, propondo nova reunião; mas posteriormente o CERH não acata o recurso interposto e mantém a DN, que é publicada em janeiro de 2004. Finalmente, o IGAM lacra os equipamentos de irrigação.

Em maio de 2004, três irrigantes impetram Mandados de Segurança contra o ato do presidente do CERH, logrando a concessão de liminar para o funcionamento dos pivôs. Em janeiro do ano seguinte o Mandado de Segurança é julgado improcedente e a liminar é revogada, sendo novamente lacrados os pivôs pelo IGAM.

Em maio de 2005, um dos irrigantes – à época, prefeito de Pirapora – recorre ao Secretário de Estado do Ambiente, solicitando a liberação dos pivôs. O CERH convoca reunião para retomar a discussão a respeito do conflito do Riachão e, por força dos depoimentos dos aproximadamente oitenta representantes do MSA que participaram da sessão, o CERH indefere aquele pedido de irrigação por unanimidade, mantendo a determinação de lacre dos pivôs centrais.

Em 2006 foi movida uma ação civil pública contra todos os irrigantes que contribuíram para a seca do rio, sendo que um dos fazendeiros foi condenado a pagar uma indenização de cinco milhões de reais por captação irregular de água. Nesse mesmo ano, o rio se tornou perene e, apesar de ter aumentado a vazão, o rio encontra-se muito assoreado, suas encostas estão degradadas e as margens desprovidas de mata ciliar, persistindo desmatamentos para a produção de carvão vegetal. Os pequenos afluentes do Riachão, todavia, continuam secos e suas nascentes degradadas.

4. Da mediação/pacificação dos conflitos

Ao tratar da “Atuação dos órgãos de gestão e dos comitês de bacias” na obra “Águas doces no Brasil – Capital Ecológico, Uso e Conservação”, Braga, Tundisi e Rebouças asseveram que

em nosso país, verificam-se conflitos pelo uso da água desde a Região Sul até a Região Norte, fatos cuja intensidade logicamente está associada às condições locais e à existência de órgãos de gestão de recursos hídricos que atuem em sua mitigação, situações que serão ilustradas a seguir.

[...]

Conflitos pelo uso de água na Região Sudeste: a ocorrência de conflitos pelo uso da água tem se tornado menor devido à atuação de órgãos de gestão ambiental e de recursos hídricos. Por esse motivo, alguns dos conflitos [...] citados já estão contornados ou ocorrem de forma mais localizada. No entanto, onde as atividades agrícolas e a de pecuária estão ainda em expansão, existem conflitos em potencial (BRAGA, TUNDISI e REBOUÇAS, 1999, p. 344).

Aduzindo, mais adiante os autores que

os órgãos de gestão de recursos hídricos em nível nacional, dos Estados e do Distrito Federal, têm procurado agir prontamente na mediação dos conflitos pelo uso da água, logicamente na medida de suas limitações legais, financeiras e de pessoal. Além desses órgãos, tem sido destacada a atuação dos comitês de bacia e até mesmo do Ministério Público (BRAGA, TUNDISI e REBOUÇAS, 1999, p. 349).

Todavia, não obstante a autoridade desses estudiosos, o tom entusiasta da proposição citada não parece se adequar à realidade experimentada pela população da sub-bacia do rio Riachão. Se por um lado a falta de estrutura para dar efetividade à atuação do órgão de gestão é patente, por outro lado, esse está longe de ser o único problema a ser considerado.

Da exposição dos conflitos pelo uso da água naquela região, ao contrário daquela perspectiva otimista, depreende-se a forte influência dos interesses econômicos (e a atuação de seu braço político) sobre o órgão de gestão de recursos hídricos e a grave inépcia daí advinda para cumprir seu mister de “preservação da quantidade e da qualidade das águas de Minas Gerais” (IGAM, 2009).

Não obstante a tenacidade e comprometimento do Ministério Público em defesa das questões ambientais, o histórico dos conflitos no Riachão denotam a inocuidade dos TACs *quando utilizados como instrumento isolado* para a solução de conflitos de maior abrangência e complexidade, deixando a se suscitar a necessidade de atuação conjunta do MP com os demais setores.

Por fim, quando a análise alcança os Comitês de Bacia Hidrográfica, os conflitos pelo uso da água no Riachão evidenciam graves fragilidades do modelo proposto, que devem ser superados sob pena de não se tornarem esses capazes de alcançar o fim a

que se destinam: “promover o gerenciamento de recursos hídricos nas suas respectivas bacias hidrográficas” e “arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados com o uso da água” (IGAM, 2009).

Contra a capacidade de dar solução aos conflitos relacionados ao uso da água, pesa também contra os CBHS o fato de serem entidades deliberativas, destituídas de poder de fiscalização e de coerção. Dados levantados em pesquisas de campo (GOMES; REIS; GALIZONI e RIBEIRO; 2008, p. 18) apontam a constatação geral de que os Comitês de Bacia Hidrográficas de Rios do Médio São Francisco padecem de carência de estrutura administrativa e de insuficiência de recursos humanos especializados (tanto em gestão de recursos hídricos quanto em gerenciamento de conflitos), bem como da insuficiência de recursos financeiros necessários à implementação dos projetos.

Um dado que merece destaque nas pesquisas de campo refere-se à *falta de representação popular nos CBHS* – inclusive no CBH Jequitai/Pacuí, no qual se insere a sub-bacia do Riachão. Não obstante o rico histórico de mobilização social, observa-se “uma maior atuação da Associação de Moradores do Riachão, apoiados por ONGs e movimentos populares, do que de entidades ligadas à água, como o Comitê, o que confere uma maior legitimidade àquela na busca pela solução de conflitos” (GOMES; REIS; GALIZONI e RIBEIRO, 2008, p. 15). Os motivos são vários, identificados nas diferentes pesquisas de campo levadas a cabo na região:

O CBH foi instituído à revelia de toda a mobilização social identificada com o Movimento dos Sem-Água e a ONG Centro de Agricultura Alternativa Norte de Minas, não sendo reconhecido como espaço próprio para se deliberar sobre as demandas e os interesses daquela sociedade (GOMES; REIS; GALIZONI e RIBEIRO, 2008, p. 18);

A desinformação da população sobre as normas institucionais do sistema de gestão de águas (Afonso e Cleps Jr., 2008, p. 8) e, por corolário, acerca do funcionamento e atuação do CBH Jequitai/Pacuí, o que se pode atribuir à falta de um trabalho efetivo de mobilização por parte do Comitê (GOMES; REIS; GALIZONI e RIBEIRO, 2008, p. 18);

Descrença e descontentamento da população com os entes oficiais de gestão dos recursos hídricos, que induz à opinião comum entre os pequenos agricultores de que os representantes da “agricultura empresarial articulada e com uma grande capacidade de barganha” estariam mais habilitados a lidar com as questões “políticas” e com as implicações legais da gestão tratadas pelo Comitê ou pelo Conselho Gestor (AFONSO e CLEPS JR., 2008, p. 8).

Numa região marcada por conflitos extremamente polarizados pelo uso das águas, a desinformação e descrédito da população com relação ao Comitê e a super-representação dos grandes irrigantes no CBH estabelecem uma hegemonia política indesejável de uma das partes conflitantes em detrimento dos demais, o que no caso do Riachão implica sério risco de planos de gestão que novamente desconsiderem não apenas as práticas tradicionais adotadas pela população local para a gestão dos recur-

sos hídricos, como também a necessidade de planos condizentes com um desenvolvimento sustentável – dando ensejo, assim, à retomada das atividades econômicas predatórias recentemente suspensas.

5. Conclusão

A política pública canhestra de implantação de um modelo de desenvolvimento na região, elaborada à revelia das restrições da região semiárida de Minas Gerais para a atividade agrícola – submetida que está a um regime climático irregular, com estiagens prolongadas e grande variabilidade anual das disponibilidades hídricas – culminaram na intermitência do fluxo d'água do Riachão, com incalculável prejuízo de ordem ecológica e social. Só depois de vinte anos de mobilização popular e ferrenha luta contra as adversidades impostas pelo poder econômico (e a influência política que dele decorre) e pelo clientelismo do Estado e seus órgãos de gestão, esse embate alcançou as condições para se restabelecer a necessária restauração da perenidade do rio e a normalização da vida da população local.

Mesmo paradigmático o caso do bem sucedido enfrentamento da população contra o uso predatório das massas d'água da região por meia dúzia de empresários do agronegócio, o Comitê da Bacia Hidrográfica Jequitai/Pacuí – da qual faz parte o Riachão – por força da falta da divulgação (e da necessária capacitação de representantes populares) não herdou dos movimentos que o antecederam, a salutar representatividade dos interesses das comunidades da bacia, restando prejudicada a participação da população nesse que deveria ser um espaço para discussões efetivas sobre a gestão dos recursos hídricos.

Recuperada a constância do Riachão, a população não foi instada a manter nas mãos – por intermédio do CBH – a cidadania exercida nos últimos vinte anos, sendo hoje representada junto ao Comitê exatamente pelos irrigadores que lutam em prol de uma regulamentação do acesso à água que legitime sua estrutura de produção. Esse vício de representação caracterizado pela hegemonia política no Comitê de um dos lados colidentes, além de implicar a polarização nos planos de gestão e assim frustrar a gestão descentralizada e participativa idealizada pela lei, ainda potencializa a eclosão de conflitos futuros relacionados ao não-atendimento da demanda de fruição dos recursos hídricos por aquela comunidade.

A participação direta da população na elaboração das políticas públicas – e, portanto, no estabelecimento das diretrizes jurídicas que as orientam – é uma realidade mundial, notoriamente no que tange ao patrimônio sociocultural e ambiental. A falta de esclarecimento e de identidade da população com esses foros de Democracia – *verificados até mesmo onde há forte mobilização social, como no caso sob análise* – é um fator relevante e que não pode ser negligenciado. Os modelos de participação social nos processos de gestão, como as consultas públicas e os órgãos colegiados, devem ser avivados com a efetiva contribuição de todos os atores envolvidos e não apenas pelos técnicos e pelos representantes dos meios de produção, sob pena de perder-se na inocuidade, um dos poucos instrumentos verdadeiramente democráticos previstos por nosso ordenamento jurídico.

Referências

AFONSO, Priscilla Caires Santana; CLEPS JÚNIOR, João. Agricultura e Gestão da Água no Vale do Riachão – Montes Claros-MG, in: *Colóquio Internacional: (Des)envolvimentos Contra a Pobreza. Mediações teóricas, técnicas e políticas*. Montes Claros: Editora Unimontes, 2008. Disponível em: www.unimontes.br/coloquiointernacional/arquivos/2priscilla-caires.pdf.

BRAGA, Benedito; TUNDISI, Jose Galizia; REBOUÇAS, Aldo da Cunha. *Águas doces no Brasil – Capital Ecológico, Uso e Conservação*. 2 ed. São Paulo: Escrituras Editora, 1999.

CAA/Norte de Minas. *Relatório do Programa Recuperação e manejo de recursos hídricos: a participação da sociedade civil em programas de gestão ambiental. Relatório final da sub-bacia do Riachão*. Montes Claros, 2000.

CBHSF – Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco – *Memória Sintética de Reunião Ordinária realizada em 28 e 29.02.05 pela Câmara Técnica de Articulação Institucional*. Disponível em: www.saofrancisco.cbh.gov.br/docz/ctai.ata.28e29.02.05.pdf.

CERH-MG. Deliberação Normativa nº 16, de 19/05/2005. Disponível em: www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=4948.

CEDEFES – Centro de Documentação Eloy Ferreira da Silva - *Riachão: Uma vitória dos agricultores organizados* 2005. Disponível em: <http://www.cedefes.org.br/new/index.php?conteudo=materias/index&secao=2&tema=28&materia=433>

GALIZONI, Flavia Maria. *Águas da vida: População rural, cultura e água em Minas*. Campinas, 2005. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?down=vtls000348823>

GOMES, Cláudia Salgado; REIS, Ricardo Pereira; GALIZONI, Flávia Maria; RIBEIRO, Eduardo Magalhães. *Situação dos Comitês de Bacias Hidrográficas de Rios do Médio São Francisco*. Lavras: Universidade Federal de Lavras, 2008. <http://www.sober.org.br/palestra/9/190.pdf>

IGAM. *Comitês de Bacia Hidrográfica*. Disponível em: www.igam.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=120&Itemid=180

IGAM. *Instituto Mineiro de Gestão das Águas*. Disponível em: www.igam.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=27

IGAM. *Programas, Projetos e Ações na Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco – Minas Gerais. – RELATÓRIO PDRHBSF – Jan./2004. Plano Diretor de Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco*. Disponível em: [www.ana.gov.br/prhbhsf/spr/plano%20de%](http://www.ana.gov.br/prhbhsf/spr/plano%20de%20)

20recursos%20hidricos%20-%20cbhsf/3%20material%20de%20consulta/contribuição
%20dos%20estados%20-20codevasf%20%20gtr/mg/programas%20e%20projetos
/relatório%20programas%20projetos%20e%20acoes%20na%20bacia%20prhsf2.doc

MOREIRA, M. C. *Gestão de recursos hídricos: sistema integrado para otimização da outorga de uso da água*. Dissertação. Universidade Federal de Viçosa. 2006. 107 p., *apud* GOMES, *et al.* *Situação dos Comitês de Bacias Hidrográficas de Rios do Médio São Francisco*. Lavras: Universidade Federal de Lavras, 2008.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha. *Água no Brasil: abundância, desperdício e escassez*, in: *Bahia Análise & Dados*, v. 13, nº especial, 2003, p. 341-345. Disponível em:
www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd17/abundabras.pdf

SACHS, Jeffrey D. *Guerras hídricas*, in: *Revista D.A.E. – Departamento de Água e Esgoto*. São Paulo: SABESP. Abril/2009. Disponível em:
www.revistadae.com.br/novosite/noticias_interna.php?id=1021.

UNESCO. *Water in a Changing World – 3.rd UN World Water Development Report*, 2009. Disponível em:
www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr3/pdf/wwdr3_water_in_a_changing_world.pdf

VON SPERLING, Marcos. *Princípios do Tratamento Biológico de Águas Residuais*. 3 ed. Belo Horizonte: DESA-UFGM, 2006.

O reconhecimento *ex officio* da prescrição pelo magistrado no paradigma do Estado Democrático de Direito

The ex officio recognition of the prescription by the magistrate in the paradigm of the Democratic State of Law

Guilherme Felipe Mendes Macário Carneiro

Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

e-mail: guilherme_carneiro03@hotmail.com

Resumo: O objeto da prescrição, ao longo do tempo, obteve tratamento distinto por parte dos doutrinadores, o que gerou grande confusão; a prescrição teve por objeto a ação, o direito e, agora, a pretensão. A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que instituiu, no âmbito constitucional, a celeridade processual, ou “a razoável duração do processo”, ocasionou modificações no Código de Processo Civil, como, por exemplo, a do parágrafo 5º do artigo 219, que prevê: “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Ao conferir tal poder ao magistrado, tornou-se necessário perquirir se o reconhecimento *ex officio* da prescrição condiz com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, marco teórico adotado neste estudo.

Palavras-chave: Prescrição. Reconhecimento de ofício. Estado Democrático de Direito. Teoria Neo-Institucionalista do Processo.

Abstract: The object of the prescription along the time obtained a distinct treatment by the instructors, what has led to a great confusion; the prescription had as an object the action, the right and now the pretension. The Constitutional Amendment n. 45/ 2004, that instituted, in the constitutional sphere, the processual celerity, or “the reasonable duration of the process”, gave rise to changes in the Civil Process Code, such as the modification in Paragraph 5 of article 219, that says: “the judge will proclaim, *ex officio*, the prescription”. While conferring such power to the magistrate, it has been necessary to ask if the recognition *ex officio* of the prescription suits with the present paradigm of the Democratic State of Law, the theoretical mark adopted in this study.

Keywords: prescription; recognition *ex officio*; Democratic State of Law; New-institutionalism theory of the process.

1. Da prescrição

1.1. Conceito

A palavra *prescrição*, como bem define Câmara Leal (1939, p. 17-18), “procede do vocábulo latino *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado de *prae* e *scribere*, com a significação de escrever antes ou no começo”.

No ano de 520 a.C., em Roma, ainda segundo Câmara Leal (1939, p. 18), o pretor tinha o poder de criar ações e, para essas ações, criava prazos para que fossem exercidas, (ação temporária). O pretor a fazia preceder de uma parte introdutória, na qual previa a absolvição do réu pelo decurso do prazo dessa ação, “e essa parte preliminar da fórmula, por anteceder a esta, se dava a denominação de *praescriptio*.”

Ocorre que, por uma evolução conceitual, a prescrição no âmbito jurídico deixou de significar “parte preliminar da formula” para significar a extinção da ação pelo decurso do prazo de sua duração.

Para Vilson Rodrigues Alves, prescrição sempre foi exceção, “uma vez que o exercício extrajudicial ou judicial da prescrição e da ação se submete a prazo, limita-se por ele, de tal modo que, extinto o prazo, fica encoberta ou encobível a eficácia da pretensão” (2003, p. 73).

Filiamo-nos à teoria trabalhada por Vilson Rodrigues e, para justificar o motivo pelo qual nos filiamos a essa teoria, faz-se necessário explicar a mudança do objeto da prescrição e o conceito de pretensão.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, afirmava-se que o objeto da prescrição era a ação, mas, com o advento do atual Código Civil, a prescrição passa a ter por objeto a pretensão, por dois motivos: o primeiro motivo se deve à influência do direito alemão sobre o nosso ordenamento pátrio; o segundo motivo se deve ao advento da constituição de 1988, pois, por força do art. 5º, inciso XXXV, afasta-se a possibilidade de dizer que a prescrição acarreta a perda do direito de ação, uma vez que o dispositivo citado garante o direito de petição, não podendo, com isso, uma lei ordinária, como é o caso do Código Civil, retirar um direito que é constitucionalmente garantido. Nesse sentido, diz Muller Neves (2008, p. 15), “é impróprio afirmar que a prescrição extingue o direito de ação, já que sempre será possível ajuizar uma ação, mesmo que para exigir o cumprimento de uma obrigação já prescrita”.

Por outro lado, para definir pretensão utilizamos o conceito trazido pelo vocabulário jurídico De Plácido e Silva, que assim preceitua:

Pretensão – Do latim *praetensio, praetensionem*, do verbo *praetendere* (julgar-se com direito, solicitar, requerer), juridicamente, entende-se não somente aquilo que se trata de conseguir, como o direito que se julga ter sobre uma coisa.

Assim, a pretensão, no sentido forense, revela-se a teor do pedido exarado numa petição ou num requerimento (2008, p. 1091).

Pelo conceito de *pretensão* dado pelo vocabulário jurídico (2008), percebe-se que há dois tipos de pretensão: uma, que diz respeito ao direito que alguém julga ter sobre uma coisa; e outra, que é o pedido exarado numa petição, que, segundo o *Dicionário Jurídico* (2005, p. 822), significa: “1. Direito Processual Civil. Invocação pelo titular de um direito violado, da prestação que lhe é devida, em juízo, exigindo sua tutela jurisdicional. Trata-se do pedido ou objeto da ação em sentido material exarado na petição inicial”.

O conceito de pretensão é o que mais nos interessa. É o do direito que alguém julga ter sobre uma determinada coisa. Nesse momento, adentramos em uma esfera subjetiva, já que apenas quem tem tal pretensão pode, por motivos também subjetivos, deixar de tê-los; nesse âmbito, a pretensão nasce e morre por vontade única de quem a tem, não cabendo ao direito regulá-la, apesar de poder, no entanto, estabelecer que a exigibilidade da pretensão não mais poderá ser exercida, caso decorra o prazo prescricional previsto em lei.

1.2. Impedimento, suspensão e interrupção da prescrição

Impedimento é ato ou efeito de impedir e impedir significa não permitir. Sendo assim, o impedimento da prescrição quer significar um obstáculo para que o prazo prescricional não se inicie, ao contrário da suspensão e da interrupção. A suspensão do prazo surge no curso do prazo prescricional, fazendo com que suspenso fique o prazo até que tal obstáculo seja superado, ocasião em que é retornada a contagem de onde parou; a interrupção do prazo prescricional, conforme dispõe o Código Civil, anula todo o tempo já decorrido até o momento da ocorrência do fato que gerou a interrupção, passando a contar novamente o prazo, desde o início, a partir do momento em que cessar o ato que interrompeu a prescrição, a interrupção só ocorrerá uma vez, depois de ocorrido o fato que importará na interrupção do prazo prescricional, caso ocorra outro fato que segundo disposto no Código Civil também importe em interrupção do prazo prescricional, devido à vedação dada pelo art. 202 do Código Civil¹, este poderá ser tido como fato suspensivo, assim ensina Maria Helena Diniz:

Assim ensina-nos Matiello, qualquer que tenha a causa originária da primeira interrupção, dever-se-ão desconsiderar as posteriores, pois, após o seu reinício, o prazo prescricional não mais poderá ser interrompido, mas nada impede que seja suspenso, se ocorrer quaisquer causas, restando temporariamente aquela contagem (MATIELLO *apud* DINIZ, 2006, p. 397).

1.3. Taxonomia jurídica

Apesar de ser tratada no Código Civil, a prescrição é equiparada a preceito de direito público por seu caráter imperativo. Todavia, o fato de se encontrar inserida no Código Civil não quer dizer que as partes podem regulá-la, como ensina João Franzem de Lima:

A sua classificação num código de direito privado não lhe tira esse caráter imperativo que o equipara a preceito de direito público. É que, como já sabemos, a distinção entre direito público e direito privado não pode ser nitidamente estabelecida em teoria. Não se pode descrever uma fronteira rigorosa separando um do outro. Os seus confins são obscuros (1977, p. 386).

¹ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: [...].

Outra discussão sobre a prescrição gira em torno de definir se ela tem taxonomia material, processual ou híbrida. A sua localização principal está no Código Civil, mas o legislador também estabeleceu regras sobre a prescrição no diploma processual.

A inserção de direito material no diploma processual e a inserção de direito processual no diploma material, segundo Barros Leonel (2002), recebe a denominação de institutos bifrontes, justamente pelo fato dessa zona cinzenta que se formou entre direito material e direito processual. Em contraponto a afirmação de que sejam institutos bifrontes, preceitua Cahali:

[...] A prescrição vincula-se ao direito que ela atinge, e pois, à lei que disciplina a substância do negócio (direito material) – este é o princípio proclamado pela suprema doutrina brasileira.

[...]

Disse claramente o Supremo Tribunal Federal: “O prazo estatuído em lei como termo para a extinção do direito, seja ele considerado decadência ou de prescrição, é de direito material (dos que integram no ramo do direito em que nasce a pretensão); de direito processual é a norma sobre a forma de ação” (2008, p. 16).

Daí podemos concluir que a prescrição é de taxonomia material e toda essa discussão gerou em torno de um equívoco do legislador, que não soube distinguir o direito material do direito processual, dando-lhes caráter de natureza híbrida.

1.4. *Distinção entre prescrição e caducidade*²

Após termos trabalhado o conceito e alguns aspectos referentes à prescrição, faremos uma rápida digressão sobre o conceito de decadência, para que possamos ingressar no estudo que demonstrará as distinções existentes entre a prescrição e a caducidade, e, *a posteriori*, trabalhar a imprescritibilidade e a inaducabilidade que as envolve.

Primeiro, cabe salientar que tanto a doutrina quanto a lei utilizam a terminologia decadência com o conceito de extinção do direito. Ocorre que há divergência na utilização desta terminologia, e, por isso, citamos o autor Wilson Rodrigues Alves que, em nosso entendimento, é quem melhor esclarece essa divergência, *verbis*:

A decadência provém do cair, *decare*, como do cair, *cadere*, sobrevém a cadência. Há no étimo o verbo *cadere*, cair, a que se pôs o prefixo de. Tem esse o significado de “de cima de”?, ou de “a partir de”? ambos possíveis? Contra a primeira acepção pesa o pleonismo com vício: “cair de cima”. A favor da segunda tem-se que nada obsta ao “cair a partir de”: se, em conformidade com o Código Civil, art. 207, se editam regras jurídicas

² Neste trabalho, utilizaremos a terminologia “caducidade” em detrimento da “decadência” e da “preclusão”, mas o leitor perceberá que, em determinados momentos, utilizaremos a terminologia “decadência” e a terminologia “preclusão” unicamente para não modificarmos os trechos de citações retirados da bibliografia utilizada na elaboração do texto.

de interrupção do prazo de caducidade, o prazo, que estava no processo de caimento, sem ter atingido o estado de queda, recomençaria, començaria “a partir de” entã. Há discrimine conceitual entre o que, caindo, chega à queda e o que, decaindo, chega à decadência, e nesse sentido é imperfeita a sinonimização decadência e caducidade, de tal modo que à indagação ¿decair é cair? Haveríamos fornecer resposta negativa. Cair é ir de cima para baixo, é tombar, é ser lançado para baixo, é descer, é correr e sucumbir, é deixar-se surpreender, é perder o valor. Diz-se, também, que cair é entrar em decadência, mas nessa acepção toma-se cair no sentido de debilitar-se, de abater-se, de cair-se numa situação inferior, uma vez que, diversamente de quem cai de jato e sucumbe, quem decai aproxima-se de uma extinção sem se extinguir, apenas desce pouco a pouco. Não é o que se passa com os prazos preclusivos. Com eles não há o estado do que, por descer pouco a pouco, se mostre debilitado pela decadência mesma. Há mais: há a própria extinção do que caiu. Decair não é extinguir-se. E porque houve o transcurso do prazo de caimento, deu-se a queda com a extinção do direito, assim não mais incluído no mundo jurídico, assim precluso, porquanto preclui o que não mais se inclui. O direito cai, não decai (ALVES, 2003, p. 35-55).

Feita a introdução, que serve para uma utilização correta da terminologia, passamos a analisar a distinção que há entre a prescrição e a caducidade.

Câmara Leal (1939) distingue a prescrição da caducidade por meio de uma “discriminação prática dos prazos de decadência das ações”. Assim expando:

1ª – Focalizar a atenção sobre estas duas circunstâncias:

se o direito e a ação nascem, concomitantemente, do mesmo fato;

se a ação representa o meio de que dispõe o titular, para tornar efetivo o exercício de seu direito.

2ª – Se essas duas circunstâncias se verificarem, o prazo estabelecido pela lei para o exercício da ação é um prazo de decadência, e não de prescrição, mas, na realidade, ao exercício do direito, representado pela ação (CÂMARA LEAL, 1939, p. 397).

Para Beviláqua (1975, p. 285), a distinção está no fato de que a prescrição pode suspender-se e interromper-se; já a caducidade, “resulta simplesmente, do decurso do tempo, porque o direito já nasce com esse destino de extinguir-se num lapso limitado de tempo, se dentro dele não for posto em atividade”.

Para Carlos Roberto Gonçalves, a própria sistemática do Código Civil é que distingue a prescrição da caducidade:

Para distinguir prescrição de decadência, o atual Código Civil optou por uma fórmula que espanca qualquer dúvida. Prazos de prescrição são, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, nos arts. 205 (regra geral) e 206 (regras especiais), sendo de decadência todos os demais, estabelecidos como completo de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial (2008, p. 468).

Para nós, no entanto, é indispensável analisar o entendimento de Agnelo Amorim (1961) que, em fantástico artigo, cria um “critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”³.

Agnelo Amorim formula seu critério científico a partir da classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda, que, por sua vez, divide os direitos subjetivos em duas categorias: direitos a uma prestação e direitos potestativos. Os direitos a uma prestação “compreendem aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo”; já o direito potestativo

[...] compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas.

[...]

Os direitos potestativos se exercitam, em princípio, mediante simples declaração de vontade do seu titular, independentemente de apelo às vias judiciais, e em qualquer hipótese sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição (AMORIM FILHO, 1961).

Agnelo Amorim (1961) diz que “a concepção dos direitos potestativos induziu a substituição da tradicional classificação das ações [...]” ordenadas por Chiovenda em três grupos: ação condenatória, constitutiva e declaratória.

A ação condenatória é utilizada quando se quer obter do réu uma prestação positiva ou negativa. A ação constitutiva quer positiva ou negativa, “cabe quando se procura obter não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior” (AMORIM FILHO, 1961). A ação declaratória “não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, [...] quer, tão somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário, pleiteia no processo, a certeza jurídica e nada mais” (AMORIM FILHO, 1961).

É com base no conceito de direito a uma prestação e no de direito potestativo, juntamente com a classificação das ações em condenatória, constitutiva e declaratória, que Agnelo Amorim distingue o instituto da prescrição do instituto da decadência. Segundo Agnelo Amorim (1961), “[...] só as ações condenatórias podem sofrer os efeitos da prescrição, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem judicialmente os direitos que irradiam pretensões”. Não exercendo o direito potestativo no prazo previsto para o seu exercício, acarreta-se a perda do direito:

Daí infere que os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objeto e efeito dessa é, precisamente, a extinção

³ AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis*. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em 10/12/2009. O artigo científico não apresenta numeração de página.

dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados. A conclusão imediata é, igualmente, inevitável: as únicas ações cuja não propositura implica na decadência do direito que lhes corresponde são as ações constitutivas [...] (AMORIM FILHO, 1961).

Já nas ações declaratórias:

O autor que requer uma sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão somente, saber que seu direito existe ou quer excluir no processo a certeza jurídica e nada mais (AMORIM FILHO, 1961).

Utilizando este critério científico, clara fica a distinção entre prescrição e caducidade. Mas, como o próprio título de seu artigo diz este critério também identifica as ações imprescritíveis. Na classificação das ações acima exposta, diz Agnelo Amorim (1961) que toda ação declaratória é imprescritível, e, também, que o direito que figura como objeto dela pode ser direito potestativo ou direito a uma prestação.

Feita esta rápida explanação sobre o critério criado por Agnelo Amorim, faremos, agora, algumas observações que julgamos importantes.

No primeiro ponto: o fato de Agnelo Amorim trabalhar apenas três classificações da ação (ação declaratória, ação condenatória e ação constitutiva), sendo que nosso Código de Processo Civil adota a classificação trabalhada por Pontes de Miranda, que, além das já citadas, acresce a ação executiva *lato sensu* e a ação mandamental. Demonstra que seu critério científico é incompleto.

Pontes de Miranda, parte da existência de cinco classes de ações e de sentenças. Segundo seus ensinamentos:

Há as que preponderantemente declaram, as que preponderantemente constituem, positiva ou negativamente, as que preponderantemente condenam, as que preponderantemente mandam e as que preponderantemente executam. Todas têm os outros quatro elementos, em diferentes pesos (1976, p. 6).

Assim, podemos dizer que a ação executiva *lato sensu* traz embutida na fase cognitiva uma capacidade executória, tornando possível, ao juízo, a determinação da entrega do bem da vida objeto da lide.

A ação mandamental, segundo definição de Pontes de Miranda (1976, p. 3), “[...] é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*”. Neste tipo de ação, “há o direito, a pretensão e a ação, para no plano processual obter o mandado” (MIRANDA, 1976, p. 9). Entende Pontes de Miranda (1976) que, nas ações mandamentais podem haver efeitos de declaratividade, de constitutividade, de condenatoriedade e de executividade, mas sempre prevalecendo o efeito mandamental. Isso se percebe quando o autor estabelece uma escala valorativa de 1 a 5, dizendo: “As ações mandamentais típicas tem 4 de declaratividade, 3 de constitui-

vidade, 2 de condenatoriedade, 5 de mandamentalidade e 1 de executividade” (MIRANDA, 1976, p. 9).

O fato de Agnelo Amorim não adotar a classificação quinária das ações faz subentender que, tanto as ações mandamentais, quanto as ações executivas, não podem ter por objeto o direito a uma prestação, que se sujeitam à prescrição, e nem o direito potestativo, que se sujeita à caducidade.

Segundo ponto: o fato de Agnelo Amorim dizer que os direitos a uma prestação, que correspondem à ação condenatória, são sujeitos a prazo prescricional, e que os direitos potestativos, que correspondem à ação constitutiva, são sujeitos a prazo de caducidade, bem como que ambos são objeto da ação declaratória, que por sua vez é imprescritível, significa incorrer em erro por duas vezes. Primeiro, pelo objeto da prescrição, que é a exigibilidade da pretensão e não a ação declaratória; segundo, pelos direitos⁴ que são objeto da ação declaratória e pelo objeto da prescrição e da caducidade, pois, se o direito a uma prestação, que figura como objeto de prazo prescricional e o direito potestativo, que figura como objeto de prazo de caducidade, forem considerados imprescritíveis por figurarem como objeto da ação declaratória, misturaríamos o que por longo tempo tentamos diferenciar.

Como pode ser possível dizer que as ações declaratórias são imprescritíveis?

A resposta só pode ser negativa. Como já dito, a ação não se sujeita à prescrição, pois a ação é um direito constitucionalmente garantido, conforme disposto no art. 5.º, XXXV da CR/88, que, segundo José Afonso da Silva (1999, p. 432), “[...] consagra o direito subjetivo de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo”. Assim sendo, a Constituição deu ao direito de ação perpetuidade, não o sujeitando a qualquer tipo de prazo.

Agnelo Amorim (1961), por outra via, até se aproxima dessa afirmação ao dizer que, “como a precisão dos conceitos é fundamental nos domínios do direito, há necessidade de ser substituída a expressão “ações imprescritíveis por uma outra”, mas regride ao dizer que “sendo a imprescritibilidade um conceito, negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: *são perpétuas (imprescritíveis) todas aquelas ações que não estão sujeitas nem a prescrição nem a decadência*” [grifos nossos].

Para nós, o correto é dizer imprescritível todo prazo que, a princípio, refere-se à prescrição, e incaducável⁵, todo prazo que, a princípio, corresponda à caducidade.

Feita uma rápida introdução sobre o instituto da prescrição, trabalharemos os paradigmas jurídico-constitucionais, para adotarmos um marco teórico, que, se faz necessário para trabalharmos a teoria neo-institucionalista.

⁴ Aqui nos referimos ao direito a uma prestação e ao direito potestativo.

⁵ Quanto à utilização do termo correto para a denominação do direito que não está sujeito à caducidade, utilizamos a mesma definição adotada pelo tributarista Carrazza (2009, p. 670-676) que, ao trabalhar as características da competência tributária, especificamente sobre a decadência, intitulando tal capítulo de incaducabilidade, diz que a competência do legislador de veicular norma referente à criação de tributos, uma vez não exercida, “não tem o condão de impedir que a pessoa política, querendo venha a criar, por meio de lei, os tributos que lhe forem constitucionalmente deferidos”.

2. A interpretação do direito e os paradigmas do Estado Liberal, Estado Social e do Estado Democrático de Direito

2.1. Considerações iniciais

A evolução da sociedade movida por um processo dialético, conforme trabalha Dallari (2010), ao mostrar qual é o eixo que influencia as mudanças paradigmáticas que trouxeram grandes transformações para a sociedade nos últimos séculos, e que serão trabalhadas neste capítulo com o intuito de demonstrar qual marco teórico deve ser utilizado para um estudo do direito condizente com o momento histórico-jurídico que vivenciamos, “remete-nos a um urgente estudo a ser desenvolvido sobre os paradigmas jurídicos enfocados após o advento do Constitucionalismo, para que possamos perquirir qual é o sentido atribuído ao Direito na atualidade” (THIBAU, 2008, p. 318).

Os paradigmas jurídico-constitucionais a serem abordados correspondem ao Paradigma do Estado Liberal, Paradigma do Estado Social e o Paradigma do Estado Democrático de Direito, todos advindos do surgimento do Estado Constitucional, que segundo Canotilho (2003, p. 90), “é uma *tecnologia política de equilíbrio político-social* através da qual se combatem dois ‘arbítrios’ ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais”. Ainda nos dizeres de Canotilho:

O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito. As idéias do “governo de leis e não do homem”, de “Estado submetido ao direito”, de “constituição como vinculação jurídica do poder [...]” (2003, p. 98).

2.2. Paradigma do Estado Liberal

O Estado Liberal é a primeira fase do Estado Constitucional, que se iniciou com “a Revolução Norte-Americana em 1776, a Constituição da Federação Norte-Americana de 1787 e o processo da Revolução Francesa a partir de 1789” (MAGALHÃES, 2002, p. 62-63).

As Constituições liberais declararam os direitos individuais, protegidos contra a atuação do Estado. Daí, dizer que o Estado Liberal visava à intervenção mínima do Estado na vida social, para isso, outros direitos foram criados. Segundo Dallari (2010), a liberdade contratual era tida como um direito natural dos indivíduos, bem como a propriedade, com intuito de impedir o Estado de criar condições ao uso dos bens ou restringir os termos de qualquer contrato.

O Estado Liberal foi tido como um Estado mínimo ou Estado polícia, devido a sua intervenção mínima; exerceu funções quase que tão somente à mera vigilância da ordem social e à proteção de ameaças externas.

A princípio, o Estado Liberal trouxe inegáveis benefícios, conforme demonstra Dallari:

Um processo econômico acentuado, criando-se as condições para a evolução industrial, o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as técnicas de poder, surgindo e impondo-se a idéia do poder legal em lugar do poder pessoal (2010, p. 280).

A busca por um Estado mínimo e de liberdade para os indivíduos, no entanto, com o tempo foi o motivo que ocasionou sua própria decadência. Afirma Dallari (2010) que o indivíduo chegou ao ultraindividualismo, dando margem a um comportamento egoísta, que, para os mais hábeis ou sem escrúpulos, foi vantajoso, sendo que o impedimento existente para que o Estado não protegesse os menos afortunados causou uma crescente injustiça social.

O Estado Liberal passou a garantir uma situação de privilégio apenas para os que eram economicamente fortes, não garantindo qualquer direito aos desafortunados. Isso causou uma miséria muito grande, principalmente para a classe do proletariado.

O obscuro lado do Estado liberal foi bem retratado por Paulo Bonavides:

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar (2007, p. 59).

A luta por uma mudança em busca de melhores condições sociais fazia-se premente, o que acabaria acarretando um novo paradigma, desta vez, do Estado Social. Tal mudança, segundo Menelick de Carvalho Netto (2004, p. 34), surge após a Primeira Guerra Mundial, que muito estimulou a intervenção do Estado, que passou a assumir a prestação dos serviços fundamentais aos indivíduos, ampliando sua esfera de atuação.

Segundo Dallari (2010, p. 283), com o pós-guerra, o Estado passou a ter maior intervenção, pois novas necessidades exigiram ação por parte do Estado: “restauração dos meios de produção, reconstrução das cidades, readaptação das pessoas à vida social e financiamento de estudos e projetos”.

2.3. Paradigma do Estado Social

Erigido o Estado Social, que teve como marco a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar em 1919⁶, trouxe dois novos grupos de direitos que, se-

⁶ “A materialização do direito privado foi iniciada numa linha predominantemente autoritária, envolvendo deveres de proteção social; no entanto, a instauração da República de Weimar fez com que caíssem os fundamentos jurídico-constitucionais nos quais se apoiava a autarquia do direito privado; a partir de então, não era mais possível ‘opor o direito privado, tido como o

gundo José Luiz Quadros de Magalhães (2002, p. 65), são “os direitos sociais relativos ao trabalho, à saúde, à educação, à previdência, e os direitos econômicos, marcando a postura intervencionista do Estado, que passa a regular a economia e, em alguns casos, a exercer atividades econômicas.”

Diante dessa definição, podemos afirmar que o Estado Social surgiu em oposição ao Estado Liberal; a luta do proletariado visava acabar com o individualismo que muito foi defendido pela burguesia.

Para Dallari (2010, p. 305), o que realmente caracteriza o Estado Social “é o domínio dos interesses das pessoas humanas, concebidas e tratadas como essencialmente iguais e necessariamente integradas numa coletividade”, e por óbvio, como o Estado Social foi o resultado de lutas contra um Estado de cidadãos ultraindividualistas, neste novo paradigma constituído, o Estado assume um caráter paternalista e de exacerbada proteção, que visava garantir aos cidadãos direitos sociais. Tais direitos, denominados direitos de segunda geração, no entanto, são tidos como normas programáticas.

O homem que dominava, que vivia no estado liberal, que exercia o direito à liberdade, igualdade e à propriedade de forma autônoma, vê-se, agora, adstrito às vontades do Estado, dele dependendo para quase tudo, como bem define Paulo Bonavides:

O estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas (2007, p. 200).

Com o intervencionismo estatal, os cidadãos têm toda a sua vida regulada pelo Estado e, como bem ensina Thibau (2008, p. 338), passam a se tornar “meros clientes dos Estados”, que não “mais se contentam com o monopólio das iniciativas públicas e privadas”.

O estado de sufocamento pelo qual o indivíduo se sentiu dominado, fez com que surgisse a busca por um novo paradigma estatal, que, por sua vez, deve abarcar todas as necessidades dos indivíduos.

2.4. Paradigma do Estado Democrático de Direito

A necessidade de um novo paradigma jurídico-constitucional é explicada por Habermas, parafraseando Kübler, ao constatar

que o direito privado necessita cada vez mais de um esclarecimento e de uma justificação de suas relações com a sociedade em geral, ou seja, de seu surgimento e de seu mo-

reino da liberdade individual, ao direito público, tido como o campo de ação das imposições do Estado” (HABERMAS, 2003, p. 132).

do de funcionar na sociedade” porque “as tentativas de explicação tradicionais”, tanto as do modelo liberal como as do Estado social, “não conseguem mais convencer (2003, p. 129).

Segundo Vinicius Lott Thibau, baseando-se em Jürgen Habermas, o Paradigma do Estado Democrático de Direito

[...] visa corrigir as distorções concernentes à legitimidade do Direito havidas nos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social, uma vez que esses paradigmas cingem-se a disputar a hegemonia na “determinação dos pressupostos fáticos para o status de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica” (2008, p. 340).

A supremacia da vontade do povo, segundo Dallari (2010), é um dos elementos necessários à democracia. Se um governo toma a decisão fazendo com que sua vontade prevaleça, em face da população, tal ato seria contrário à democracia, justamente pela inobservância da supremacia da vontade do povo.

De forma tautológica, contudo, o paradigma do Estado Liberal e o paradigma do Estado Social

concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um *status* negativo protegido pelo direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se a *emergência* ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais [...] Entretanto, a disputa entre os dois paradigmas, que ainda perdura, limita-se à determinação dos pressupostos fáticos para o status de pessoa do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica (HABERMAS, 2003, p. 146).

Tais dizeres são importantes para compreender a nova perspectiva imposta pelo Estado Democrático de Direito, pois, diferentemente dos paradigmas que o antecedem, não visa apenas o papel das pessoas como destinatárias do direito. No Paradigma do Estado Democrático de Direito, as pessoas, além de destinatárias do direito, também são autoras do direito. Conforme aduz Habermas (2003, p. 146), “só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos”.

O Paradigma do Estado Democrático de Direito, aqui por nós trabalhado, é definido por Habermas (2003) como Paradigma Procedimental. Nessa nova perspectiva, segundo Habermas, ainda:

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela *deve* sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode

manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, *ao emergirem*, garantem a autonomia pública e a privada (2003, p. 147).

Comentando esta citação, diz Vinicius Lott Thibau (2008, p. 340) que “os paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social desconsideram os direitos de participação e de fiscalização dos cidadãos que integram uma sociedade complexa e pluralista [...]”. No atual Paradigma, no entanto, só haverá legitimidade do direito se houver participação dos cidadãos na sua construção, que, por sua vez, dar-se-á por meio da discursividade, que é seu eixo essencial.

Habermas define esse novo paradigma dizendo que,

todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabelecem, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo (2003, p. 190).

É nesse contexto, em que há a participação do cidadão na construção do direito por meio da discursividade, que trabalharemos uma teoria processual para que possamos perquirir se é possível ao magistrado conhecer a prescrição *ex officio*. A adoção de um paradigma, assim como ensina Habermas, se faz necessário, pois

hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem

que desafiá-lo para uma justificação autocrática. Após esse lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma “correto” (2003 p. 129).

3. Teoria neo-institucionalista do processo e a decretação ex officio da prescrição pelo magistrado

3.1. Considerações iniciais

Na proposta do Estado Democrático de Direito, surge uma nova perspectiva, em que o cidadão participa na construção do direito por meio da discursividade; o cidadão não apenas se submete ao direito, neste novo paradigma, ele também é autor do direito⁷. Por entendermos que, apenas a teoria neo-institucionalista do processo condiz com o marco teórico adotado neste trabalho, é que, a utilizaremos para demonstrar a impossibilidade de o magistrado reconhecer *ex officio* da prescrição.

3.2. Teoria neo-institucionalista

Ao tratar de sua teoria neo-institucionalista, Rosemiro Leal (2009, p. 86) alerta “que uma *teoria neo-institucional do processo* só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular)”. E, nesta concepção, faz-se a advertência que o processo

[...] não se estabelece pelas forças imaginosamente naturais de uma Sociedade ideal ou pelo *poder* de uma elite dirigente ou genialmente judicante, ou pelo diálogo de especialistas, **mas** se impõe por conexão teórica com a cidadania (soberania popular) constitucionalmente assegurada, que torna o *princípio da reserva legal do processo*, nas democracias ativas, o eixo fundamental da *previsibilidade das decisões* (LEAL, 2009, p. 88).

Como bem define Cordeiro Leal (2008, 138-139), Rosemiro Leal “articula os direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia como principiologia jurídica regente da procedimentalidade democrática como desdobramento jurídico paradigmático do Estado Democrático de Direito”.

Por isso, ao estudarmos a teoria neo-institucionalista, percebemos que o processo não é o instrumento pelo qual a jurisdição se exerce. Para discutirmos esta afirmação, é necessário definir processo e jurisdição, e para isso, nós nos utilizamos dos conceitos trabalhados por Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 27), ao dizer que “o *Processo*, ao contrário da jurisdição, define-se hoje em garantias principiológicas pela reserva legal de direitos antecipadamente assegurados nas Leis Fundamentais (constituição)”, enquanto a jurisdição é “atividade monopolística de o Estado reconhecer o direito (art. 5º, XXXV, da CR/88) [...]”.

⁷ Sobre este assunto vide item 3.4 do artigo.

Conclui Rosemiro Pereira Leal (2009 p. 29) que, hoje, a jurisdição “não tem qualquer valia sem o processo”, descaracterizando qualquer formulação de que o processo é criado pela jurisdição, como pretendem os adeptos da Escola Instrumentalista. Segundo Rosemiro Leal (2009 p. 29), o processo, atualmente, é tido como “complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão jurisdicional (juiz) [...]”. O conceito de processo como instituição⁸ segundo Rosemiro, se infere

[...] pelo grau de autonomia jurídica constitucionalizada, como conquista teórica da cidadania juridicamente fundamentada em princípios e institutos de proposição discursiva e ampliativa em réplica ao colonialismo dos padrões repressores de “centração psicológica e política” dos chamados Estados-nações hegemônicos (2009, p. 36).

Com este conceito, entendemos que o aludido autor quis demonstrar que o processo não figura mais como instrumento; no atual estágio, o processo é um instituto assegurado pela constituição, por meio dos princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa, em que os cidadãos não são meros espectadores, mas atuam de maneira a fiscalizar e participar (discursividade). É nessa perspectiva que o autor trabalha a sua teoria neo-institucionalista do processo.

Nessa esteira, a fundamentação e a motivação do magistrado, ao proferir a decisão, não está jungida a concepções fictícias ou encontradas fora da lei, nem mesmo por elas deve se pautar, pois, conforme ensina Rosemiro Leal (2009, p. 53), os magistrados encontram, hoje, a fundamentação

[...] segundo o proceder indicado na lei e processualizado pelos direitos fundamentais constitucionalizados da ampla defesa, contraditório, isonomia, da atuação do advogado, gratuidade postulatória, como conquistas teóricas que, transpostas para o discurso constitucional, não mais comportam interpretações de historicidade extra-legal (de fundo axiológico-deontológico supletivo da lei), porque a conquista teórica da direito se faz, no plano do *due process* democrático, pela interpretação “ao pé da letra” da conexão normativa determinante do espaço-tempo estrutural do procedimento desvelador dos atos-fatos de defesa e exercício de direitos fundamentais e não pela super visão (*epoché*) transcendental e primal do juiz (*nous-arché-diké*) (LEAL, 2009, p. 53-54).

⁸ “É atualmente o processo, por criação constitucional, uma instituição jurídica com caracteriologia própria definidos nos princípios que lhe são integrantes, quais sejam o contraditório, ampla defesa e a isonomia. Esses princípios que, por comportarem desdobramentos em seu âmbito jurídico com amplo grau de fecundidade, assumem, a nosso ver, a característica de autênticos institutos” (LEAL, 2009, p. 96).

No Estado Democrático de Direito, em que o indivíduo é autor da lei e tem garantias constitucionais que fundam um processo pautado pelo contraditório, isonomia e ampla defesa,

o juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do *discurso estrutural* do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em que suas incidências substancial (*substantive*) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (*procedural*) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado (LEAL, 2009, p. 54).

Nas decisões realizadas sob essa nova ótica, as partes, por meio dos elementos do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, constroem, mediante a discursividade processualizada, o provimento final.

E, frise-se que, apesar de trabalharmos a teoria neo-institucionalista como forma de fundamentar a impossibilidade do magistrado reconhecer *ex officio* da prescrição, importante ressaltar que esta teoria não se restringe ou busca trabalhar apenas o processo judicial, pois, “o *processo*, por concretização constitucional, é aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferentes, judiciais, administrativos” (LEAL, 2009, p. 88).

4. Considerações finais

A prescrição, por ser matéria de defesa, deve ser alegada *a priori* na contestação, não cabendo ao magistrado *ex officio* dela reconhecer. Além de grande equívoco teórico, como demonstrado no primeiro capítulo, pior se torna o reconhecimento *ex officio* se analisarmos os infindáveis erros que podem ser cometidos pelo magistrado. Como demonstrado há decênios, a prescrição está sujeita a interrupções e suspensões, peculiaridades que a ela são inerentes. Ao ser reconhecida *ex officio*, partimos do pressuposto de que o magistrado está apto a descobrir se a prescrição ocorreu *pleno jure*, ignorando ainda a possibilidade do exercício do direito natural, a que faz jus uma das partes que compõe a lide.

De incompreensível equívoco se torna, a decretação de ofício da prescrição, quando analisamos essa prerrogativa sob o marco teórico do paradigma do Estado Democrático de Direito, em que o processo é concebido por meio da teoria neo-institucionalista do processo. Quando o magistrado *ex officio* reconhece a prescrição, agindo de forma a buscar a justiça fundamentada de acordo com suas convicções, de melhor interesse para a sociedade ou para os litigantes, agindo por decisionismo, não podemos falar em Estado Democrático de Direito, restando-nos desconsiderar o que a constituição estabeleceu pelo art. 1º.

A Lei 11.280, de 2006, que modificou o CPC, atribuindo ao juiz a prerrogativa de reconhecer *ex officio* a prescrição, por decorrência do art. 5º, LXXVIII, da CR/88, que, inse-

rido pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, instituiu a duração razoável do processo, interpretado por alguns doutrinadores como princípio da celeridade, afastou completamente a participação e fiscalização das partes, retirando-lhes os princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa na construção das decisões.

No Estado Democrático de Direito, as partes, por meio da discursividade processualizada, em base constitucional democrática, constroem o provimento final; não há mais como se acolher o entendimento de que o processo seja um instrumento da jurisdição (atividade do juiz/poder do Estado), sendo legítima, apenas, a decisão construída pelas partes, afastando no todo o decisionismo do magistrado.

Por isso, com base no Estado Democrático de Direito, a partir da teoria neo-institucionalista do processo, torna-se inconcebível o reconhecimento *ex officio* da prescrição pelo magistrado.

Referências

ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no Novo Código Civil*. Campinas: Bookseller Editora, 2003. 909 p.

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em 10/12/2009.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado: volume 1*. 11 ed. atual. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves: Paulo de Azevedo, 1956. 384 p.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. 343 p.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. 230 p.

BRASIL. *Código civil, código de processo civil, código comercial, legislação civil, processual civil e empresarial, constituição*. Org. de Yussef Said Cahali. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1984 p.

BRASIL. *Código civil, código de processo civil, e constituição*. Org. de Yussef Said Cahali. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 1291 p.

BRASIL. *Novo código civil: exposição de motivos e textos sancionados*. Senado Federal. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/ResultadoPesquisaObraForm.do>. Acesso em 10/01/2010.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. 2ª triagem. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008. 366p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. 1522 p.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. 1103 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito, in: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 587 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25 ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2009. 384 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 314 p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. 23 ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2006. 674 p.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume I, Parte Geral. 5 ed. São Paulo, Editora Saraiva. 2008. 581 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II. 352 p.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008. 163 p.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1939. 434 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. 342 p.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Normas Bifrontes no novo Código Civil: prescrição e decadência*, 2002. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/artigos/259wwy.pdf>. Acesso em 10/01/2010.

LIMA, João Franzem de. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral*, vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.459 p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional. Tomo I*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. 416 p.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações. Tomo VI: Ações Mandamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976. 624 p.

_____. *Tratado das Ações. Tomo VII: Ações Executivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978. 465 p.

_____. *Tratado de direito privado. Tomo 6: parte geral: exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. 519 p.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Prescrição e decadência no Direito Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Lumen Juris, 2008. 137 p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. 208 p.

PLÍNIO GONÇALVES, Aroldo. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. 220 p.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. 1500 p.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 7 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2008. 319 p.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. Editora Malheiros, 1999. 871p.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do direito, in: *Meritum: Revista de Direito da FCH/FUMEC*. Belo Horizonte, v. 3, 2008. 354 p.

_____. *As presunções legais relativas e o contraditório no paradigma do estado democrático de direito*. 2007. 127f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007. 124 p.

O controle da constitucionalidade da norma municipal – análise da causa de pedir

The control of constitutionality in the municipal norm: analysis of the Cause of State asking

Itamar José Fernandes

Advogado. Procurador e Consultor Jurídico da Câmara Municipal de Patos de Minas. Especialista em Direito Público pelo Instituto Praetorium com certificação pela Universidade Cândido Mendes (2006); em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG (2008/2009); em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG (2010/2011). Pós-graduando em Gestão Pública Municipal pela Universidade Aberta do Brasil – UAB e FAGEN-UFU (2010/2012).
e-mail: itamarjfernandes@gmail.com

Resumo: A Carta da República de 1988 elevou o Município à condição de ente federado dotado de autonomia política, legislativa, administrativa e financeira. Em razão disso restou possibilitada, além da elaboração da norma fundamental regente (Lei Orgânica Municipal) a edição das demais leis e atos normativos municipais. Para resguardar o equilíbrio dos poderes e a supremacia das normas fundamentais, sobretudo as dispostas nas Constituições dos Estados-Membros, foi desenvolvido um intrincado modelo de controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos municipais, cujas características mais marcantes são objeto da presente pesquisa, tais como os pressupostos essenciais, as espécies e modalidades do controle de inconstitucionalidade, assim como a causa de pedir como parâmetro do Controle Estadual e as peculiaridades das normas repetidas (de imitação), remissivas, de reprodução obrigatória e de preordenação.

Palavras-chave: sistema federativo brasileiro; autonomia municipal; competência legislativa; controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais; análise da causa de pedir estadual; parâmetro do controle estadual; normas repetidas e de preordenação.

Abstract: The 1988 Brazilian Constitution raised the municipality into a federal's condition as an entity itself endowed with political, legislative, administrative and financial autonomies. This explains the fact that, beyond the elaboration of the fundamental standard rule (the Organic Municipal Law), it remained possible to edit other municipal laws and normative acts. In order to preserve the balance of powers and the supremacy of the fundamental rules, especially those required by the Member's States Constitutions, it has been developed an intricate model control of constitutionality of laws and other normative local acts, whose most striking peculiarities are the subject of this research, such as its main assumptions, species and methods of control of constitutionality, the cause of action as a parameter of the State Control and the peculiarities of the repetitive rules (imitative ones) of obliged reproduction and binding foreordination.

Keywords: Brazilian federal system; municipal autonomy; legislative authority; judicial review of municipal laws and normative acts; analysis of the cause of state asking; parameter control state; standards and repeated foreordination.

1. Introdução

O Município, com a Constituição da República de 1988¹, além de constituir ente integrante da federação brasileira², juntando-se, portanto, a União, os Estados e o Distrito Federal³, deu conformação ao nosso peculiar federalismo que é composto de três níveis de governo: federal, estadual e municipal.

Como ente federativo, o Município, a exemplo dos demais, tem autonomia política, legislativa (ou normativa), administrativa e financeira. A autonomia, segundo Celso Ribeiro Bastos, “é a margem de discricção que uma pessoa goza para decidir sobre os próprios negócios, mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito” (BASTOS, 1999, p. 284).

Referida característica, que não pode ser confundida com soberania⁴, importa na existência e na possibilidade dos entes federados exercerem as prerrogativas da auto-organização, autolegislação, autogovernabilidade e autoadministração.

A capacidade de auto-organização consubstancia a possibilidade dos entes federados estabelecerem suas normas fundamentais de organização, como as Constituições Estaduais, Lei Orgânica Distrital, Leis Orgânicas Municipais. Vale dizer, importa na capacidade de estruturar os poderes Legislativo e Executivo, bem como seu inter-relacionamento.

A autolegislação, por sua vez, materializa-se na possibilidade de produção de leis e demais atos normativos – federais, estaduais, distritais e municipais –, desde que respeitadas as regras de competência reservadas na Constituição Federal a cada um dos membros da federação.

A capacidade de autogoverno, por seu turno, estriba-se no poder de eleger seus próprios agentes políticos. E, por final, a autoadministração consubstancia na organização e manutenção dos serviços públicos correlatos.

¹ O professor Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 887) lembra que a posição dos municípios como entes políticos essenciais da federação rompe com a tradição de nosso federalismo, que foi a de não alçá-los à condição de ente federativo, embora sempre os dotando de autonomia.

² Art. 1.º da CF/88: *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 [...].*

³ Art. 18 da CF/88: *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.*

⁴ Segundo Celso Ribeiro Bastos (*Op. cit.*, p. 158), *a soberania se constitui na supremacia do poder dentro da ordem interna e no fato de, perante a ordem externa, só encontrar Estados de igual poder.*

Neste prisma, Regina Maria Macedo Nery Ferrari destaca que a principal novidade em relação à autonomia municipal, disposta pela atual Constituição Federal, “é a capacidade dos municípios elaborarem suas próprias Leis Orgânicas” (FERRARI, 2005, p. 88). Por seu turno, a própria Constituição Federal, em diversos dispositivos, dentre os quais se destacam os artigos 1º, 18, 23, 29 e 30, dão dimensão a essa condição do ente municipal, sobretudo esse último que prevê a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, além de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Com essa configuração, o sistema federativo brasileiro, visando garantir a supremacia das Leis Maiores (Constituição Federal, Constituições Estaduais e Lei Orgânica Distrital), possibilitou a configuração de complexo modelo de controle de constitucionalidade, tanto no plano federal como no estadual.

Com efeito, a partir da abordagem geral dos principais pressupostos ao controle de constitucionalidade, espécies de inconstitucionalidades e modalidades de controle, pretende-se abordar a jurisdição constitucional no âmbito do Estado-membro, bem como as peculiaridades mais relevantes do controle abstrato de constitucionalidade da norma municipal, sob o prisma da causa de pedir.

Neste contexto, não restam dúvidas de que a análise da autonomia normativa e conformação das normas municipais – leis e demais atos normativos por ele produzidos – com a Constituição Estadual, no controle concentrado e com a Constituição Federal, no controle incidental, trata-se de relevante tema que deve merecer arguta análise.

Pretende-se, portanto, no âmbito do presente trabalho verificar quais os planos que podem ocasionar o controle jurisdicional de constitucionalidade da norma municipal; a causa de pedir do controle concentrado de inconstitucionalidade da norma municipal; e o entendimento adotado nos casos de normas constitucionais federais repetidas, remissivas, reproduzidas (reprodução obrigatória), de preordenação ou que se infira a inconstitucionalidade do próprio parâmetro de controle estadual.

2. Pressupostos essenciais à existência do controle de constitucionalidade

Antes de dedicar-se ao estudo do controle jurisdicional de constitucionalidade da norma municipal propriamente dita, mister se faz tecer alguns apontamentos acerca dos pressupostos essenciais da existência do controle de constitucionalidade, quais sejam: a supremacia e a rigidez constitucionais.

Isso porque, segundo leciona Luis Roberto Barroso, o ordenamento jurídico é um sistema que pressupõe ordem e unidade, “devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa”, sendo que a “eventual quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la” (BARROSO, 2009, p. 1).

A supremacia da Constituição induz que nenhuma lei ou ato normativo poderá ser considerado válido se com ela estiver incompatível. Neste sentido, Michel Temer aduz que o reconhecimento da supremacia da Constituição decorre da existência de um escalonamento normativo, em que o texto constitucional ocupa o ponto mais elevado do sistema normativo (TEMER, 2006, p. 44-45).

Sobre a rigidez constitucional, Luis Roberto Barroso pondera que a norma constitucional, para que possa servir de parâmetro de validade de outros atos normativos, necessita de processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele destinado às demais normas infraconstitucionais.

Neste aspecto, referido doutrinador é taxativo ao afirmar que “se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade” (*Op. Cit.* p. 2).

No mesmo sentido, leciona Pedro Lenza:

Como requisitos fundamentais e essenciais para o controle, lembramos a existência de uma *constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão* para resolver os problemas de Constitucionalidade, órgão este que variará de acordo com o sistema de controle adotado.

Conforme já estudado, uma constituição rígida é aquela que possui um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais. A CF brasileira é rígida, diante das regras procedimentais solenes de alteração previstas em seu art. 60.

A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um *escalonamento normativo*, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como *norma de validade* para os demais atos normativos do sistema (LENZA, 2007, p. 149).

Alexandre de Moraes, em complemento aos pressupostos da supremacia e rigidez constitucionais, aduz que a ideia de controle de constitucionalidade também pressupõe a proteção dos direitos fundamentais; porquanto além de constituírem limites ao poder do Estado, constituem também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito (MORAIS, 2002, p. 578).

É certo que todos esses pressupostos são essenciais, mas pela robustez e essencialidade vale discorrer, um pouco mais, sobre o princípio da supremacia da Constituição. José Afonso da Silva se posiciona acerca do referido princípio da seguinte forma:

O princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (SILVA, 2001, p. 45).

Destaque-se, ainda, a doutrina de Clèmerson Merlin Clève:

[...] A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidos do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma “ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade”. É uma ordem, eis que reside sua posição de supremacia. É ademais, ordem material porque além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional (CLÈVE, 2000, p. 27).

Marcelo Novellino, por sua vez, sobre a Constituição pondera:

É a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. É o fundamento de validade último de todas as normas jurídicas, por conferir os poderes governamentais e impor os seus limites. Por conseqüência, qualquer norma do ordenamento jurídico só será válida se estiver em conformidade com as normas constitucionais – seja sob o aspecto formal, seja sob o aspecto material -, pois toda autoridade nela se encontra o seu fundamento (NOVELINO, 2007, p. 27).

Como se vê, a supremacia da Constituição sobre toda a ordem jurídica de determinado Estado é pressuposto fundamental e essencial para a existência do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, assim como também o são a rigidez constitucional e a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade

Atualmente, como muito bem explica o professor Luis Roberto Barroso, não se pode confundir o sentido das locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade*, porque não são sinônimas, mas de relação de gênero e espécie.

Confira, a propósito, a elucidativa lição:

As locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação de gênero e espécie. Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para a atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional (Op. cit., p. 3).

4. Considerações relevantes acerca do controle de constitucionalidade do direito federal, estadual e municipal

O controle de constitucionalidade de normas refere-se à verificação por um órgão competente da consonância ou compatibilidade de uma determinada espécie normativa, levando-se em consideração determinada Constituição, que fundamenta a validade daquela norma e, que, portanto, não pode ser contrariada por norma inferior.

Para Alexandre de Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (*Op. cit.*, p. 657).

Michel Temer salienta que:

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência da eficácia plena de todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle de inconstitucionalidade por omissão (*Op. cit.*, p. 44).

Como visto, sempre que uma lei ou ato normativo não estiver conformado, isto é, apresentar-se incompatível com a Constituição ou norma fundamental, ele será considerado inconstitucional.

5. Espécies de inconstitucionalidades

Consoante lição de Luis Roberto Barroso, a inconstitucionalidade de uma norma pode ser aferida com base em diferentes elementos ou critérios, que incluem o momento em que ela verifica “o tipo de atuação estatal que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma, dentre outros” (*Op. cit.*, p. 26).

5.1. Inconstitucionalidade formal e material

Pelo primeiro (vício formal), consigna-se que as leis ou atos normativos devem observar as normas constitucionais de processo legislativo inerentes à sua produção, também conhecido como o devido processo legislativo, sob pena de padecerem de inconstitucionalidade formal.

Por este prisma, portanto, a inconstitucionalidade poderá ser classificada em dois critérios: o subjetivo e o objetivo.

O primeiro critério (subjetivo) refere-se à fase introdutória do processo legislativo, ou seja, à questão de iniciativa, posto que qualquer espécie normativa editada ao arrepio do processo legislativo, em especial as regras de iniciativa do projeto de lei, padecerá de flagrante vício de inconstitucionalidade.

Já o critério objetivo cinge-se às duas outras fases do processo legislativo (constitutiva e complementar), uma vez que toda e qualquer espécie normativa deverá respeitar o trâmite do processo legislativo previsto para sua edição.

O vício material, por seu turno, trata da verificação da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição.

5.2. Inconstitucionalidade por ação e omissão

Por essa espécie, reputa-se suscetível o controle em razão de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão).

Nas palavras de Luis Roberto Barroso, no caso de conduta negativa, a omissão exige “uma inércia ilegítima”, que pode ser decorrente dos três Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), tendo sido concebido para enfrentá-la, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão:

No Brasil, o tema da inconstitucionalidade por omissão foi amplamente debatido nos anos que antecederam a convocação e os trabalhos da Assembleia Constituinte, que resultaram na Constituição de 1988. A nova Carta concedeu dois remédios jurídicos diversos para enfrentar o problema: (i) o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), para a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora; e (ii) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), para o controle por via principal e em tese das omissões normativas (*Op. cit.*, p. 33).

Ainda, segundo o citado professor (*Op. cit.*, p. 35-38) a omissão poderá ser total ou absoluta e parcial, sendo que por aquela restará configurada quando o legislador, tendo o dever jurídico de atuar, abstenha-se inteiramente de fazê-lo, deixando um vazio normativo na matéria, hipótese em que restarão possíveis três formas de atuação jurisdicional: a) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente; b) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la e c) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a regra faltante.

Por seu turno, a omissão parcial também comportaria três linhas possíveis de atuação judicial: a) a declaração de inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; c) a extensão do benefício à categoria dele excluída.

5.3. Inconstitucionalidade total e parcial, direta e indireta, originária e superveniente

Também na arguta lição de Luis Roberto Barroso (*Op. cit.*, p. 39-41), haverá inconstitucionalidade total quando acolher na íntegra do texto impugnado e parcial quando recair sobre apenas um ou vários dispositivos, ou sobre fração de um deles, inclusive uma única palavra, sendo que, em regra, a primeira se verifica nos casos de vícios de forma, e a segunda, nos casos de inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade direta, por sua vez, dar-se-ia quando houvesse entre o ato impugnado e a Constituição uma antinomia frontal, imediata, ao passo que seria indireta nas hipóteses que contrastariam com a lei antes de contrastar com a Constituição.

Por último dar-se-ia inconstitucionalidade originária, quando do ingresso da norma no mundo jurídico, e superveniente, quando o conflito resultar de uma nova constituição ou emenda.

6. Modalidades de controle de inconstitucionalidade

Segundo Luis Roberto Barroso, são três os grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: o americano, o austríaco e o francês, sendo possível sistematizar suas principais características por meio da análise de aspectos subjetivos, objetivos e processuais.

Para tanto, propõe a seguinte classificação: a) Quanto à natureza do órgão de controle – controle político e controle judicial; b) Quanto ao momento de exercício do controle – controle preventivo e controle repressivo; c) Quanto ao órgão judicial que exerce o controle – controle difuso e controle concentrado; d) Quanto à forma ou modo de controle judicial – controle por via incidental e controle por via principal ou ação direta.

6.1. Controle político e controle judicial

Por este critério leva-se em consideração a natureza do órgão que realiza o controle, sendo que a expressão “controle político” sugere o exercício de fiscalização de constitucionalidade de órgão que tenha essa natureza, como ocorre com o Poder Legislativo, Poder Executivo e Tribunais de Contas.

Por isso, Luis Roberto Barroso salienta que o modelo francês normalmente é indicado como arquétipo deste tipo de controle, embora entenda ser mais apropriada chamá-lo de “controle *não judicial*”. Veja-se:

A expressão controle *político* sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão que não tenha essa natureza, normalmente ligado de modo direto ao Parlamento. Essa modalidade de controle costuma ser associada à experiência constitucional francesa. [...] Embora o modelo francês seja frequentemente referido como o arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis, afigura-se mais apropriada à designação de controle *não judicial* (*Op. cit.*, p. 42-43).

Logo em seguida arremata:

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial – isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma –, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político

da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo – e.g., o veto de uma lei por inconstitucionalidade – como no do Poder Legislativo – e. g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa por inconstitucionalidade (*Op. cit.*, p. 43).

Por seu turno o controle judicial de constitucionalidade, consoante pondera Barroso, tem origem no direito norte-americano, e restou consolidado a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, que consagrou a lógica da *supremacia constitucional* (entrega ao Judiciário a função interprete qualificado e final) e da *judicial review* (ao enunciar que a Constituição é lei suprema de modo que qualquer lei que com ela for incompatível é nula). Referido modelo, após ingressar na Europa com a Constituição Austríaca de 1920, com a concepção peculiar de Hans Kelsen – os tribunais constitucionais –, expandiu-se notavelmente na Europa continental.

Para Luis Roberto Barroso, portanto, “no Brasil vigora o controle judicial, em um sistema eclético que combina elementos do modelo americano e do europeu continental” (*Op. cit.*, p. 44).

6.2. Controle preventivo e controle repressivo

O controle de constitucionalidade também pode ser classificado em relação ao momento de sua realização, levando em consideração o ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico, podendo ser, destarte, preventivo ou repressivo.

O controle preventivo visa impedir que alguma norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico, ao passo que o controle repressivo busca expulsar do ordenamento jurídico a norma editada em desrespeito à Constituição.

O *controle político preventivo* é realizado normalmente pelos poderes Legislativo e Executivo, durante o processo legislativo de formação do ato normativo e antes do projeto de lei ingressar no ordenamento jurídico. Como exemplos podem ser mencionados a análise da constitucionalidade dos projetos de leis e demais espécies normativas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, o veto por inconstitucionalidade (veto jurídico) por parte do chefe do Executivo e a análise das razões do veto pelo Legislativo.

Neste tema, merece dividir, ainda, que o veto poderá ter por fundamento a contrariedade ao interesse público, sendo, nesse caso, também conhecido como veto político. Por sua vez, o *controle repressivo político* pode ocorrer quando o Poder Legislativo, por decreto legislativo, susta os atos emanados do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação (art. 49, V, da CF/88). Também pode ser mencionada a possibilidade de o Senado Federal suspender a execução, em todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo STF em controle de constitucionalidade difuso, assim como a análise do juízo prévio da constitucionalidade das Medidas Provisórias pelo Legislativo respectivo (art. 49, V, da CF/88). Outro exemplo a ser destacado trata-se da possibilidade do Tribunal de Contas da União (TCU) reconhecer a in-

constitucionalidade de atos do Poder Público na forma da Súmula 347⁵ do STF.

Ademais, a doutrina elenca outras hipóteses de controle repressivo político, tais como: a possibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade pelo Chefe do Poder Executivo e Mesa Diretora do Poder Legislativo; e a revogação de lei ou ato normativo tido por inconstitucional por meio de projeto de iniciativa tanto do chefe do poder Executivo ou do Legislativo (parlamentar, comissão ou mesa diretora) etc.

O *controle judicial preventivo*, por sua vez, somente poderá ocorrer em casos excepcionais, como por exemplo, o controle de Proposição de Emenda Constitucional, quando o projeto tender a abolir/violar a cláusula pétrea descrita no art. 60, §4º da CF/88 ou o controle no que se refere ao devido processo legislativo (CF, arts. 59 a 69), visando coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo⁶.

Já o *controle de constitucionalidade repressivo* será realizado sobre a lei e não mais sobre o projeto de lei, após o término de seu processo legislativo e ingresso no ordenamento jurídico.

6.3. Controle concentrado e controle difuso

Existem dois sistemas ou métodos de controle judiciário de constitucionalidade repressivo: o controle concentrado (abstrato ou reservado ou de via de ação) e o controle difuso (concreto ou aberto ou de via de exceção).

Quanto ao controle difuso ou concreto, que é exercido por qualquer juiz ou tribunal, todas as esferas normativas (leis ou atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais) estão sujeitas a ele, respeitada a competência do órgão jurisdicional, evidentemente. Também conhecido como controle por via de exceção, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição. Na via de exce-

⁵ O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

⁶ CONSTITUCIONAL. PODER LEGISLATIVO: ATOS: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTARES. I. – O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. II. – Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (*leading case*) (RTJ 99/1031); MS 20.452/DF, Ministro Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, Ministro Celso de Mello, "D.J." de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Ministro Maurício Corrêa, "D.J." de 08.8.2003; MS 24.576/DF, Ministra Ellen Gracie, "D.J." de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, "D.J." de 12.9.2003. III. – Agravo não provido. (MS 24667 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2003, DJ 23-04-2004 PP-00008 EMENT VOL-02148-04 PP-00714).

ção, a pronúncia do Judiciário sobre a inconstitucionalidade não é feita como manifestação sobre o objeto principal da lide, mas, sim, sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Por isso é conhecido também como *controle incidental*. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento de lei ou ato normativo produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, este ato normativo ou lei permanece válido no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Assim, o controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. A declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação.

Em contrapartida a esta espécie de controle difuso, temos o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, em que se procura obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando à obtenção da invalidação da lei, como garantia da segurança das relações jurídicas que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade é, pois, o objeto principal da ação.

No Brasil, temos as seguintes espécies de controle concentrado de constitucionalidade contempladas pela Carta Política de 1988: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIn (art. 102, I, “a”, CF/88); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva (art. 36, III, CF/88); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIN por Omissão (art. 103, § 2º); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC (art. 102, I, a, in fine, CF/88); e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, CF/88).

Finalmente, é preciso mencionar que o controle abstrato de constitucionalidade, a princípio e regra geral, exige que os atos normativos contestados sejam dotados de abstração e generalidade, excluindo-se, via de consequência, as leis e demais atos normativos de efeitos individuais e concretos.

No entanto, após severas críticas doutrinárias⁷, o STF, mais recentemente, vem revisitando esse tema para consignar algumas particularidades, relegando o entendimento apenas aos atos normativos de natureza infralegal⁸.

⁷ Por todos confira as ponderações tecidas por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martins Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, na obra coletiva *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1060-1063.

⁸ [...] 1. A lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade, devido a que se trata de ato de aplicação primária da Constituição. Para esse tipo de controle, exige-se densidade normativa apenas para o ato de natureza infralegal. Precedente: ADI 4.048-MC. 2. Medida provisória que abre crédito extraordinário não se exaure no ato de sua primeira aplicação. Ela somente se exaure ao final do exercício financeiro para o qual foi aberto o crédito extraordinário nela referido. Hipótese em que a abertura do crédito se deu nos últimos quatro meses do exercício, projetando-se, nos limites de seus saldos, para o orçamento do exercício financeiro subsequente (§ 2º do art. 167 da CF). (...) 5. Medida cautelar deferida. (ADI 4049 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-02 PP-00187).

O controle da constitucionalidade da norma municipal – análise da causa de pedir

Receidas estas considerações propeedeuticas acerca dos pressupostos essenciais do controle de constitucionalidade e demais considerações tidas por relevantes, dedicar-se-á à análise das particularidades que envolvem o controle estadual de constitucionalidade da norma municipal, contrastada em face do texto da Constituição do Estado-Membro.

7. Jurisdição constitucional no âmbito do Estado-membro

Também há que se ter em mente que no estado federal, a jurisdição constitucional do Estado-Membro mereceu expressa previsão na Carta da República de 1988, ao consagrar no art. 125, §2º a previsão de que compete “ao Estado a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

Trata-se, na verdade, de reconhecimento genuíno da jurisdição constitucional, no âmbito da unidade federada, ao expressamente reconhecer o poder de disciplinar a defesa judicial da Carta Maior.

Por outro lado, em que pese não restar expresso no texto, é certo que o Distrito Federal também tem competência para instituir mecanismo de proteção de sua Lei Orgânica Distrital.

É de se ver, portanto, que as leis estaduais, distritais e municipais se sujeitam aos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, denotando a existência de verdadeira supremacia da Constituição Estadual.

Neste sentido, vale transcrever excerto do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, proferido em sede da Reclamação nº 10500 MC/SP⁹:

[...]

Impende assinalar, neste ponto, por necessário, que o processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, instaurável perante os Tribunais de Justiça locais, somente pode ter por objeto leis ou atos normativos municipais, estaduais ou distritais, desde que contestados em face da própria Constituição do Estado-membro (ou, quando for o caso, da Lei Orgânica do Distrito Federal), que representa, nesse contexto, o único parâmetro de controle admitido pela Constituição da República, cujo art. 125, § 2º, assim dispõe:

“Art. 125 [...].

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual [...].” [grifei].

O que se revela essencial reconhecer, em tema de controle abstrato de constitucionalidade, quando instaurado perante os Tribunais de Justiça dos Estados-membros ou do

⁹ STF – Informativo nº 606, de 25 a 29 de outubro de 2010, transcrições. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>. Acessado em 04 de março de 2011.

Distrito Federal e Territórios, e que o *único* instrumento normativo *revestido de parâmetricidade*, para esse específico efeito, *é, somente, a Constituição estadual* ou, quando for o caso, a Lei Orgânica do Distrito Federal, *jamaiz*, porém, *a própria* Constituição da República.

Como se vê, a jurisdição constitucional do Estado-membro, plasmando no princípio da Supremacia da Lei Maior Estadual, resta sobejamente explicitada no Texto Constitucional e conta com o beneplácito do magistério doutrinário e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

8. A norma municipal e o controle abstrato de constitucionalidade

Segundo leciona Kildare Gonçalves Carvalho, e consoante ressaltado alhures, o sistema federativo brasileiro propiciou aos entes federativos, em especial ao ente Estadual, a instituição em favor deste modelo de controle de constitucionalidade, pelo Poder Judiciário, que poderá ser exercido de forma difusa e concentrada (CARVALHO, 2008, p. 529).

Esta possibilidade, aliás, como visto no capítulo anterior, restou expressa na Constituição Federal de 1988, nos artigos 25 e 125, ao deferir aos Estados-membros não só a competência de auto-organização, mas também a de instituir mecanismos de controle da compatibilidade dos atos normativos estaduais e municipais em face de suas constituições, observados os princípios estabelecidos na Carta da República, *in verbis*:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Art. 125. Os Estados organizaram sua justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

O Supremo Tribunal Federal, em vários precedentes reforça a disposição constitucional. Veja-se:

O poder constituinte outorgado aos Estados-Membros sofre as limitações jurídicas impostas pela Constituição da República. Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF, art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela Constituição Federal, pois é nessa que

O controle da constitucionalidade da norma municipal – análise da causa de pedir

reside o núcleo de emanção (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação¹⁰.

Com efeito, é fácil perceber que não somente as leis e demais atos normativos estaduais, mas também as leis ou atos normais municipais estão sujeitas aos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Destacando-se que, no plano estadual, o controle pode ainda ser político, preventivo e repressivo¹¹.

O controle difuso, no caso em análise, é endereçado aos órgãos judiciários (tribunais estaduais e juízes) que poderão, de forma incidental, analisar a compatibilidade da norma estadual ou municipal em face da Constitucional Federal ou do Estado-Membro, visando à preservação da supremacia destas Cartas.

Sobre o controle difuso ou americano e o sistema concentrado ou austríaco são lapidares os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho:

No *sistema difuso* a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial.

[...]

Chama-se *sistema concentrado* porque a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros. Este tipo comporta uma grande variedade de subtipos: o órgão competente para a fiscalização tanto pode ser um órgão de jurisdição ordinária (ex.: Tribunal Supremo) ou um órgão especialmente criado para o efeito (ex.: um Tribunal Constitucional) (CANOTILHO, 2003, pp. 898-899).

Luis Roberto Barroso salienta que, por tratar-se de atribuição afeta ao desempenho normal da função jurisdicional, “qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição” (*Op. cit.*, p. 94).

O controle concentrado ou abstrato das leis e atos normativos estaduais e municipais, no sistema brasileiro, é reservado ao Tribunal de Justiça local, tendo como parâmetro apenas a Constituição do Estado-Membro.

Isso porque existe uma verdadeira supremacia da Constituição Estadual, sendo sua custódia franqueada à Corte Estadual, que, nesta parte, detém o monopólio da jurisdição constitucional.

O professor e desembargador Kildare Gonçalves Carvalho (*Op. cit.*, p. 531) explica que a limitação da infringência pela lei estadual, distrital e municipal ao texto da Constituição estadual, no que se refere ao controle abstrato, tem sua razão de ser. Do

¹⁰ ADI 507, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-2-96, Plenário, DJ de 8-8-03. No mesmo sentido: ADI 2.113, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-3-09, Plenário, DJE de 21-8-09.

¹¹ Ver itens 1.4, 14.1, 1.4.2, infra.

contrário, o próprio Supremo Tribunal Federal ficaria vinculado a acatar o julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça local que pronunciou a inconstitucionalidade de lei municipal, por violação do texto da Constituição Federal, mesmo nos casos específicos que lhe chegassem por meio do recurso extremo, circunstância em que poderia redundar em manifesto obstáculo ao exercício do papel de guardião da Constituição da República.

Finalmente, vale registrar a ponderação de Luis Roberto Barroso de que no sistema concebido pelo constituinte originário não se admite a atribuição ao Tribunal de Justiça dos Estados competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual e, muito menos, de lei municipal em face da Constituição Federal.

9. A causa de pedir como parâmetro do controle estadual

Conforme analisado acima, os Estados-Membros têm competência para o controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição do Estado-Membro.

Para o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Justiça, no controle abstrato de constitucionalidade, restringe-se à análise da ação direta, cuja causa de pedir esteja relacionada com o parâmetro de constitucionalidade estadual. Veja-se:

Competência – Ação direta de inconstitucionalidade – Lei municipal contestada em face da Carta do Estado, no que repete preceito da Constituição Federal. O § 2º do artigo 125 do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República. Precedentes: Reclamação n. 383/SP e Agravo Regimental na Reclamação n. 425, relatados pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, com acórdãos publicados nos Diários de Justiça de 21 de maio de 1993 e 22 de outubro de 1993, respectivamente.¹² (g. n.)

Entretanto, analisando questão pertinente ao tema o ilustre Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Herculano Rodrigues, relator da ADI 1.0000.09.507908-3/000¹³, resolveu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, em ação que questiona a constitucionalidade do 13º subsídio a agentes políticos municipal, nos seguintes termos:

¹² RE 199.293, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19-5-04, DJ de 6-8-04.

¹³ TJMG – ADI 1.0000.09.507.908-3/000, Rel. Des. Herculano Rodrigues, p. 21/02/2011. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/index.jsp. Acessado em 04 de março de 2011.

Rejeito, contudo, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em relação à declaração de inconstitucionalidade das normas municipais que cuidam do pagamento do décimo terceiro subsídio aos agentes políticos eletivos do Município – alterando, nesse passo, o entendimento que vinha externando nos julgamentos de ações análogas a esta, para aderir à orientação majoritária deste Colegiado, que identifica a presença na Constituição Estadual de normas de repetição da Constituição da República no tocante ao objeto desta representação, mais especificamente nos artigos 24, 31 e 165, § 1.º da Carta Estadual.

Em outras ocasiões, ao apreciar ações diretas de inconstitucionalidade de teor idêntico ao desta, vinha sistematicamente registrando que o Supremo Tribunal Federal, apreciando liminar em Reclamação, decidiu pela suspensão de ação direta de inconstitucionalidade análoga a esta (ADI n.º 1.0000.08.486655-7/000), que tramitava neste Sodalício, cassando a medida cautelar concedida naquele feito pelo eminente Relator, o ilustre Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, por não vislumbrar o alegado confronto com a Constituição Estadual.

De fato, na esteira do entendimento externado na mencionada Reclamação, vinha assinalando que não vislumbrava na Constituição Mineira norma, propriamente, de repetição ou análoga àquela prevista nos artigos 29, V e VI, e 39, § 4.º, da Constituição da República, que vedam, no âmbito federal, a percepção das gratificações a adicionais refferidos na inicial pelos agentes políticos, detentores de cargos eletivos.

Enfatizava que não se tratava de confronto entre a lei *municipal* e norma reproduzida, ainda que obrigatoriamente, na Constituição Estadual. O que se pretendia é que esse confronto se fizesse por intermédio das normas da Carta Estadual que proclamam, genericamente, a necessidade de observância dos preceitos da Constituição da República.

Outrossim, a representação não estaria a propor sequer um confronto entre as normas municipais e um dispositivo determinado da Constituição Mineira que faça remissão específica à adoção, acerca da matéria, da disciplina contida na Constituição da República.

O confronto proposto na representação, ao menos no que diz respeito aos aludidos dispositivos constitucionais, seria entre a lei *municipal* e a Constituição Federal, o que estaria – conforme vinha decidindo – a afastar a competência deste Tribunal, em sede de ação direta.

Argumentava que admitir a competência deste Tribunal para o controle de constitucionalidade de normas municipais em face da simples remissão feita na Constituição Mineira à necessidade de observância dos preceitos do Texto do Estado à Constituição Federal, implicaria na inobservância de uma das condições da ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais, qual seja a possibilidade jurídica do pedido.

Não obstante, conforme já assinalado, tenho, sistematicamente, ficado vencido nessa matéria, visto que a maioria dos ilustres componentes desta Corte entende possível o exercício do controle de constitucionalidade proposto, identificando na Constituição Estadual normas – referidas na representação – que repetem regras da Constituição Federal, ou, ainda, por se tratarem as normas da Constituição Federal invocadas na inicial de “normas dirigentes”, que repercutem nos âmbitos estadual e *municipal* e vinculam os demais entes. São, nesse passo, preceitos de observância obrigatória nas Constituições Estaduais.

Assim, estou aderindo à orientação da maioria e, portanto, rejeitando a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Como se vê, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem afastado a impossibilidade jurídica do pedido, quando vislumbradas, na Constituição Estadual, normas que repetem regras da Constituição Federal que repercutem nos âmbitos estadual e municipal.

Diante disso, para melhor análise da premissa posta no entendimento da egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais faz-se necessário tecer consideração mais abrangente acerca do controle estadual em normas repetidas, remissivas, de reprodução obrigatória e de “preordenação”.

10. Normas constitucionais repetidas (de imitação), remissivas, de reprodução obrigatória e de preordenação

Sobre o assunto é conveniente ponderar que a questão crucial que se coloca é a seguinte: o Tribunal de Justiça pode ou não processar e julgar representação de inconstitucionalidade de norma estadual e municipal em face da Constituição Estadual, quando o texto contestado decorrer de mera reprodução da Constituição Federal?

Segundo pondera a melhor doutrina, com destaque a de Kildare Gonçalves Carvalho (*Op. cit*, p. 534-535), e, posteriormente ratificado pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal¹⁴, admite-se o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, no âmbito estadual, contra lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face da Constituição do Estado-Membro, quer se trate de norma de repetição (imitação) ou de reprodução obrigatória.

Como exemplo de normas de observância obrigatória, o professor Kildare, tendo em mira o conteúdo das normas, cita os *princípios constitucionais sensíveis* (art. 34, VII, *a* até *d*) e os *princípios constitucionais estabelecidos* (contidos no texto constitucional de maneira dispersa, o que demanda pesquisa e interpretação no conjunto) e as *normas de preordenação* que incidem sobre o poder de auto-organização dos Estados-Membros (*Op. cit*, p. 534).

Confira, a propósito, a ementa do acórdão da Reclamação 383-3 SP:

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. – Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente¹⁵.

¹⁴ Confira RCL 370, Rel. Min. Octavio Gallotti e RCL 383, Rel. Min. Moreira Alves.

¹⁵ Rcl 383-SP, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 11/06/1992, DJ

Também já restou assentado que nem mesmo a omissão no texto da Constituição Estadual da norma federal de reprodução obrigatória tem o condão de afastar a análise da constitucionalidade pelo tribunal estadual:

A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra Lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o artigo 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória¹⁶.

Em análise recente no âmbito da Reclamação 10500 MC/SP¹⁷, o douto Ministro Celso de Mello, quanto ao caráter de normas remissivas, teve a oportunidade de deixar ressaltada a possibilidade de controle estadual, ainda que se trate de mera remissão normativa:

[...]

Vale mencionar, neste ponto, que esta Suprema Corte também tem admitido, como parâmetro de confronto, para os fins a que alude o art. 125, § 2º, da Constituição da República, a referência constante de dispositivos, que, inscritos no texto da Constituição estadual, limitam-se a fazer mera remissão normativa a regras positivadas na Constituição Federal, como se vê, p. ex., de decisão que está assim ementada:

[...] *A questão da parametricidade das cláusulas constitucionais estaduais, de caráter remissivo, para fins de controle concentrado, no âmbito do Tribunal de Justiça local, de leis e atos normativos estaduais e/ou municipais contestados em face da Constituição Estadual.*

Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro.

Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o ‘corpus’ constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo. [...]”. (ADPF 100-MC/TO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 532/2008).

Cabe destacar, ainda, por extremamente relevante, fragmento da decisão proferida pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, que, ao julgar a Rcl 4.432/TO, reafirmou a legitimidade da utilização, no plano local, da técnica das normas remissivas, salientando, então, a esse propósi-

¹⁶ RE 598.016-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 20-10-09, 2ª Turma, DJE de 13-11-09.

¹⁷ STF – Informativo nº 606, de 25 a 29 de outubro de 2010, transcrições.

to, em sentido idêntico ao deste ato decisório, que “[...] as normas *pertencentes* à Constituição estadual, *que remetem* à disciplina de determinada matéria na Constituição Federal, *podem servir* de parâmetro de controle abstrato de Constitucionalidade no âmbito estadual” (Rcl 4.432/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei).

Vê-se, portanto, admitida a legitimidade da utilização, na espécie, como padrão de confronto, das normas constitucionais estaduais de conteúdo remissivo (Constituição Paulista, art. 1º), para efeito de instauração, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de processo objetivo de fiscalização abstrata, que as razões invocadas no ato ora reclamado revelam-se em conformidade com a orientação firmada por esta Suprema Corte, inviabilizando-se, desse modo, o acesso à via reclamatória.

Sendo assim, em face das razões expostas, e por inócua, na espécie, qualquer situação de usurpação da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento, por inadmissível, à presente reclamação, restando prejudicado, em consequência, o exame do pedido de medida cautelar.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, confirmou a possibilidade jurídica do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nos casos de normas constantes das Cartas Estaduais que repetem, fazem remissão ou que reproduzem preceitos da Constituição Federal, ressalvando, entretanto, o cabimento do recurso extraordinário; isto é, “reservou para si, assim, o poder de verificar se a interpretação dada à norma constitucional estadual contraia o sentido e alcance da Constituição Federal” (BARROSO, 2009, p. 158-159).

11. Controle de constitucionalidade das leis e atos normativos locais em face da lei orgânica municipal

A doutrina mais autorizada, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal, já tiveram a oportunidade de se manifestar no sentido da impossibilidade de promover o controle de constitucionalidade da lei local tendo como parâmetro a Lei Orgânica Municipal; muito embora, alguns reconheçam nesta uma verdadeira “Constituição do Município” devendo eventual controvérsia ser dirimida no plano da ilegalidade.

Neste sentido, é a lição de Kildare Gonçalves Carvalho:

E em se tratando de lei municipal contrastada em face da lei orgânica de Município, também não se admite o controle concentrado, posto inexistir previsão constitucional expressa quanto a considerar a lei orgânica como parâmetro do controle abstrato de constitucionalidade, resolvendo-se a questão no âmbito da ilegalidade (*Op. cit.*, p. 533).

Pedro Lenza, assim se manifesta:

6.7.1.11.6. Lei municipal em face da Lei Orgânica do Município

Neste caso não estaremos diante de controle de Constitucionalidade, mas de simples controle de *legalidade*, cujas regras deverão ser explicitamente previstas na Lei Orgânica de cada Município. No mais, lembramos que a Constituição Federal e, por exemplo, a do Estado de São Paulo nada dispuseram sobre o assunto (*Op. cit.*, p. 215).

Na realidade, alguns doutrinadores, a exemplo de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, desconhecem serem as leis orgânicas originadas do Poder Constituinte Derivado Decorrente, qualificando-as como produtos de “mera elaboração legislativa da Câmara de Vereadores” (ARAÚJO & NUNES JUNIOR, 2006, p. 299).

Por isso, eventual inobservância do dever jurídico de subordinação normativa da lei com o texto da Lei Orgânica Municipal deve ser resolvida sob a premissa da legalidade e não da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, como ocorre com as chamadas *crises de legalidade*¹⁸ das demais espécies legislativas.

12. Conclusão

De tudo que aqui foi exposto, é possível concluir que a Constituição da República deixou patente que os municípios foram alçados à condição de entes da Federação, dotados de autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, o que materializa uma das peculiaridades do federalismo brasileiro. Também se revela como particularidade da nossa organização federativa o fato de os municípios, embora entes federados, não terem um judiciário próprio.

Verifica-se, ainda, que a matéria relativa ao controle de constitucionalidade constitui um dos aspectos centrais das relações travadas entre os poderes constituídos, em especial entre o Legislativo e Judiciário, revelando, por conseguinte, a tensão que se estabelece entre democracia e constitucionalismo.

Neste sentido, uma medida legislativa instituída pela instância de representação plural da sociedade, o Legislativo, pode vir a ser impugnada pelos interessados legitimados e revista pelo Judiciário, seja no controle difuso ou concentrado, caso referida medida afronte a Constituição Federal ou a Carta Estadual do Estado-Membro. Isso porque no regime republicano, a democracia não se esgota na regra da maioria, que há de impor sua vontade desde que observados os limites tracejados no ordenamento constitucional.

Deste modo as disposições da Constituição da República que materializam uma projeção do princípio da separação dos poderes são de observância obrigatória pelos demais entes da federação.

Finalmente, à vista da orientação legal, doutrinária e jurisprudencial colacionada no presente trabalho, é possível responder os questionamentos formulados, nos seguintes termos:

¹⁸ STF – Pleno – Adin nº 264 (AgRg)/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 152/352-357.

1 – O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e demais atos normativos municipais pode ocorrer no plano difuso ou concentrado, sendo que no primeiro é feito de maneira incidental por juízes e tribunais (*judicial review*) e, no segundo, é reservado ao Tribunal de Justiça, tendo como parâmetro as normas e demais regramentos descritos na Constituição do Estado-Membro.

2 – No controle concentrado, segundo orientação do STF, pode o Tribunal de Justiça promover o controle de constitucionalidade da norma estadual ou municipal, mesmo que o dispositivo tomado como parâmetro na Carta Estadual seja objeto de mera repetição ou reprodução da Carta da República, ressalvando, entretanto, o cabimento de recurso extraordinário, que representa, na verdade, o poder de verificar se a interpretação dada à norma constitucional estadual contraria o sentido e alcance da Constituição Federal.

Também já restou assentado que o controle pode ocorrer mesmo que haja omissão no texto da Constituição Estadual da norma federal de reprodução obrigatória, conforme decidido no RE 598.016-AgR, 2ª turma, DJE de 13-11-09, da relatoria do Ministro Eros Roberto Grau. Ademais, quando o Tribunal de Justiça competente para promover o controle abstrato da constitucionalidade da norma municipal impugnada se convencer da inconstitucionalidade do dispositivo da Carta Estadual havido como parâmetro, deverá declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo paradigma e julgar extinta ou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, conforme o caso.

Finalmente, verificou-se que no entendimento da doutrina e jurisprudência mais autorizadas não cabe controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal em face de lei orgânica municipal, por falta de parâmetro constitucional válido. Eventual controle, neste caso, somente pode ocorrer no plano difuso, em controle de legalidade.

Referências

ARAÚJO, Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6ª reimpressão. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo*. 13 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO, José Carvalho dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KILDARE, Gonçalves Carvalho. *Direito Constitucional*. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Método, 2007.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. vol. I. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito Constitucional Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos do Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de constitucionalidade das leis municipais*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16 ed. São Paulo: Renovar, 2009.

<http://www.tjmg.jus.br>

<http://www.presidencia.gov.br>

<http://www.stf.jus.br>

A teoria dos princípios, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana

The theory of principles, fundamental rights and human dignity

Juliana Ferreira Hodniki

Advogada. Bacharela em Direito e Licenciada em Letras, ambos pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. e-mail: nikhodd@yahoo.com.br

Victor Alves Pereira

Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia. Advogado. Bacharel em Direito e Administração, ambos pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal de Uberlândia. e-mail: victorapereira@msn.com

Resumo: O presente trabalho aborda a teoria dos princípios apoiada nos direitos fundamentais, notadamente, na dignidade da pessoa humana. Para tanto, foi feita uma contextualização sobre os princípios, diferenciando-os das regras e destacando-se os pontos fundamentais do pensamento de Robert Alexy. Em seguida, fez-se uma breve análise da evolução histórica dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, para se chegar à conclusão da importância de se conjugar os princípios com os direitos fundamentais, a fim de se pautar na dignidade da pessoa humana diante de conflitos principiológicos, para que as decisões alcancem elevado grau de justiça. O conhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana e a importância da estrutura desses direitos para a estruturação do ordenamento jurídico atual são os arca-bouços para a fundamentação do presente estudo. Dentro de um contexto histórico jurídico, passa-se a entender as causas que deram razão e que desenvolveram no pensamento jurídico a extensa gama de doutrina elaborada ao longo dos anos acerca dos direitos fundamentais. O trabalho sustentou-se em estudos bibliográficos, de método dedutivo, norteados pelas etapas investigativas teórica e analítica, objetivando, assim, apresentar a relevância do tema para o sistema jurídico.

Palavras-chave: princípios; regras; conflitos; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana.

Abstract: This essay discusses the theory of the principles supported in fundamental rights, especially in human dignity. To this end, a contextualization on the principles was performed, differentiating them from the rules and highlighting the key points of the thought by Robert Alexy. Then, we made a brief analysis on the historical evolution of fundamental rights and the dignity of the human person, to reach the conclusion of the importance of combining principles with fundamental rights, so as to be guided by the dignity of the human person before principle conflicts, so that the decisions achieve high degree of justice. The knowledge of the inherent rights of the human person and the importance of these rights structure for the structuring of current law are the frameworks for the basis of this present study. Within a historical-legal context, we are able to understand the causes that gave reason and developed, in

the legal thought, the wide range of doctrine developed over the years about fundamental rights. The essay is supported by a bibliographical study, of deductive method, guided by theoretical and analytic investigative stages, aiming therefore to show the relevance of the theme for the legal system.

Keywords: principles; rules; conflict; fundamental rights; human dignity.

1. Introdução

Os princípios são diretrizes abstratas presentes em todo o sistema jurídico, guiando os operadores do Direito tanto na interpretação quanto aplicação das normas jurídicas.

O sistema jurídico não é completo como defende o positivismo jurídico, segundo o qual sempre haveria elementos no próprio sistema que solucionassem suas antinomias. Assim, na legislação brasileira, a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”.

É unânime o entendimento entre os doutrinadores que os princípios gerais de Direito funcionam como fontes secundárias prontas a superar as lacunas do ordenamento jurídico. Dessa maneira, em uma situação fática o jurista deve buscar em primeiro plano a lei, e se essa não oferecer a solução, deve buscar em seguida a analogia ou o costume, e ainda, na ausência desses, recorrer-se aos princípios gerais de Direito.

Entretanto, conferir aos princípios gerais de Direito o papel de completude do Direito, atribuindo-lhe única e exclusivamente a tarefa de integração do sistema, é insuficiente para todas as características inerentes ao termo “princípios”, pois esses têm distintas funções que envolvem outros aspectos.

Apesar de alguns autores tratarem os princípios gerais de Direito como todo e qualquer princípio apto a superar lacunas, há aqueles que acreditam na diversidade da concepção do termo princípios:

Aliás, o conceito de princípios gerais do direito, na forma incorporada pelos diversos ordenamentos, como critério de integração do sistema, se mostra de pouca ou nenhuma utilidade diante da amplitude que o conceito de princípios tem tomado no debate jurídico contemporâneo. Muitos dos chamados princípios gerais do direito condensam pautas valorativas, que foram, em certa medida, incorporadas explicitamente aos ordenamentos e que serão levadas em consideração na decisão de problemas concretos, independentemente da verificação ou não de lacunas (SANTOS, 2004, p. 7).

Peixinho (2000, p. 104-105) entende ser desarrazoada a identificação dos princípios gerais de Direito com os princípios constitucionais, pois, segundo o autor, esses podem tratar de matéria diversa da noção de princípio geral, “como é o caso dos princípios setoriais da área econômica, da administração pública, como os da publicidade e da legalidade.”

Dessa forma, achar um conceito único e geral para o termo princípio constitui uma tarefa de difícil concreção, pois são vários os conceitos adotados pelos doutrinadores. Na tentativa de achar uma melhor compreensão do termo princípios, elege-se a engenhosa definição:

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam (CARRAZA, 1997, p. 31).

Tal conceito ao menos é aceito pela maioria da doutrina, pois há o entendimento de que os princípios ocupam uma posição preeminente no sistema jurídico. E assim como ressalta Góes (2004), não existe a pretensão de se esgotar a definição de princípio, pois o seu conceito é inesgotável. O que se pretende é traçar a ideia do significado do princípio para o Direito e sua função dentro do binômio interpretação-aplicação.

Nessa perspectiva, a autora ressalta a importância de os princípios antecederem a qualquer atividade judicial, pois o juiz, primeiramente, por meio deles, deve pensar sobre o caso concreto e somente em seguida interpretar o enunciado jurídico, isto é, quando já tiver toda a principiologia evidenciada, analisar-se-á o sentido da norma jurídica.

Outra questão suscitada na seara dos princípios diz respeito à sua classificação em implícitos e explícitos, o que já é pacífico na doutrina a existência dos princípios implícitos no ordenamento jurídico brasileiro:

Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, e sem pretender enveredar por discussão filosófica acerca de positivismo e jusnaturalismo, tem-se, aqui, como fora de dúvida que estes bens sociais supremos existem fora e acima das regras legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e se encontram em permanente mutação (BARROSO, 1993, p. 285-286).

Em seu art. 5º, a Carta Magna brasileira elenca expressamente o princípio do devido processo legal, o da legalidade, o da igualdade, dentre outros. Já entre os princípios implícitos, ou seja, que podem ser deduzidos do texto legal, encontra-se, por exemplo, o princípio da proporcionalidade.

Diante da relevância dos princípios no ordenamento jurídico, importante destacar alguns critérios que os distinguem das regras, demonstrar sua constante presença quando se trata de direitos fundamentais, notadamente quando se tem a presença do princípio informador da dignidade da pessoa humana.

2. *Princípios e regras*

São várias as propostas de critérios para a distinção entre os princípios e as regras. Nas lições de Robert Alexy (1985, *apud* GUERRA FILHO, 2005) para se estabelecer esta diferenciação, a principal distinção é o traço da generalidade, asseverando que os princípios têm alto grau de generalidade, enquanto as regras são de baixo grau de generalidade.

O sistema jurídico é um sistema normativo aberto com regras e princípios na nobre concepção de Canotilho (1993). Essa distinção é pautada na ideia de ser a norma, o gênero, e as regras e os princípios, as espécies.

Para referido autor, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, e as regras têm sua abstração reduzida. Além do mais, pelo fato de os princípios serem vagos e indeterminados, estes necessitam de intervenções que os concretizem, enquanto as regras, devido à sua precisão, podem ser aplicadas diretamente.

A existência de regras e princípios possibilita a compreensão do Direito Constitucional como um sistema aberto, uma vez que se o sistema jurídico fosse apenas formado por regras, estaria restrito a um sistema fechado e, portanto, impedido de abranger novas situações.

E ainda, se somente fossem adotados os princípios, o sistema seria totalmente indeterminado e mostrar-se-ia falho de segurança jurídica, já que não haveria regras precisas. Assim, em virtude da impossibilidade de se constituir um sistema formulado apenas com princípios ou apenas com regras, é que se sugere o sistema formado por regras e princípios.

É nesse sentido que se pretende demonstrar os postulados principiológicos formulados por Ronald Dworkin (1978, *apud* GOÉS, 2004) e Robert Alexy (1985, *apud* GUERRA FILHO, 2005), na busca de uma teoria dos princípios, de fundamental importância para a efetividade da aplicação da justiça.

2.1. *Ronald Dworkin*

A primeira tese debatida e rejeitada por Ronald Dworkin foi a do positivismo, referente à existência apenas das regras explicitamente presentes no ordenamento jurídico, como forma de aplicação do Direito.

Foi assim, criticando o positivismo, que se transportou a ideia de que os juízes interpretam o sistema jurídico não somente guiados pelas regras como também pelos princípios. Mas também Ronald Dworkin preocupou-se em diferenciar os princípios das diretrizes.¹

Os princípios abrangeriam a busca de justiça, enquanto as diretrizes consistiriam nos objetivos almejados no âmbito político, social e econômico. Mesmo assim, não afastou a possibilidade de ambos confundirem-se.

¹ Segundo Góes (2004), na linguagem de Ronald Dworkin as diretrizes são chamadas de *policies* e estão presentes assim como os princípios nas decisões judiciais.

Ronald Dworkin avança na temática das regras e princípios, pois estabelece uma diferenciação lógica, na qual, no conflito de regras, elas são válidas ou não são, enquanto os princípios, pela dimensão de importância que têm, um é afastado em virtude do outro (e não totalmente excluído) quando ocorra possível conflito dos mesmos.

Balizado por estas distinções entre regras, princípios e diretrizes, Ronald Dworkin cria a figura de um juiz comparado a Hércules, o qual deve encontrar nas decisões que profere uma única resposta correta, tese essa questionada posteriormente por Robert Alexy.

2.2. Robert Alexy

São vários os pontos em comum com as ideias de Ronald Dworkin nos enunciados proferidos por Robert Alexy, sobretudo no que diz respeito às distinções já traçadas no tópico anterior entre as regras e os princípios.

Contudo, é no campo da argumentação jurídica que há divergência de opiniões entre os autores. Robert Alexy faz junção entre a teoria dos princípios com a da argumentação jurídica, refutando a tese da única resposta correta formulada por Ronald Dworkin, oferecendo, assim, argumentos mais convincentes na superação dos conflitos dos princípios e das regras, com a criação da chamada “lei da ponderação”.

Dworkin divide os princípios em duas espécies: em sentido estrito (exigências de justiça, equidade, ou moralidade) e diretrizes políticas (estrutura que estabelece no ordenamento objetivos a serem alcançados de ordem econômica, político ou social na sociedade). Para o autor apenas os princípios em sentido estrito estruturam os direitos fundamentais, não podendo os princípios em espécie e de diretrizes políticas serem ponderados entre si, devendo no caso os “em espécie” prevalecer.

Alexy entra em desacordo com Dworkin a partir do momento que, sendo doutrinador do Estado Social, aceita a ponderação entre todo e qualquer princípio, pois, caso contrário, os princípios ligados à ordem econômica e social teriam menos força que os princípios “em espécie”. Para o autor, podem ser ponderados tanto os princípios que fundamentam direitos, como os que resguardam bens jurídicos da coletividade. Além disso, os dois autores divergem quando tratam a respeito da melhor aplicação normativa e jurídica, por meio de princípios, para os diversos casos vivenciados na realidade.

Para Dworkin, o juiz seria o responsável por analisar a situação e, mediante o vasto conhecimento e capacidade de avaliação, aplicaria sozinho a melhor solução para o caso. Já para Alexy, o juiz estaria abarcado de procedimentos rígidos e racionais que deveriam ser seguidos, permitindo assim um maior controle social sobre as decisões dos magistrados, possibilitando maior participação de toda comunidade.

No intuito de uma melhor elucidação do tema, e, sobretudo, por ser o alicerce da presente investigação, faz-se necessária a devida compreensão da estrutura principiológica formulada por Robert Alexy, a qual será analisada com a devida vênua no próximo subtópico.

3. *Estrutura principiológica de Robert Alexy*

Distinguir as regras e princípios, na procura de solução para os conflitos dos mesmos, vinculada, sobretudo, nos direitos fundamentais, constitui o cerne da teoria principiológica criada por Robert Alexy, pois, diante da positivação dos direitos fundamentais pelas Constituições modernas, seu estudo e interpretação tornam-se preocupação fundamental do autor.

Primeiramente, faz-se necessário diferenciar as regras dos princípios, pois é essencial este procedimento em virtude da colisão dos direitos fundamentais, de seus limites e de seu próprio papel no sistema jurídico.

Alexy entende que a distinção entre regras e princípios é a chave para a solução dos problemas centrais relativos à Teoria normativo-material dos direitos fundamentais.

As normas de direitos fundamentais, não raro, são classificadas como princípios; contudo, podem ser também avaliadas do ponto de vista das regras, já que a própria Constituição Federal contém elementos expressos que fundamentam dedutivamente o âmbito dos direitos fundamentais.

O estudo da Teoria dos Princípios, que encerrou seu caminho com o reconhecimento a nível constitucional na forma de direitos fundamentais, é imprescindível para o exame da importância do assunto no aproveitamento do tema pelos juristas e autores contemporâneos, como o fez Robert Alexy, visando à melhor fundamentação da Ciência do Direito e à correta observação da abordagem valorativa.

Para Robert Alexy, assim como para Ronald Dworkin, a correta distinção entre regras e princípios parte do pressuposto de que os princípios têm diferentes pesos, prevalecendo aquele com maior peso, enquanto em relação às regras, em um possível conflito, uma pode excluir a outra.²

Devido ao grau de abstração que os princípios proporcionam é mais complexa a solução de seus conflitos, constituindo objetivo fundamental de Robert Alexy oferecer um método adequado:

É preocupação central da obra de Alexy a busca de um procedimento para a solução dos problemas de colisão de princípios, introduzindo elementos reguladores do processo argumentativo dos direitos fundamentais. Daí porque sua teoria pode ser classificada em um sistema de três níveis: regras, princípios e procedimentos. Os procedimentos são os reguladores da aplicação das regras e princípios, e possuem a forma de uma teoria da argumentação jurídica (ÁVILA, 2007, p. 9-10).

² Segundo Góes (2004), Robert Alexy foi influenciado pela teoria formulada por Ronald Dworkin, no que se refere à distinção entre princípios e regras, mas tentou completá-la formulando uma teoria procedimental, levantando algumas distinções entre sua tese e a de Ronald Dworkin.

É neste contexto que surge a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, a qual prioriza as regras de argumentação para que o aplicador do Direito formule uma decisão razoável por meio da denominada “lei da ponderação”, quando se depara com um caso concreto.

Em face do conflito entre dois princípios, utiliza-se a “lei da ponderação”, escolhendo-se o princípio que tem maior relevância diante do caso concreto. Isso não no sentido de se excluir totalmente um princípio em virtude do outro, pois não há uma prioridade absoluta de um dos princípios, mas apenas um nível de importância. Nas palavras de Robert Alexy, há entre os princípios colidentes uma relação de “precedência condicionada”.

A relação de “precedência condicionada” significa que em virtude de determinadas condições de uma situação fática, indica-se qual princípio precede ao outro, mas, diante de outras condições pode ser que esta precedência inverta-se.

Com isso, observa-se que não há uma relação de precedência absoluta, pois não existe uma hierarquia estanque entre os princípios, e a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto.

Por não constituírem mandados definitivos, os princípios já dispõem que algo seja realizado na medida do possível, ou seja, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas, gerando assim, direitos *prima facie*.

No que se refere às normas de direitos fundamentais, elas teriam um caráter duplo, pois se constituiriam tanto de regras como de princípios, sendo que, atrás e ao lado das regras de direitos fundamentais existiriam os princípios, os quais, quando colidirem com outros princípios constitucionais, devem ter primazia no procedimento da ponderação.

Cabe ressaltar que Alexy não parte de critérios comumente utilizados para diferenciar as regras de princípios. Para ele as regras e princípios são espécies do gênero norma, tendo ambos força deôntica no ordenamento.

Dentre os vários métodos de distinção entre as regras e princípios destacam-se as técnicas de generalidade, de determinabilidade nos casos de aplicação, de heterogeneidade do conteúdo axiológico, de referência à ideia de Direito, de identificação com uma lei jurídica suprema, de relevância no ordenamento jurídico, de força justificativa e motivacional entre os dois elementos e de distinção entre normas de argumentação e normas de comportamento.

Enfim, a tese apoiada pelo autor parte do referencial de que os princípios e as regras se diferenciam de acordo com sua estrutura qualitativa, cabendo aos princípios uma análise fundamentalmente *prima facie*, pois, em cada caso concreto são satisfeitos na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, aplicando graus variados a depender das situações encontradas, sendo caracterizados, assim, como mandamentos de otimização, enquanto as regras sofrem uma avaliação definitiva, sendo satisfeitas segundo o critério do “tudo ou nada”, ou seja, ou são atendidas ou desrespeitadas.

Nota-se, por fim, que a teoria formulada por Robert Alexy é, sobretudo, uma teoria dos direitos fundamentais, pois como bem ressalta Ávila, (2007, p. 7), “não é uma teoria de valores concretos, mas um ideal teórico de estruturação racional do

esquema da solução aos problemas das colisões de princípios de direitos fundamentais”.

4. O conflito entre regras e o conflito entre princípios

No caso de conflito entre regras, somente se acha a solução quando é introduzido na antinomia uma cláusula de exceção em uma das regras que tem a finalidade de eliminar o conflito, ou se declarar que uma das regras é inválida.

O conceito de validade jurídica não é gradual, ou uma norma é válida ou não é, não existe a possibilidade de uma mesma norma ter dois juízos concretos de dever ser contraditórios entre si.

Alguns dos critérios que podem ser utilizados nos conflitos de regras a fim de solucionar tais antinomias são: *lex posterior derogat legi priori* e também o *lex specialis derogat legi generali* (ou seja, lei posterior derroga lei anterior e lei especial derroga lei geral). Além desses critérios, podem ser utilizadas a análise da importância das regras e a estrutura delas nos conflitos observados, bem como se elas podem ser tornadas excepcionais, permitindo que o jurista aplique a correta solução nas situações vivenciadas.

Quando dois princípios não podem ser observados em uma mesma situação jurídica, não existe verdadeiramente uma divergência expressa entre eles, mas, sim, um conflito aparente, de modo que um dos princípios deve ceder frente ao outro. Todavia, isso não significa que foi aplicada uma cláusula de exceção ou que um dos dois seja inválido, mas que, agindo em conformidade com uma regra de sopesamento, um tem precedência frente ao outro naquele caso concreto.

Neste caso, nos diversos princípios, quando enfrentam situações de aparente conflito, são submetidos a uma avaliação gradual de peso, avaliando-se nas condições encontradas qual é considerado preferencial para o episódio.

É importante salientar, por fim, que não existe relação absoluta de precedência na colisão entre princípios, ou seja, em um caso o princípio pode ser ponderado como mais importante e em outro pode ser menos importante, dependendo da avaliação normativa realizada.

5. O caráter *prima facie* das regras e dos princípios

Como elucidado, os princípios são mandamentos otimizados que exigem sua realização na maior medida possível, sendo limitados pelas possibilidades fáticas e jurídicas existentes, de modo que podem ser aplicados em graus diversificados, dependentes sempre da situação vivenciada.

Não são mandamentos definitivos, são apenas *prima facie*. A relevância do princípio em dado evento não é necessariamente a plenitude de aplicação deste, mas apenas aquilo que o princípio exige para o caso concreto.

Com as regras ocorre o oposto, já que têm definitividade frente à situação vivenciada, ou seja, têm uma extensão definitiva de seus conteúdos na esfera das possibilidades jurídicas e fáticas, sendo exigido aplicar na totalidade o que as regras preceituam.

Mas nem sempre as regras têm total caráter definitivo, e podem assumir a feição de ser *prima facie*. Isso ocorre quando são utilizadas nas regras cláusulas de exceção. A introdução de uma cláusula de exceção pode incidir devido à aplicação de um princípio. Porém, a assunção de uma caráter de *prima facie* não é tão simples assim, pois não basta que seja atribuído na avaliação de uma regra um peso maior a um princípio diferente do princípio que a rege; é necessário também que seja superado o princípio que estabeleceu a exigência de se utilizar tal regra em dado caso concreto, ou seja, o princípio que estabeleceu a não-relativização das regras deve ser substituído por outro princípio.

Esses princípios que sustentam as regras, impedindo que outros princípios os substituam são denominados de princípios formais. Em um ordenamento jurídico, quanto maior a importância dos princípios formais, mais forte será o caráter *prima facie* das regras que eles estruturam. Assim, quando os princípios formais deixam de ter força normativa, as regras fundamentadas por eles e os demais princípios passam a ter o mesmo aspecto *prima facie*. Assim, conclui-se que as regras e princípios têm na maioria das vezes caráter *prima facie* distinto uns dos outros.

6. Direitos fundamentais

Na Antiguidade, apesar de ainda não se falar em direitos fundamentais, já havia uma preocupação com aqueles direitos que se diziam inerentes a todo ser humano, chamados de direitos naturais, defendidos por teorias jusnaturalistas.

Na Idade Média, lastra-se a noção de igualdade dos indivíduos perante Deus e o poder divinal sucumbe ao poder temporal, estabelecendo-se o império divino, no qual a figura do rei era sagrada. No século XIII, na Inglaterra, aclamou-se a Magna Carta, que segundo Puhl (2005), foi um importante documento do que viriam a ser os direitos fundamentais, mas, à época, restritos aos barões ingleses.

Consoante Barros (2000), na modernidade já se constataram alguns vestígios dos direitos fundamentais; entretanto, ainda não se dispunha deste nome. Neste período, as teorias jusnaturalistas ganharam uma abrangência racional, e teóricos como John Locke defendiam que o homem em sociedade buscava preservar seus direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Trata-se, portanto, do período da Ilustração, que marcou o surgimento da Idade Moderna.

Foi a partir daí que despontaram as primeiras cartas que, de antemão, constituíam prelúdios do que viriam a ser os direitos fundamentais, pois essas tinham, a seu cuidado, a defesa de interesses essenciais a todo ser humano. Destacam-se a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França.

Todavia, nota-se que este Estado de Direito alcançado pelas revoluções burguesas do final do século XVIII mostrava-se insuficiente por se fundar nos preceitos do liberalismo econômico, provocando imensas injustiças, por ser individualista e abstencionista. Desse modo, movimentos reivindicatórios forçavam ao Estado a inserção de direitos sociais. Mas isso não bastou, já que o Estado Social podia preconizar direitos fundamentais de caráter social, mas nem sempre tais direitos associavam-se a um conteúdo democrático.

Com o aparecimento do Estado Democrático de Direito, o qual garante a participação democrática do povo no processo político, foi quando se denotou um autêntico respeito aos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, a cidadania, o pluralismo político, a representação política e a participação popular são alguns dos valores amparados por este tipo de Estado.

O Estado Democrático de Direito materializa-se na elaboração de uma Constituição que disponha de princípios norteadores de toda a atividade estatal e garantidores dos direitos fundamentais. Só que, ao se constatarem casos concretos em que há conflitos de princípios constitucionais, nenhum dispositivo da Constituição pode ser simplesmente desconsiderado, e, ao mesmo tempo, o Estado não pode se eximir de sua função jurisdicional.

Deste modo, é essencial a adoção de um princípio que ordene os conflitos surgidos entre aqueles princípios protegidos pela Carta Maior, exercendo a função de sopesar os valores presentes em um caso concreto. Isso não significa que um valor seja excluído em virtude do outro, já que ambos estariam sob o pálio da Constituição, não se podendo retirar por completo a sua abrangência.

Daí a importância da adoção de um princípio ordenador dos conflitos, pois, segundo Guerra Filho (2001, p. 84), tendo o legislador constituinte optado por um Estado Democrático de Direito, consagrando direitos fundamentais, “co-implica na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado para a proteção daqueles direitos”, sendo ele, o princípio da proporcionalidade.

7. Dignidade da pessoa humana

A concepção da dignidade da pessoa humana passou por um longo processo histórico de racionalização e laicização. Foi, contudo, o pensamento cristão, fundado na fraternidade, que mudou a mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos, solidificando, assim, a ideia de valorização da pessoa humana.

Kant desenvolveu com apreço o conceito de dignidade, demonstrando o valor da vida humana, por meio da ideia de que o ser humano deve ser considerado como fim em si mesmo:

[...] Supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico,

quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim (KANT, 2004, p. 58).

Todavia, Kant não propôs uma solução ao homem violado em sua dignidade. Desse modo, o pensamento kantiano não reflete com o que hoje se entende por dignidade da pessoa humana.

Nas ilustres palavras de Ávila (2007, p. 33), “a história da dignidade humana, em última análise, é a história da afirmação dos próprios direitos fundamentais”, por isso, de elevado grau de proteção no ordenamento jurídico.

São vários os conceitos que a doutrina estabelece sobre a dignidade da pessoa humana³; no entanto, elegeu-se nesta investigação o conceito personalista, segundo o qual, considera-se a pessoa humana o fim último do Direito, não havendo a preponderância do individual sobre o coletivo e, sim, a busca de harmonização entre ambos.

Por isso, a dignidade da pessoa humana constitui a fundamentação no sopesamento dos valores envolvidos nos conflitos de direitos fundamentais, pois como um dos princípios em conflito pode ser restringido, a última afirmação na escolha deste limite deve impedir a violação da dignidade humana.

Na Constituição Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana vem expressa no art. 1º, inciso III, constituindo o centro do ordenamento jurídico e demonstrando claramente o compromisso nacional com a proteção dos direitos humanos. Diante disso, nota-se a importância, quando da interpretação e aplicação do Direito, de se guiar pelo princípio da dignidade humana.

8. Conclusão

Conclui-se que a Ciência Jurídica agrega nos princípios, nos direitos fundamentais e nas prerrogativas que protegem a dignidade da pessoa humana os postulados imprescindíveis para a sobrevivência saudável de um Estado.

Os princípios são caracterizados por serem o fundamento, a base sobre a qual se sustenta o ordenamento jurídico. São dotados de positividade e têm caráter deontológico, expressando os valores sociais na forma de um “dever ser”, exigindo, impondo e estabelecendo os padrões de vida que devem ser seguidos pelas pessoas.

Atua também como instrumento de orientação que estabelece o caminho a ser seguido na interpretação normativa, de modo que, ao serem avaliados em sua generalidade, segundo o caso concreto, estipulam a diretriz lógica que deve ser adotada conforme a exigência das diversas situações existentes.

³ Ávila (2007) demonstra as três vertentes de concepções filosóficas da dignidade do homem: uma primeira de aceção individualista (liberal), a segunda supraindividual, e por último, a personalista.

Caracterizam-se por ser um dos institutos que auxiliam nos exercícios essenciais da norma jurídica, tendo positividade suficiente para que sejam caracterizados como instituto deôntico, que exige comportamentos e estipulam condutas permissivas, obrigatórias e proibitivas. Atuam também no caráter primordial de auxiliar nas funções de interpretação e de soluções de antinomias normativas, sendo utilizados frente aos valores estruturados pelo sistema jurídico.

Apenas por intermédio da concreta aplicabilidade principiológica é que o Estado pode alcançar o adequado conceito de Justiça, agindo, assim, em defesa dos interesses sociais e trazendo eficácia para os direitos mínimos inerentes à dignidade humana.

É inegável a importância dos princípios na fundamentação do ordenamento jurídico, na sistematização dos instrumentos processuais e procedimentais adequados para a densificação das normas constitucionais.

Os direitos fundamentais também seguem o mesmo padrão de relevância, sendo entendidos em caráter axiológico e exercendo inúmeros reflexos positivos no mundo atual. Os valores inerentes aos direitos fundamentais estão intrínsecos na abordagem principiológica como um todo. Não é possível analisar uma situação jurídica sem que se exerça nela um juízo de valor. E os princípios que regem o Direito estão sobrecarregados de conteúdo valorativo, que são essenciais para a realização de uma interpretação.

Como se sabe, as próprias regras normativas não são suficientes para organizar e controlar todo ordenamento, pois este necessita também do aspecto flexível responsável por humanizar o conjunto de normas.

Assim, compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou princípios não é suficiente. Torna-se imperativo abarcar o contexto da complexidade jurídica como um todo, abrangendo desde direitos mínimos exigidos para a perpetuação social como também poderes e prerrogativas inerentes ao Estado. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos o conjunto de regras e princípios sistematizados, valorados, integrados e em conformidade com os preceitos da dignidade da pessoa humana, atendendo aos preceitos básicos dispostos constitucionalmente.

A dignidade da pessoa humana e os direitos mínimos que a cerceiam são entraves a toda forma de opressão que ameaça a sociedade; por isso é tão importante situar os princípios, elementos essenciais dos direitos fundamentais, hierarquicamente no topo de nosso ordenamento jurídico.

Enfim, a configuração de um Sistema Jurídico que conglomere os institutos trabalhados no artigo em questão é essencial para a conjuntura neoconstitucional e pós-positivista dos ordenamentos jurídicos e políticos presentes nas diversas sociedades, pois, assim, integra-se o contexto universal dos valores elencados, interpondo a íntima relação entre a ideia e a matéria presentes nas diversas situações vivenciadas. Ou seja, tais institutos são importantíssimos para a busca pela unicidade, completude e coerência no campo jurídico, identificando-se como prerrogativa básica de um real Estado Democrático de Direito.

Referências

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editor/ Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

_____. *O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil*. Mundo Jurídico, 2005. Disponível em:
<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701>. Acesso em: 29 abr. 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. São Paulo: Pillares, 2005.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

Sorteio de cargos públicos: desvio de finalidade com aval da justiça

Sortition of public jobs: embezzlement with the allowance of justice

Manoel Almeida

Advogado – OAB-MG 118.985. Pós-graduado em Direito Civil pelo Centro Universitário de Araras/MG (Unar). e-mail: manoelalmeida.adv@gmail.com

Resumo: Em janeiro de 2009 a Justiça Estadual, em sede de liminar concedida em agravo de instrumento interposto contra a Ação Civil Pública 0480.08.121926-7, de autoria do Ministério Público Estadual, autorizou o sorteio de cargos de assessores legislativos para a Câmara Municipal de Patos de Minas, Minas Gerais. Será de natureza absoluta a liberdade conferida ao gestor público para contratar nas hipóteses de preenchimento das chamadas funções de confiança? No ordenamento brasileiro não existe liberdade nem direitos absolutos: embora o agente político desfrute de plena liberdade funcional, a discricionariedade, invariavelmente, se adstringe aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da indisponibilidade e da isonomia, sendo defesa – sob pena de nulidade e responsabilidade – a prática de atos cuja finalidade não atenda aos interesses da coisa pública.

Palavras-chave: Assessoria parlamentar; ato administrativo; eleições; legislativo; marketing político; princípios da Administração Pública.

Abstract: In January 2009, Minas Gerais State Justice, through measure conceded in an appeal against the Public Civil Lawsuit 0480.08.121926-7, written by the Public Ministry of the State of Minas Gerais, authorized the sortition of jobs to the municipal council in Patos de Minas. Would it be the absolute lack of freedom what led the legislator to give the public agent the allowance to hire in the hypothesis of hiring position of trust jobs? In the Brazilian ordainment there isn't either freedom or absolute rights: although the political agent has full and functional freedom, discretion, invariably, astringe the principles of legality, morality, impersonality, unavailability and isonomy. Defense is – under the risk of nullity and responsibility – the practice whose goal does not follow the interest of the public sphere.

Keywords: Administrative Act; elections; legislative Power; parliament advisement; political Marketing; principles of the Public Administration.

1. Introdução

Recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) abriu duvidoso precedente acerca da contratação de auxiliares pelos agentes públicos. Por maioria de votos, os desembargadores foram favoráveis ao sorteio de oito cargos de assessore legislativo no município de Patos de Minas, Minas Gerais, totalizando dez contemplados — dois para cada ano da legislatura 2009/2012, mais um par de suplentes.

O sorteio foi realizado em praça central da cidade graças a um recurso interposto pelo vereador que promoveu o evento. Desde então, quatro contemplados já assumiram suas funções, recebendo remuneração mensal de mil, oitocentos e cinquenta reais. Somente agora a medida judicial preliminar foi definitivamente julgada, e a única restrição imposta pelo tribunal foi quanto à nomeação de analfabetos – questão esta, aliás, já superada uma vez que os próprios candidatos teriam de preencher a cédula de inscrição.

O instrumento convocatório, publicado em jornal local, autorizava a candidatura de “todos os interessados, sem distinção de sexo, raça, etnia e cor”, com idade mínima de dezoito anos, bastando a apresentação de documento pessoal e, posteriormente, os documentos exigidos pela Câmara Municipal para admissão de servidores, como declaração de bens e exame médico “adimensional” (sic).

Em primeira instância a questão ainda não está resolvida, devendo a ação principal ser julgada pelo juiz titular, sob pena de, findo o mandato legislativo, a Ação Civil Pública perder seu objeto e quedar extinta sem resolução do mérito.

2. Da isonomia

O membro da 5ª Promotoria de Justiça da comarca de Patos de Minas, e curador do patrimônio público, tentou, extrajudicialmente, convencer o vereador (recordista de votos e em seu quinto mandato) a abster-se de cumprir a promessa, assinando um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Não obtendo êxito, a alternativa foi pedir, via Ação Civil Pública, a suspensão do feito, o qual atenderia tão-somente “aos caprichos demagógicos” do ora suplicado:

O sorteio de cargos públicos, mormente nos moldes aleatórios propostos pelo Réu, é um ato manifestamente inadequado para alcançar a finalidade pública, qual seja, suprir as vagas do serviço público com servidores que estejam aptos a exercer, com eficiência, as atribuições legais inerentes aos respectivos cargos.

“Não sei por que estão me processando”, declarou o parlamentar em entrevista à revista *Veja*. “Isso é coisa do promotor”, afirmou, assegurando que “o processo é legal e vai acabar virando tese jurídica” (AMARO, 2008, pp. 52-53).

O jurista José Paulo Cavalcanti Filho, ex-secretário-geral do Ministério da Justiça no governo José Sarney, citado no blogue de Ricardo Noblat, colunista de *O Globo*, garante que o vereador pode sortear os cargos “e até deve ser elogiado por isso”. O que Cavalcanti acha errado é que o vereador e os respectivos assessores recebam salário pelo que fazem. No tópico “O Brasil é o único país que paga salário a vereador”, Noblat, corroborando a declaração de Cavalcanti, diz que os R\$ 4,8 bilhões anuais pagos a vereadores, assessores e demais despesas de manutenção das câmaras municipais seriam mais bem empregados caso fossem destinados às áreas de educação e de saúde. “Afinal, a produção legislativa dos vereadores é irrisória e vagabunda”:

O vereador pago é como a jabuticaba, uma fruta genuinamente nacional. Em raros dos outros 180 países, paga-se simbólica quantia aos conselheiros municipais. Eles se reúnem em local cedido pela administração do lugar. Oferecem lá suas idéias e vão para casa. [...] No Brasil, até 1977, somente os vereadores de capitais recebiam salários. Para fazer média com os políticos depois de ter fechado o Congresso, o general-presidente Ernesto Geisel estendeu o benefício aos demais vereadores. [...] Mas pense em propor acabar com a figura do vereador pago. Os deputados estaduais precisam dele para se eleger, assim como os federais precisam dos estaduais – e pelo mesmo motivo (NOBLAT, 2008).

O inusitado caso, que chamou a atenção dos meios de comunicação de cobertura nacional, dividiu opiniões nas ruas e também no Judiciário. Em decisão interlocutória, o magistrado de plantão na véspera da distribuição dos “prêmios” expediu mandado de busca e apreensão de todo o aparato arranjado para o sorteio (urnas, cupons etc.), ponderando, a título de ilustração, que ao vereador seria lícito sortear o próprio salário, mas “os cargos em comento [...] não são do vereador, mesmo porque nenhum cargo público pertence ao seu ocupante”.

A suspensão foi determinada porque caso o sorteio fosse realizado, haveria para a Administração Pública um dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos. Assim, a garantia cautelar surge, como que posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que justiça seja feita (CINTRA, 2006, p. 317).

Tal receio também deveria fundamentar a decisão liminar do agravo, mas qual seria o dano de difícil reparação para a administração pública, caso o sorteio fosse realizado após a decisão do recurso?

Embora o vereador tivesse afirmado que não nomearia assessores caso seu desejo não fosse realizado, ele jamais poderia deixar de fazê-lo uma vez que tal dever-poder é IRRENUNCIÁVEL, em decorrência dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da impessoalidade administrativa.

De acordo com o desembargador-relator, “não se vislumbra qualquer violação ao interesse público, posto que¹ a atitude não implica prejuízo à sociedade e nem [*sic*]²

¹ A conjunção “posto que” foi usada no sentido oposto ao do pretendido pelo magistrado. Significa “embora”, “ainda que” e não “uma vez que” ou “pois”. E.g.: “O rei sentava-se, vestido de

ao aparelho estatal”. Também não teria configurado, ainda segundo o relator, violação à legalidade, porque a própria legislação pátria não proíbe o “critério” de “seleção não usual” adotado pelo vereador para escolha dos ocupantes dos cargos comissionados, e “a atuação do agravante, salvo melhor juízo, não feriu qualquer princípio ético: não se trata de prática de nepotismo ou de opção pela escolha³ de pessoas incompetentes, incapazes ou de maus costumes”.

3. Da legalidade

Com efeito, não existe nenhuma lei que proíba o sorteio de vagas, e a legalidade prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (*Constituição da República, 5.º, II*). Entretanto, conforme oportuna intervenção do Ministério Público, conquanto no Direito Privado se imponha a não-contradição — tudo que a lei não proíbe é permitido —, no Direito Público prevalece a submissão ao império da norma — tudo que a lei não permite é proibido.

Na teoria do estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante (CARVALHO FILHO, 2006, p. 16).

Ou seja, a administração pública, presente também na função legislativa, é pautada pela legalidade RESTRITA (*Constituição da República, 37, caput*), em função da supremacia do interesse público. Este prevalece ante mesmo à autonomia da vontade, sendo nulos os atos entre particulares que prejudicarem o interesse coletivo. Logo, não devemos perguntar qual norma proíbe o sorteio de vagas, mas, sim, qual o autoriza, sendo ilegal o ato praticado sem lei ou ato normativo anterior.

Em *Direito Administrativo*, ratifica Márcio Fernando Elias Rosa, “não há liberdade desmedida ou que não esteja expressamente concedida”, sendo que “toda a atuação administrativa vincula-se a tal princípio, sendo ilegal o ato praticado sem lei anterior que o preveja”. Daí a proibição de a Administração vir a “declarar, conceder, restringir direitos ou impor obrigações” por mera manifestação unilateral de vontade (ROSA, 2003, p. 11).

púrpura e arminho, num trono muito simples, posto que majestoso” (SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O Pequeno Príncipe*. 47 ed. Trad. Dom Marcos Barbosa Rio de Janeiro: Agir, 1998, p. 35.).

² A conjunção “nem” é a contração de “e não”, “e sem” etc. Logo, já contém a partícula “e”, sendo redundante repeti-la. Diz-se apenas: “a atitude não implica prejuízo à sociedade nem ao aparelho estatal”.

³ Opção e escolha são termos sinônimos. Ou se diz “[...] escolha de pessoas incompetentes” ou “[...] opção por pessoas incompetentes”.

A proibição de sorteio de cargos, dessarte, seria tão desarrazoada quanto seria a sua previsão. Porventura, se a lei não proibisse os vereadores de aprovarem ou rejeitarem projetos com base em sorteio também aí não se vislumbraria qualquer violação ao interesse público? Embora de livre nomeação e exoneração, o provimento de cargos comissionados também tem de atender ao interesse coletivo, sob pena de se incorrer em desvio de finalidade, verificado “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (Lei 4.717/65, 2º, e).

Quando a autoridade excede o permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas invalida o ato, posto que competente para praticá-lo, assevera Hely Lopes. “É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade” (MEIRELLES, 2004, p. 110).

4. Da moralidade

O vereador, que nomeara irmãos como assessores em mandatos anteriores à edição da Súmula Vinculante n. 13, proibindo tal prática⁴, vetou a participação de parentes no sorteio e sustenta ser essa a melhor forma de dar acessibilidade a pessoas sem experiência, idosas, negras ou com deficiência, preteridas pelo mercado de trabalho, o que de fato é uma das mazelas nacionais que se constata em nossa realidade.

Mas por melhor que seja a intenção, a discricionariedade do administrador está condicionada aos limites impostos pelo seu “dever de guarda, aprimoramento e conservação do interesse público”:

Discricionariedade absoluta, porém, não há. A atividade administrativa está sempre vinculada ao fim a que se destina e a eleição de opções somente decorre de concessão legal. Como resultante desse poder, o agente elege a opção que melhor atende ao interesse público no caso concreto, e somente assim agirá se a lei expressamente contemplar mais de uma possibilidade de ação (ROSA, 2003, p. 64).

A discricionariedade administrativa, quase sempre confundida com arbitrariedade, é tão-somente a liberdade de decidir “entre várias possibilidades de solução, aquela que melhor responde no caso concreto à intenção da lei” (FRITZ FLEINER, *apud* MELLO, 2006, p. 663), o que não é o caso da contratação para o desempenho de uma função pública por sorteio.

⁴ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou ainda de função gratificada na administração pública direta ou indireta em quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas viola a Constituição Federal”.

Se tal procedimento não implicasse prejuízo à sociedade e ao aparelho estatal, se não fosse imprescindível um julgamento criterioso acerca da capacidade do agente público por parte daquele que o elegerá, o mesmo poderia ser dito em defesa do sorteio para o exercício das funções de vereadores, deputados, autoridades policiais e até magistrados e chefes de Estado, uma vez preenchidos requisitos mínimos (apresentação de atestado médico, de bons antecedentes, declaração de bens, grau de escolaridade, idade mínima completada etc.) e não se tratando de pessoas de maus costumes ou incapazes. Ou, ainda: bastaria vetar a participação de parentes do “licitante” para incluir o sorteio como nova modalidade de licitação, e a finalidade da lei estaria cumprida.

De acordo com o administrador, se a pretensão fosse afastar todos os servidores públicos incapazes de exercer a função para a qual foram nomeados, o “Ministério Público teria de fazer aprovar nova legislação”:

A Câmara Municipal, como de resto qualquer outro órgão público, possui hoje assessores certamente incapacitados. Noventa e nove por cento dos assessores parlamentares dos vereadores, deputados e senadores, ou são filhos de um “chefe político” ou são indicados pelo financiador da campanha e assim por diante.

Por essa lógica, o melhor critério de nomeação deve ser medido pelos vícios do sistema, não por suas virtudes. Em vez de se buscar soluções para os abusos da administração pública, estes são usados como justificativa para a perpetração de outros e, prevalecendo esse entendimento, a partir das próximas eleições o uso de dinheiro do contribuinte como plataforma eleitoral estará institucionalizado no País.

Fosse mais vantajoso o sorteio e tal prática seria adotada pelo empresariado, pois poderiam fazê-lo livremente na contratação de pessoal. Porém, não o fazem — a menos que se trate de uma manobra de *marketing* — por ser evidente o risco inerente a tal procedimento. Uma atitude inconsequente na esfera privada é ainda mais temerária — portanto ilegal — na gestão da coisa pública.

5. Da indisponibilidade e da impessoalidade

Ao examinar as razões do indigitado agravo, a procuradoria de Justiça de Minas Gerais ressaltou a irrelevância da aferição pela administração da Câmara Municipal – após o sorteio – dos requisitos exigidos para os respectivos cargos:

Tal análise se pauta pela avaliação dos critérios objetivos (grau de escolaridade, por exemplo), mas não pode alcançar a aferição do critério subjetivo exigido pela Constituição Federal, qual seja a relação de confiança entre o nomeado e a autoridade a que é imediatamente subordina, o vereador/agravante. Essa exigência tem sua razão de existir na exceção constitucional. A regra geral, como é sabido, é que o provimento em cargo

público somente se dá após prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos. A exceção se prende ao fato de que alguns cargos ou funções devem ser exercidos por pessoas da estrita confiança da autoridade à qual elas se encontram subordinadas. Somente daí é autorização a contratação direta.

“Ressalta o reconhecimento claro de que o agravante, antes mesmo de iniciar a vereança, mas já como parlamentar eleito e diplomado”, ressaltou o *Parquet*, “buscou – e obteve – sua autopromoção junto à coletividade local, em total detrimento da imagem e da respeitabilidade do Poder Legislativo local”.

O administrador declarou que deixaria vagos os cargos de assessores, caso o seu “desejo” (a realização do sorteio) não se concretizasse, ameaça que, se cumprida, resultaria em novo e relevante prejuízo para os serviços públicos: a falta de pessoal para a sua execução. Fernanda Marinela lembra que a atividade administrativa é um encargo (múnus público): “Os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para gestão, nunca para sua disposição”. “Onde há função de exercer atividade em nome e interesse de outrem”, leciona a renomada administrativista, “não há autonomia da vontade nem liberdade em que se expressa” (MARINELA, 2006, pp. 25-26).

Seria falacioso, pois, sustentar que uma vez dada igual oportunidade aos participantes, o princípio da impessoalidade estaria sendo cumprido.

Em um Estado Constitucional, Social e Democrático, o titular do direito é a coletividade e não o agente público, jamais podendo este dispor-se daquele, sem consentimento legal. “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (Lei 9.784/99, 2ª, parágrafo único, II). A separação entre a coisa privada e a pública é reforçada na impessoalidade prescrita no inciso seguinte: “Nos processos administrativos serão observados os critérios de objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades” (grifamos).

Não obstante, o anúncio do sorteio ostentava a foto do vereador, segundo o qual estaria simplesmente atendendo ao princípio da publicidade, característico do Estado Democrático, e teria pagado os editais com recursos próprios. *Data maxima venia*, a ampla divulgação dos atos públicos visa a transparência administrativa, permitindo o controle pela sociedade e a vinculação da imagem do agente público em nada contribui para isso. Nem a proibição da autopromoção pressupõe o uso de verba pública. *Contrario sensu* e todos poderiam espalhar insígnias pessoais em repartições, documentos e obras públicos, desde que simplesmente arcassem com os custos.

6. Conclusão

Convém destacar curiosa declaração do vereador: “Na hora de pedir o voto o faço a todo cidadão, indistintamente, sendo mais do que justo ao analfabeto também concorrer a uma vaga como assessor legislativo”. Ou seja, ele vê na remuneração pú-

blica também uma forma de retribuir os votos auferidos. Todavia, não é fazendo cortesias com chapéu alheio que o agente político, cuja missão é zelar pelo interesse coletivo, retribuirá eficaz e legitimamente o poder a ele outorgado — mas atrelando diligentemente seus atos aos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência.

Os administrados elegem os que supõem mais capacitados para, em seu nome, defenderem o interesse coletivo, e para o fiel cumprimento desse mandato não bastam os requisitos constantes do citado ato convocatório e a alfabetização.

Se nem sequer ao próprio povo é facultado sortear ocupantes de cargos, não podem meros representantes fazê-lo, pela simples constatação de que ninguém pode transferir poderes que ele próprio não possui, sendo proibido ao mandatário extrapolar os limites da outorga original, seja para ajudar os menos favorecidos, seja por inexistir expresso impedimento legal. Tal impedimento, ademais, encontra-se implícito no fundamento do mandato legislativo, que é a tutela do interesse público.

Referências

AMARO, Mariana. Conversa com Pedro Lucas Rodrigues. *Revista Veja*, São Paulo, n. 2.089, 3 dez. 2008, pp. 52-53. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/031208/p_052.shtml>. Acesso em: 22 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso: 16/10/2009.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso: idem.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOLPE de sorte. *Portal de notícias Patos Hoje*. Disponível em: <<http://www.patoshoje.com.br/novosite/blog/?m=200903>>. Acesso: 16/10/2009.

JORNAL Folha Patense, p. 7, 08/11/2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29 ed. (atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho). São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

NOBLAT, Ricardo. Brasil é o único país que paga salário a vereador. *Blog do Noblat*. 18 nov. 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo – Sinopses Jurídicas*. v. 19. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. *Direito Administrativo*. 2 ed. Salvador: Jus Po-divm, 2006.

A lei de inovação tecnológica e sua importância para a recuperação da Indústria Nacional de Defesa e para a manutenção da soberania nacional

The law of technological innovation and its importance for the recovery of the national defense industry and the maintenance of the national sovereignty

Reis Friede

Desembargador Federal, Professor de Hermenêutica Jurídica do Centro Universitário Augusto Motta e Doutor em Direito Público. e-mail: rfriede@trf2.gov.br.

André Carlos da Silva

Delegado de Polícia Civil, Professor de Direito Penal do Centro Universitário Augusto Motta e Mestrando em Desenvolvimento Local. e-mail: andre.carlos@terra.com.br.

Resumo: Este trabalho analisa a importância da edição da Lei de Inovação Tecnológica – Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, para a recuperação da indústria nacional de defesa e, por via de consequência, para a manutenção da soberania nacional.

Palavras-chave: Tecnologia; inovação; defesa; soberania.

Abstract: This article analyzes the importance regarding the creation of the Technological Innovation Law – Law No. 10,973, from December 2nd, 2004, for the recovering of the National Defense Industry, and, in consequence, for the maintenance of the National Sovereignty.

Keywords: Technology; innovation; defense; sovereignty.

A Constituição Federal preceitua, logo no artigo 1º, inciso I, que a *soberania* é um dos fundamentos sobre os quais repousa a República Federativa do Brasil. Não obstante a importância dedicada pelo Texto Constitucional ao tema em foco, tal elemento constitutivo da ideia de Estado¹ vem sendo rotineiramente ameaçado, seja por meio das tradicionais ações militares expressas e declaradas, seja por meio da mais implícita, velada e sutil das estratégias estatais.

¹ Convém registrar, desde logo, que o Estado constitui-se por meio da soma de três elementos básicos, ou seja, povo (elemento humano), território fixo (elemento físico ou geográfico) e soberania (elemento abstrato), sendo certo que, de forma simples, o Estado representa a Nação dotada de uma Constituição, ou seja, de uma organização político-jurídica fundamental, em que é estabelecido o direito interno em sua dimensão ampla.

Com efeito, acerca dessas ameaças que rondam os interesses nacionais, a publicação *Concepção estratégica: Ciência, Tecnologia e Inovação de Interesse da Defesa Nacional* traça o seguinte panorama:

O mundo, que passa por um amplo e acelerado processo da globalização, tem assistido resignadamente à *deterioração do conceito de soberania nacional em algumas regiões do planeta*, em face de ousadas estocadas promovidas pelo implacável terrorismo internacional, pelo tráfico de armas e de drogas e, também, pela ampliação do poder político, econômico e militar de nações hegemônicas e globalizantes.

Cada vez mais, verifica-se a *crescente descaracterização dos contornos nacionais*, que vão perdendo a sua função de demarcar a linha da atuação suprema e independente dos Estados, expressa nos campos do *poder*: fisiográfico, psicossocial, político, econômico, *militar e científico-tecnológico*.

Fatos acontecidos recentemente têm mudado rapidamente este cenário: redes internacionais de terrorismo e crime organizado exigem uma melhor coordenação dos diferentes setores envolvidos no combate e repressão dessas atividades, fazendo com que esferas de responsabilidades que antes pareciam afastadas tornem-se mais próximas; ações políticas, econômicas e militares de alguns países sobre outros, menos preparados para defender a sua soberania. Mesmo em nome da defesa da paz mundial, atos de guerra têm sido perpetrados sem o necessário respaldo legal do direito e do apoio internacionais. Faz-se mister, então, que os países que valorizam a democracia, a liberdade e o respeito mútuo entre os povos, *se mantenham devidamente preparados para sustentar a sua própria autodeterminação* e, também, a das demais nações livres e democráticas do planeta.

Na área de Ciência e Tecnologia, o Brasil, país que tem buscado com persistência o seu completo crescimento, tem enfrentado, como acontece também com os demais países emergentes, ventos desfavoráveis soprados por nações do primeiro mundo que, por meio de barreiras técnicas ou comerciais, procuram dificultar o vôo brasileiro em direção ao grande desenvolvimento científico-tecnológico, a fim de evitar quaisquer progressos que venham permitir a aproximação de eventuais países concorrentes (MINISTÉRIO DA DEFESA; MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, 2003, p. 8, grifo nosso).

Em reforço ao que está dito no preocupante quadro retratado, a experiência internacional revela que, historicamente, diversas maneiras foram empregadas por Estados para atentar contra a soberania de outro País. Argumentos jurídicos, econômicos, políticos, geográficos, dentre tantos, foram utilizados para eliminar esse precioso bem jurídico e, em última análise, a própria noção de Estado.

No nosso caso em particular, dentre muitos antagonismos com os quais convivemos, paira sobre a rica Nação brasileira uma indiscutível ameaça à soberania nacional, forte em sua essência e, ao mesmo tempo, dramática em suas possíveis consequências, conforme se verifica na parte introdutória da Política de Defesa Nacional (PDN), que estabelece:

Após um longo período sem que o Brasil participe de conflitos que afetem diretamente o território nacional, a percepção das ameaças está desvanecida para muitos brasileiros. Porém, é imprudente imaginar que um país com o potencial do Brasil não tenha disputas ou antagonismos ao buscar alcançar seus legítimos interesses. Um dos propósitos da Política de Defesa Nacional é conscientizar todos os segmentos da sociedade brasileira de que a defesa da Nação é um dever de todos os brasileiros.

Trata-se da denominada dependência tecnológica, autêntico desafio que, por força de seus variados matizes, haverá de ser superado, como prevê o Decreto nº 5.484/05, ao estatuir que as políticas e ações definidas pelos diversos setores do Estado brasileiro deverão contribuir para a consecução dos objetivos da Defesa Nacional, tendo como uma das diretrizes estratégicas para alcançá-los estimular a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico e a capacidade de produção de materiais e serviços de interesse para a defesa. Tal superação visa evitar os terríveis riscos decorrentes do atraso brasileiro nos campos da ciência, tecnologia e inovação (C,T&I), adversidade que, por via direta, atinge também a expressão militar do poder nacional, de fundamental importância para a *Defesa Nacional*², assunto que, nos últimos anos, por fatores diversos, mas, sobretudo por autêntico preconceito, experimentou um longo processo de verdadeira marginalização.

A história recente revela que, com o fim do Regime Militar, assuntos com tal tonalidade eram ostensivamente evitados pela agenda política que se instalou no País no pós-regime, o que muito contribuiu para o desaparecimento das nossas Forças Armadas e para a conseqüente diminuição do poder militar³.

Como a soberania também se constitui, em última análise, em uma *abstração*, o direito estatal que dela deriva, para realmente valer, de maneira genérica e obrigatória, necessita de algum tipo de *elemento concreto*, que tenha a capacidade de viabilizar, sob o ponto de vista efetivo, a indispensável concretização do chamado *poder de império* (poder sobre todas as coisas no território estatal) e do denominado *poder de dominação* (poder sobre todas as pessoas no território estatal), ambos inerentes ao poder político derivado da Soberania.

Este elemento de efetivação traduz-se pela existência de uma *força coerciva de natureza múltipla* (política, econômica, militar e/ou psicossocial), mas que, de modo derradeiro, perfaz-se por meio da existência de uma real *capacidade militar* no sentido amplo da expressão. Nesse sentido, é correta, portanto, a previsão contida na Política de

² O conceito de Defesa Nacional pode ser encontrado no Decreto nº 5.484/05, que estabelece que “Defesa Nacional é o conjunto de medidas e ações do Estado, com ênfase na expressão militar, para a defesa do território, da soberania e dos interesses nacionais contra ameaças preponderantemente externas, potenciais ou manifestas”.

³ O poderio bélico representa uma especial variável do poder perceptível (em sentido mais genérico) ou da força efetiva (em um sentido mais específico) de um Estado, permitindo não só a garantia do reconhecimento de sua soberania, mas, acima de tudo, garantindo a sua própria inserção na comunidade internacional.

Defesa Nacional (PDN), ao enfatizar que a expressão militar do País fundamenta-se na capacidade das Forças Armadas e no potencial dos recursos nacionais mobilizáveis.

Ora, se a expressão militar do País, como restou afirmado no Decreto n.º 5.484/05, fundamenta-se também na capacidade das Forças Armadas, cumpre criar, implantar e manter estratégias que assegurem tal capacidade, de modo que as instituições militares possam cumprir fielmente a missão que lhes foi constitucionalmente conferida, qual seja, a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 142, *caput*). Isso inclui, certamente, incentivos ao desenvolvimento da Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I).

Assim, os correlatos temas soberania, defesa e C,T&I devem pautar a agenda brasileira no seu aspecto mais amplo, independentemente da concepção político-partidária reinante, de forma que o Estado e a sociedade possam estar devidamente preparados para responder a qualquer ambição externa (por que não dizer, autêntica e genuína cobiça?) por parte dos mais variados protagonistas internacionais, que, sob argumentos de toda a sorte, tencionem atentar contra a integridade e/ou legítimos interesses nacionais. Oportuno salientar que o Decreto n.º 5.484/05, em relação a tal amplitude, e a fim de sintonizar as diversas políticas envolvidas com a temática, determina aos órgãos e entidades da administração pública federal que considerem, em seus planejamentos, ações que concorram para fortalecer a Defesa Nacional (PDN, 2005, art. 2º).

Diante desse preocupante cenário, parece-nos que o Poder Público definitivamente atentou para a dimensão do problema e de suas consequências para a Defesa Nacional, assunto que tem provocado inquietações nos diversos atores nacionais envolvidos, o que, com certo conforto, demonstra a atual importância dedicada aos temas soberania, defesa e C,T&I.

Analisando o arcabouço jurídico pátrio, detectamos evidências de que o Estado brasileiro realmente atingiu tal percepção, passando, então, a concentrar esforços no sentido de criar condições favoráveis ao desenvolvimento da C,T&I de um modo geral, o que, obviamente, envolve a chamada C,T&I de interesse da Defesa Nacional. De acordo com o Ministério da Defesa, são exemplos de tecnologia de interesse da defesa nacional: reatores nucleares, sistemas espaciais, microeletrônica, sistemas de informação, radares de alta sensibilidade, ambiente de sistemas de armas, materiais de alta densidade energética, hipervelocidade, navegação automática de precisão, inteligência de máquinas e robótica, materiais e processos em biotecnologia, defesa química, biológica e nuclear (QBN), fontes renováveis de energia (MINISTÉRIO DA DEFESA; MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, 2003, p. 42).

É certo, porém, que por conta da extensão do hiato, muitas eram, e ainda são, as ações a serem concretizadas. A magnitude do problema demanda uma atuação ampla e conjunta, envolvendo, na esfera Executiva, diversas Pastas Ministeriais. Os Ministérios da Defesa e da Ciência e Tecnologia, por exemplo, devem caminhar de braços dados, posto que o progresso na área de C,T&I é imprescindível para o campo da defesa.

Malgrado esse inegável diagnóstico, qual seja, de que o desenvolvimento da C,T&I é absolutamente importante para o futuro do País e, por via direta, para a

manutenção da soberania nacional, carecia o Brasil de uma política pública claramente definida e endereçada à construção desse ambiente integrado.

Havia a necessidade de se implantar no Brasil, urgentemente, um marco jurídico que concebesse uma verdadeira política de incentivo à inovação, conectando-a a outras políticas não menos importantes, tais como a de C&T, a industrial e a de defesa.

A propósito, essa imprescindível interação política fez com que o Ministério da Defesa consolidasse as denominadas tecnologias de interesse da Defesa Nacional a partir de *três* eixos, a saber:

Eixo da Defesa – contempla as especificações e os requisitos militares da Defesa Nacional a serem satisfeitos por Sistemas de Armas. Relaciona-se primordialmente às Expressões Política e Militar do Poder Nacional.

Eixo da Ciência e Tecnologia – contempla as Áreas Tecnológicas Estratégicas necessárias para atender às especificações e aos requisitos definidos para os Sistemas da Defesa Nacional. Relaciona-se primordialmente à Expressão Científica e Tecnológica do Poder Nacional.

Eixo da Indústria – contempla as capacidades inovadoras e características industriais próprias para satisfação das especificações e dos requisitos estabelecidos para os Sistemas da Defesa Nacional. Relaciona-se primordialmente às Expressões Econômica e Psicossocial do Poder Nacional (MINISTÉRIO DA DEFESA; MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, 2003, p. 42).

No cenário internacional, a implantação de políticas assim entrelaçadas é, inclusive, destacada e recomendada pela Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) por intermédio do denominado *Manual de OSLO – Proposta de Diretrizes para Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação Tecnológica*, principal fonte internacional de diretrizes para coleta e uso de dados sobre atividades inovadoras da indústria:

Apenas recentemente surgiram *políticas de inovação* como um amálgama de políticas de ciência e tecnologia e política industrial. Seu surgimento sinaliza um crescente reconhecimento de que o conhecimento, em todas as suas formas, desempenha um papel crucial no progresso econômico, que *a inovação está no âmago dessa 'economia baseada no conhecimento', que a inovação é um fenômeno muito mais complexo e sistêmico do que se imaginava anteriormente* (OCDE, 1997, p. 17, grifo nosso).

No plano doméstico, essa articulação entre políticas correlatas também encontra previsão nas *Diretrizes da Política Industrial Tecnológica e de Comércio Exterior* (PITCE, 2003, p. 4), segundo a qual a nova dinâmica realça a importância da inovação como um elemento-chave para o crescimento da competitividade industrial.

Portanto, a implementação de um sistema legal com o objetivo de criar condições necessárias para que o espírito científico/inovador pudesse florescer no setor pro-

duto nacional era, por assim dizer, uma verdadeira tarefa estatal, conforme previsto nos artigos 218 e 219 da Carta Constitucional:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º – A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º – A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º – O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º – A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º – É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Diante desse panorama prioritário, era mesmo inconcebível que o país não tivesse, até os idos de 2004, um arcabouço legal verdadeiramente voltado para promover esse ambiente articulado. Nesse contexto, de acordo com a Exposição de Motivos Interministerial⁴ n° 28, de 2004, um “passo relevante para a consecução das metas na área de ciência e tecnologia é a formulação de sistema legal, cujo conteúdo possa dinamizar a relação entre universidades, institutos de pesquisa e o setor produtivo nacional”.

A perspectiva de se formular um sistema legal que dinamizasse os setores envolvidos com a C,T&I era realmente pertinente, uma vez que a importância do conhecimento como viés de promoção do desenvolvimento passou a ostentar contornos até então inimagináveis.

Em virtude das transformações operadas ao longo das últimas décadas, o conhecimento passou a assumir posição central no processo de produção, sendo certo afirmar que “a ciência e a tecnologia estão no coração do processo produtivo de fronteira no mundo”, conforme registrou Luís Manuel Fernandes, então Secretário-Executivo do Ministério da Ciência e Tecnologia, quando de sua explanação acerca do

⁴ O referido documento, que acompanhou a Mensagem Presidencial enviada ao Parlamento acerca do Projeto de Lei de Inovação Tecnológica (PL n° 3.476/04), foi elaborado pelos Ministros da Ciência e Tecnologia, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda e Chefe da Casa Civil.

PL nº 3.476/04, o qual redundou na Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 – Lei de Inovação Tecnológica.

Para Luís Manuel Fernandes, “a dependência tecnológica se transformou num dos principais instrumentos de geração e preservação de assimetrias no sistema internacional” (Nota taquigráfica nº 0873/04, de 16/06/04, Comissão Especial – PL 3.476/04 – Lei das Inovações Tecnológicas). Cabe registrar que Luis Manuel Fernandes, na condição de Secretário-Executivo do Ministério da Ciência e Tecnologia, presidiu o grupo que elaborou a versão final do Projeto da Lei de Inovação Tecnológica.

Além de ser um fator de reprodução de relações assimétricas, afirma-se até mesmo que a soberania nacional possa estar comprometida pela dependência científica e tecnológica. Nessa linha de raciocínio, o Livro Verde⁵, publicação do Ministério da Ciência e Tecnologia, aponta que

o conhecimento tornou-se, hoje mais do que no passado, um dos principais fatores de superação de desigualdades, de agregação de valor, criação de emprego qualificado e de propagação do bem-estar. A nova situação tem reflexos no sistema econômico e político. *A soberania e a autonomia dos países passam mundialmente por uma nova leitura, e sua manutenção – que é essencial – depende nitidamente do conhecimento, da educação e do desenvolvimento científico e tecnológico* (MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, 2000, p. V, grifo nosso).

Evidente, então, que o estabelecimento de uma política de C,T&I, devidamente conjugada com outras políticas, era prioridade absoluta, o que se deu através da edição da Lei de Inovação Tecnológica, a qual dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências (BRASIL, 2004).

Durante os trabalhos legislativos realizados no Parlamento Federal, como era de se esperar, a problemática relativa à dependência tecnológica do País (e sua correlação com o tema Soberania Nacional) veio à tona nos debates promovidos acerca do PL nº 3.476/04.

Para demonstrar o que ora se afirma, confira-se o seguinte trecho das notas taquigráficas concernentes a umas das audiências públicas realizadas na Câmara dos Deputados, ocasião em que o Relator do PL nº 3.476/04, Deputado Federal Zarattini, asseverou:

As contribuições dos demais depoentes foram igualmente importantes. Contudo, a análise feita pelo Secretário Luís Fernandes foi mais apropriada à luta que, como nação, devemos ter. Ou seja, um projeto nacional com uma base tecnológica nacional, senão vamos ficar eternamente dependentes da ciência e da tecnologia das multinacionais. *Assim, de fato, a nossa soberania vai estar comprometida e dificilmente alcançaremos o estágio de nação independente e soberana. Sem resolver esse problema, dificilmente construiremos*

⁵ De acordo com o site do Ministério da Ciência e Tecnologia, o Livro Verde foi publicado em 2000 e aponta uma proposta inicial de ações concretas, composta de planejamento, orçamento, execução e acompanhamento específicos do Programa Sociedade da Informação.

um país socialmente justo, porque a questão nacional vem sempre antes da questão social. Sem resolvermos a questão nacional, dificilmente resolveremos a questão social no País (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, grifo nosso).

Da leitura do trecho em destaque é possível depreender que a questão relativa à soberania nacional realmente inspirou os debates parlamentares então promovidos, dado histórico que permite interpretar e compreender a Lei de Inovação Tecnológica como instrumento de suma importância para a manutenção desse elemento constitutivo do conceito de Estado.

A propósito, acerca da denominada interpretação histórica, ora empregada, afirma a Doutrina que a análise do cenário anterior à edição de uma lei, bem como das fases (proposição, discussões, emendas, relatórios) percorridas por um projeto de lei é fundamental para a compreensão do texto jurídico.

Assim, para Miguel Reale, é “indispensável estudar as fontes inspiradoras da emanção da lei para ver quais as intenções do legislador, mas também, a fim de ajustá-la às situações supervenientes” (REALE, 2002, p. 284).

Tal entendimento do saudoso Reale é corroborado por Sílvio de Salvo Venosa, segundo o qual

sob o prisma histórico, o exegeta deve, pois, analisar os trabalhos preparatórios da lei, os anteprojeto e projetos, as emendas, as discussões parlamentares, a fim de ter um quadro claro das condições nas quais a lei foi editada (VENOSA, 2006, p. 176-177).

Portanto, interpretando-se os documentos e dados históricos obtidos (mensagem presidencial, exposição interministerial que acompanhou o PL nº 3.476/04, notas taquigráficas pertinentes às audiências públicas realizadas no Congresso Nacional), é possível chegar à primeira conclusão: a problemática decorrente da nossa dependência tecnológica (e sua correlação com o tema Soberania Nacional) inspirou os trabalhos legislativos realizados por ocasião da tramitação do PL nº 3.476/04.

Outrossim, é possível afirmar, ainda, que a mesma problemática inspirou também a implementação da denominada *Estratégia Nacional de Defesa*, aprovada pelo Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008, cujo lançamento, de acordo com o pronunciamento do Ministro da Defesa, Nelson Jobim, “marca uma nova etapa no tratamento de tema tão relevante, intrinsecamente associado ao desenvolvimento nacional” e “reafirma o compromisso de todos os cidadãos brasileiros, civis e militares, com os valores maiores da soberania, da integridade do patrimônio e do território e da unidade nacional” (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2009).

A propósito, um dos eixos estruturantes da *Estratégia Nacional de Defesa* é a reorganização da indústria nacional de material de defesa, objetivando, assim, assegurar o atendimento das demandas das Forças Armadas, apoiado em tecnologia sob domínio nacional. Cumpre registrar, outrossim, que acelerar o processo de reaparelhamento das Forças Armadas, com atenção especial aos programas estratégicos, e reconstruir a in-

dústria bélica nacional são dois dos compromissos assumidos pelo então candidato à reeleição no pleito de 2006 (PLANO DE GOVERNO LULA, p. 26).

Com efeito, chega-se, então, à segunda conclusão: os contornos da *Estratégia Nacional de Defesa*, coerentemente, encontram-se em perfeita sintonia com o que dispõe a Lei de Inovação Tecnológica, motivo pelo qual sua edição, como verdadeiro marco, configura importante passo para a recuperação da indústria nacional de defesa, seja pelo suprimento da demanda das Forças Armadas quanto a equipamentos de altíssimo valor agregado, seja pela ampliação da expressão militar do Poder Nacional, possibilitando, em última análise, a manutenção da soberania do Estado brasileiro.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004.

_____. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Nota taquigráfica n° 0873/04*, de 16/06/04, Comissão Especial – PL 3.476/04 – Lei das Inovações Tecnológicas. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias/especial/encerradas/pl3476/ctramit.html>>. Acesso em 02/10/09.

DIRETRIZES DA POLÍTICA INDUSTRIAL TECNOLÓGICA E DE COMÉRCIO EXTERIOR (PITCE). 2003. Disponível em: <http://www.camara-e.net/_upload/20031126Diretrizes.pdf>. Acesso em 21/09/09.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. *Sociedade da informação no Brasil, Livro Verde*. Organizado por Tadao Takahashi. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/18878.html>>. Acesso em 12/10/09.

MINISTÉRIO DA DEFESA, MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA (BRASIL). *Concepção estratégica: Ciência, Tecnologia e Inovação de Interesse da Defesa Nacional*. Brasília, 2003. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/ciencia_tecnologia/palestras/cti.pdf>. Acesso em 25/09/2009.

_____. *Cerimônia de Abertura do LAAD*, 2009. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/imprensa/index.php?page=pronunciamento_disursos>. Acesso em 25/09/09.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (ODCE). *Manual de Oslo: Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação*. Brasília: 1997. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0005/5069.pdf>. Acesso em 13/10/09.

PDN – POLÍTICA DE DEFESA NACIONAL (BRASIL). *Decreto nº 5.484*, de 30 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5484.htm>. Acesso em 25/09/09.

PLANO DE GOVERNO LULA. Disponível em: <http://www.pt.org.br>. Acesso em 13/10/09.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

A insuficiência do paradigma finalista na análise do tipo penal objetivo: uma necessária reconstrução teórica a partir da sociedade contemporânea

The insufficiency of the finalist paradigm in the analysis of the objective penal type: a necessary theoretical reconstruction from the contemporaneous society

Renata Jardim da Cunha Rieger

Advogada, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade IDC e mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
e-mail: renatajardimdacunha@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho visa a empreender uma análise crítica sobre o modelo finalista adotado na identificação do tipo penal objetivo. Por meio de pesquisa teórico-bibliográfica, averiguar-se-á que a teoria do delito, como parte da ciência do Direito Penal, merece uma reavaliação e reconstrução para atender aos escopos do próprio Direito Penal, especialmente frente às exigências da sociedade contemporânea. Concluir-se-á, pelo estudo, que é essencial buscar uma melhor forma de sistematizar e fundamentar a teoria do tipo penal, demonstrando-se a necessidade de inserção de novos elementos normativos no tipo penal objetivo, tais como a aceitação de tipos abertos. Só assim será possível tornar o direito aplicado um instrumento mais ágil e justo.

Palavras-chave: tipo penal objetivo; direito penal; sociedade contemporânea

Abstract: The present work aims at proposing a critical analysis about the finalist model adopted in the identification of the objective penal type. Through a theoretical and bibliographical research, we will verify that the theory of fault, as a part of the Penal Right science, deserves a revaluation and reconstruction so as to attend the objective of the very Penal Right, especially considering the demands of the contemporary society. We will conclude, by the study, that it is essential to search for a better form to systematize and found the theory of penal right, by demonstrating the need of insertion of new normative elements in the objective penal type, such as the acceptance of open types. Only this way it will be possible to make the applied right a more agile and equitable instrument.

Keywords: objective penal type; penal right; contemporary society.

1. Escorço introdutório. Breves considerações sobre a teoria geral do delito

A teoria do delito é a parte da ciência do Direito Penal que se ocupa em explicar o que é o delito em geral, tornando mais fácil a averiguação da sua presença ou não no caso concreto e gerando, ao menos em tese, segurança jurídica para os indivíduos. Este

ramo não se preocupa com cada um dos tipos penais da parte especial do Código Penal e da legislação extravagante, mas, sim, com os requisitos mínimos de toda e qualquer conduta punível.

Explicar e definir o delito é tarefa árdua. Já foram formulados diversos conceitos, ora dando-se destaque à sua forma (aspecto externo), ora a seu objeto (fato jurídico ou fenômeno social). Nos últimos séculos, a ciência penal, acompanhando a promessa iluminista de conhecimento e o método cartesiano de dissecação do objeto de estudo, iniciou um trabalho de estratificação dos elementos do crime.¹

Afirmar-se que o conceito de delito é estratificado significa dizer que se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise. O delito, ressalta-se, não é estratificado como fenômeno; estratificado é o conceito que do delito se obtém pela via de análise (ZAFFARONI, 2007, p. 333-336). Estuda-se analiticamente o delito, enfim, visando à máxima compreensão da unidade do fato criminoso.

Atualmente, a doutrina majoritária sustenta um conceito estratificado de crime em que este é tido como em uma conduta típica, antijurídica e culpável. A conduta é toda ação ou omissão voluntária² dirigida a uma determinada finalidade. A ação consiste em um movimento positivo (conduta comissiva), e a omissão, em uma abstenção de atividade (conduta omissiva).

A tipicidade³, objeto deste trabalho, é o enquadramento do fato a uma norma jurídica. É análise da tipicidade que propicia, na prática, uma primeira avaliação jurídi-

¹ Interessa referir que muitos doutrinadores criticaram a decomposição analítica do tipo penal, mostrando-se avessos às abstrações que chamaram de exacerbado “tecnicismo”. Essa reação foi especialmente verificada na “Escola de Kiel”, na Alemanha. Defendia-se que o crime seria uma “unidade real” e incindível, não se podendo admitir o formalismo de decompô-lo. Vale lembrar que a “Escola de Kiel” embasou um irracional direito penal do autor (pune-se o agente pelo que é, e não pelo que fez). A minimização da importância da tipicidade, a flexibilização do princípio da legalidade e o excessivo relativismo valorativo deram ensejo a um direito penal arbitrário, irracional e nazista. Conferir: COELHO, 1998, p. 25-29, e GOMES, 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em 10 abr. 2007.

² Entende-se a conduta como uma ação ou omissão “voluntária”, isso é, a pessoa deve ter vontade livre e desimpedida de praticar a conduta, e não a vontade de alcançar o resultado, que é dolo. Nesse contexto, conclui-se que tanto o crime doloso quanto o culposos são decorrentes de um agir voluntário, sob pena de inexistir a própria conduta (KREBS, 2006. p. 44).

³ Sabe-se que é corrente na doutrina a lição de que não se deve confundir o tipo com a tipicidade penal. Aquele é compreendido como um modelo abstrato de comportamento proibido, e esta, como a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. Em outras palavras, divulga-se que o tipo pertence à lei, e a tipicidade, à conduta. Nesse sentido, conferir: BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2002, p. 137-138; DOTTL, 2005, p. 311; BRANDÃO, 2007, p. 51-52; ZAFFARONI, 2007, p. 384-385. Difunde-se que essas distinções terminológicas são importantes para precisar o conteúdo do injusto da proibição. Todavia, como acertadamente alerta Juarez Tavares, quanto a isso, não há demonstração lógica. Pelo contrário, tendo em vista as características comuns das situações configuradas no tipo e na realidade social, o conteúdo do juízo de proibição não pode resultar exclusivamente do tipo, mas principalmente do juízo da relação de tipicidade. Por isso, é possível utilizar indistintamente os termos “tipo” e “tipicidade” como formas de expressão da conduta proibida (TAVARES, 2000, p. 130-131). E, ressalta-se, neste estudo, os

ca do fato, estudando-se os processos de adequação típica e transpondo-se o patamar naturalístico para adentrar no mundo cultural dos valores éticos, sociais e jurídicos (COELHO, 1988, p. 33).

A ilicitude – ou antijuridicidade⁴ – consiste em uma relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico como reflexo da temporalidade social. É desaprovação do ato naquele determinado momento histórico.

Por fim, a culpabilidade funda-se em um juízo de censura e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito quando podia ter agido de modo diverso, ou seja, de acordo com a norma. É, de todos os elementos do delito, aquele que fulcra sua análise na capacidade pessoal do agente em agir de forma diversa, diante das circunstâncias do caso em concreto.

O presente estudo limita-se, conforme referido, à análise da tipicidade. Parte-se da premissa de que a evolução do tipo penal implicou um (necessário) aumento da normatização, decorrente do próprio desenvolvimento social. E, agora, na sociedade contemporânea, parece necessária nova releitura do instituto, com a inserção de novos elementos normativos no tipo penal objetivo.

2. A crise da modernidade. Consequências no sistema jurídico-penal: a necessária dimensão normativa revista.

A Modernidade, sabe-se, encontrou seu fim na racionalidade. Aficionada pelo imaginário de um mundo perfeito e ordenado, em que tudo tem o seu lugar e a sua função, acreditava ser capaz de desvendar as premissas desta suposta lógica para, então, dominá-lo. Se de fato houvesse ordem, existiriam, necessariamente, leis para regê-la, e o seu conhecimento apresentar-se-ia como a ambicionada chave deste mecanismo (D'ÁVILA, [S.l.], p. 2005).

A crise deste paradigma moderno iniciou-se com a descoberta da Teoria da Relativização, de Albert Einstein, e com os experimentos de Heisenberg e Bohr, no âmbito da mecânica quântica. Aquele põe por terra a concepção de um espaço e tempo absolutos propugnada por Newton; a relatividade trouxe à luz um universo antes inconcebível

termos serão utilizados enquanto sinônimos, e a consideração do tipo dar-se-á, sempre que possível, em referência a um conflito social. Isso porque se parte do pressuposto de que uma norma que proíbe ou que determina certa conduta não vale por si mesma, sem que lhe corresponda uma realidade que se quer delimitar.

⁴ Encontram-se, também, diferentes conceitos aos termos “ilicitude” e “antijuridicidade”. Walter Coelho prefere aquele a este. Segundo o autor, “[...] trata-se, na verdade, do estudo da ilicitude, pois o crime é um fato jurídico, espécie do gênero fato ilícito, e, como tal, inscreve-se no mundo da ‘juricidade’. Equívoca, pois, a expressão ‘antijuridicidade’, como se o delito estivesse por fora ou à margem do mundo jurídico. Todavia, como fato ilícito, ele tem consequências jurídicas, situando-se, pois, dentro das fronteiras normativas do direito” (COELHO, 1998, p. 33). Aqui, as expressões devem ser compreendidas como sinônimas, pois assim consagraram a doutrina e a jurisprudência pátrias.

vel. Estes, por sua vez, provocam transformações no universo da microfísica, demonstrando que não é possível observar ou medir um objeto sem interferir nele, sem o alterar (SANTOS, 2002, p. 24-25).

Com esses e outros estudos, traça-se um novo paradigma. O homem moderno depara-se com a ausência de uma verdade científica. Mais, se há uma verdade, esta consiste no reconhecimento de que existe uma pluralidade de verdades. Vive-se, assim, na “epistemologia da incerteza” (validade das leis científicas teria forte caráter de reversibilidade) ou, pelo menos, na convicção, segundo a qual, em vez de verdades universais e imutáveis, está-se, sempre, diante de interpretações, de narrativas (GAUER, 2003, p. 1-17).

Em outras palavras, está ultrapassado o período no qual se acreditava em leis universais e imutáveis; tem-se presente a provisoriedade das teorias. Agora, uma nova descoberta pode completar ou anular o que já se tem por “verdadeiro”, ou, ainda, teorias podem coexistir e serem antagônicas.

Nesse contexto, delineou-se aquilo que Ulrich Beck denominou de sociedade do risco.⁵ O sociólogo, um dos teóricos de maior destaque na atualidade, constatou a complexidade da sociedade contemporânea. Nesta, os riscos são qualitativa e quantitativamente maiores que os existentes nas sociedades anteriores⁶, pois assumem conse-

⁵ A sociedade contemporânea recebeu diversas designações, como “sociedade de risco”, “sociedade pós-moderna”, “sociedade da informação”, “sociedade tecnológica” e “modernidade amadurecida”. Amaral alerta que o uso de diferentes expressões para designar a sociedade atual se justifica para dar ênfase a uma ou algumas de suas características, já que todas são as mesmas, independentemente das variações nominativas (AMARAL, 2007, p. 62).

⁶ Beck refere que, nas sociedades anteriores, a miséria, o sofrimento e a violência destinavam-se apenas aos “outros”: aos judeus, aos negros, às mulheres, aos refugiados políticos, aos dissidentes, aos comunistas, etc. Havia fronteiras reais e simbólicas, das quais era possível retirar aqueles que, em aparência, não estavam afetados. Tudo isso não existe mais desde o acidente nuclear de Chernobil. Esse acidente, sabe-se, ocorreu em 26 de abril de 1986, na Usina Nuclear de Chernobil, originalmente chamada Vladimir Lênin, na Ucrânia, então parte da União Soviética. É considerado o pior acidente da história nuclear e produziu uma nuvem de radioatividade que atingiu a União Soviética, a Europa Oriental, a Escandinávia e o Reino Unido. O número total de mortos e atingidos é, ainda hoje, motivo de discussão. Beck constata que “ha llegado el final de los otros, el final de todas nuestras posibilidades de distanciamiento, tan sofisticadas; un final que se ha vuelto palpable con la contaminación atómica. Su poder es el poder del peligro que suprime todas las zonas protegidas y todas las diferenciaciones de la modernidad” (BECK, 2006, p. 11). Lopes Júnior concorda com Beck e analisa, ainda, que, na sociedade pré-industrial, o risco revestia a forma natural (temores, secas, enchentes etc) e não dependia da vontade humana. Na sociedade industrial clássica, ele passou a depender de ações humanas (perigo no trabalho devido à utilização de máquinas e venenos, o perigo do desemprego e da penúria etc). Aury observa que tais riscos eram conhecidos e (ao menos em tese) podiam ser previamente calculados. Diferentemente do risco da sociedade contemporânea, o qual é imprevisível e incalculável (LOPES JUNIOR, in: GAUER, 2004, p. 142). Ainda sobre a sociedade contemporânea, conferir descrição de Baumann da insegurança no âmbito do trabalho e familiar (BAUMANN, 1998, p. 35). Conferir, também, a constatação de insegurança no âmbito do governo, que não pode mais prometer certeza ao cidadão (BAUMANN, 1999, p. 112).

quências *transgeracionais* (sobrevivem aos seus causadores) e são marcados pela *glocalidade* (globais e locais ao mesmo tempo) (LOPES JUNIOR, *Op. cit.*, p. 142).

Neste cenário, denuncia-se o anacronismo do Direito Penal (e do Direito como um todo). Em outras palavras, neste incremento da complexidade das relações sociais, inauguram-se novos espaços de interesse jurídico-penal e pontos de alto nível de problematidade. Observam-se novos problemas que, não raramente, denotam o esgotamento explicativo de critérios jurídicos tradicionais, demandando estudos que propiciem um já indispensável aprimoramento (D'ÁVILA, 2008, p. 307-308).

Muitos propugnam pelo afastamento dos princípios iluministas e de cunho marcadamente antropocêntricos do Direito Penal Clássico. Exigem, agora, um Direito Penal apto a lidar, cada vez mais, com bens jurídicos supraindividuais, coletivos e de relevância capital; com megacorporações e conglomerados econômicos, cujo poder supera em muito o cidadão desassistido; com a criminalidade complexa, transacional e virtual (POZZEBON, in: GAUER, 2008, p. 369).⁷

Criam-se, assim, novas necessidades de tutela penal e tipificam-se as mais diversas e pensáveis modalidades de conduta. O sistema penal passa a ser utilizado como sedante por meio do simbólico da panpenalização (LOPES JUNIOR, 2004, p. 168), e, na luta da ordem jurídica contra o crime, cada vez mais, valores de prevenção geral e especial são trazidos para o Direito Penal.

Contudo, deve-se reconhecer que a crítica de política criminal não pode ser a primeira e, muito menos, isolada e ilimitada. Parece que o enfrentamento dos novos problemas penais e a atualização dos institutos jurídicos, como bem alerta Fábio D'Ávila, deve dar-se, inicialmente, em uma dimensão normativa revista.

Esta dogmática revista aproxima-se do texto constitucional e tem como limite material intransponível o princípio da ofensividade.⁸ Nesse cenário, “[...] ao Direito Penal constitucionalmente orientado compete estabelecer o quadro de legitimidade no qual se movimentará uma posterior crítica de cunho político criminal.”⁹

⁷ E, assim, o Direito Penal parece deslegitimar-se como um sistema de *ultima ratio*. Ademais, como bem refere Salo de Carvalho, escancaram-se a pretensão e a soberba geradas pela crença romântica de que o direito penal pode salvaguardar a humanidade, quando, em verdade, os riscos da pós-modernidade (catastróficos e imensuráveis) estão para além da capacidade de controle penal (CARVALHO, in: GAUER, 2004, p. 209).

⁸ Aqui, não se aprofundará sobre o princípio da ofensividade, mas, destaca-se, trata-se de instituto de fundamental importância, na medida em que consiste em expressão político-ideológica do Estado e critério material de validade das normas (D'ÁVILA, in: D'ÁVILA; SOUZA, 2006, p. 71-96). No mesmo sentido e de forma mais aprofundada: D'ÁVILA, 2005.

⁹ No momento, ressalta-se, não se aprofundará a distinção entre política criminal e normatividade. A abordagem, contudo, pressupõe entendimento sobre o papel da política criminal no âmbito da ciência conjunta do Direito Penal; tema abordado, de forma clara e completa, no artigo citado. Tem-se, neste trabalho, como premissa a necessária valorização da normatividade, que teria preferência, prevalência, com relação à política criminal. E, não é demais ressaltar, trata-se “[...] de uma normatividade revista, uma ciência normativa que, ao aproximar-se da Constituição, ressurgiu como lugar, por excelência, de convergência de direitos e garantias fundamentais” (D'ÁVILA, 2008, p. 330).

3. Críticas à teoria geral do delito. A releitura do tipo penal objetivo

No âmbito da teoria geral do delito, denuncia-se, também, o referido anacronismo do Direito Penal, em especial no que tange à culpabilidade¹⁰ e à tipicidade. Este estudo, conforme referido, limita-se a este instituto.

Desde a edição da Lei nº 7209/84, responsável pela reforma na Parte Geral do Código Penal, a doutrina majoritária afirma que o finalismo é a teoria adotada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. Contudo, isso, evidentemente, não inviabiliza o estudo e a aplicação de outras teorias, pois, como é cediço, o intérprete não está adstrito ao comprometimento do Legislador com esta ou aquela doutrina. Ademais, são as técnicas interpretativas da realidade que conduzem a atividade legiferante (e judicante) e

¹⁰ São conhecidas as lições de Claus Roxin no sentido de que a culpabilidade e a necessidade de pena são pressupostos conjuntos da responsabilidade penal. Para o autor alemão, a culpabilidade é “a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer”. Ao observar que, algumas vezes, a idoneidade está presente e o Legislador, mesmo assim, prevê causas de exculpação da culpabilidade, conclui que a pena foi, nestas situações, renunciada por ser desnecessária, ou mesmo nociva, de um ponto de vista preventivo-geral e especial. Diante de tais premissas, o autor construiu a tese de que as necessidades preventivas gerais e especiais devem ser acrescentadas à culpabilidade, formando uma nova categoria no sistema, qual seja a “responsabilidade”. Assim, mesmo que exista culpabilidade, ter-se-á de renunciar à pena, se as necessidades preventivas o permitirem: ROXIN, 2004, p. 46-72. Também: ROXIN, 2008, p. 133-163. Suas ideias, sabe-se, são propagadas e defendidas por estudiosos do mundo todo. Argumentam esses, como principal trunfo do pensamento roxiniano, que “[...] esta concepção afasta-se da indemostrabilidade do teorema exigibilidade de conduta diversa” (MACHADO, 2000, p. 21). Para Schüneman, contudo, há uma contradição insanável nas teses dos juristas que desprezam a liberdade do indivíduo (sob alegação de não ser cientificamente constatável) e defendem, concomitantemente, as necessidades preventivas do Direito Penal: “[...] Pues, si como ellos afirman, no puede ser comprobado que el autor individual pudo obrar en la situación concreta de otra manera, perdería sentido el concepto de la prevención general amenazadora de motivar al autor a un comportamiento conforme a Derecho mediante la amenaza de pena. En efecto, si el autor no tiene ninguna libertad de elegir, será forzosamente detenido de que cometa el delito mediante la amenaza de pena, y entonces no existe fundamento alguno para la aplicación de la pena, o bien los motivos para la comisión del delito son tan fuerte, que la amenaza de pena no puede ejercer más efecto alguno. Entonces, la amenaza de pena sencillamente no poseería ningún sentido, así como igualmente carecería de sentido prohibir a un huracán que devaste el sur de México bajo amenaza de pena. [...]” (SCHUNEMANN, 2002, p. 113-114). Zaffaroni lança outras críticas, lembrando que, nesta concepção, “a culpabilidade seria um critério político que derivaria da teoria do fim da pena: quando a pena não cumprisse seu papel no caso concreto, já não teria sentido aplicá-la, e, portanto, a culpabilidade estaria ausente.” Acrescenta ainda que “[...] essa limitação do delito, através da teoria da pena, inverte a colocação geral da questão: questionamos se há delito para saber se devemos aplicar a pena e não o contrário, posto que o que aqui se pretende é a determinação da existência do delito a partir da teoria da pena” (ZAFFARONI, 2007, p. 525).

não o contrário, sob pena de se estagnar o desenvolvimento jurídico-acadêmico e, conseqüentemente, sociocultural.

Na sociedade contemporânea, é imprescindível uma releitura do tipo penal objetivo, atualizando-se a dogmática à dinâmica social. Para tanto, é necessária a aceitação de uma maior normatização do referido instituto, uma maior abertura ao novo modelo de sociedade que se delineia. E a moderna teoria da imputação objetiva parece permitir a referida abertura, com a incorporação ao tipo penal de condicionantes do meio envolvente.¹¹

A teoria da imputação objetiva, sabe-se, reformula a tipicidade objetiva consagrada pelo finalismo. Ameniza o rigor da teoria da equivalência dos antecedentes causais e exige, para o tipo objetivo, além da conexão naturalística, a necessidade de que essa conexão, segundo critérios de política criminal, seja imputada ao sujeito não ape-

¹¹ Não é demais referir que alguns Tribunais pátrios têm promovido interessantes discussões sobre a teoria da imputação objetiva e, por vezes, aplicando seus institutos. Nesse sentido, conferir: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 46.525. Paciente: Marcelo André de Matos. Autoridade coatora: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 21 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2008; MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal nº 356.212-5, Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Horst Heinz Biller e Hans Peter August Huss. Relator: Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 14 maio 2002. MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal nº 357.614-3, Apelante: Maurício Marques Dias. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Lamberto Sant'anna. Belo Horizonte, 29 maio 2002. MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal nº 371.113-3, Apelante: Antônio Roberto Alexandre. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Lamberto Sant'anna. Belo Horizonte, 26 jun. 2002. MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Criminal nº 364.972-1, Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Apelado: Ronderson Alves Xavier. Relator: Armando dos Anjos. Belo Horizonte, 06 de agosto de 2002. MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 317.274-7. Apelante: Josué Eliazar. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Alexandre Victor De Carvalho. Belo Horizonte, 13 fev. 2001. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 2008.002219-6. Apelante: Adeneide Alves da Silva. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator: Claudionor Miguel Abss Duarte. Campo Grande, 12 mar. 2008. Timidamente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios analisou critérios de imputação objetiva e repeliu-os, pois não considerou o risco socialmente aceito: DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 2000 01 1 075740-0. Apelante: José Dias da Silva Neto. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Getulio Pinheiro. Brasília, 25 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em: 02 abr. 2008. Não é demais acrescentar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se mostra, até o momento, inflexível e tem afastado o debate do Poder Judiciário: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 70009953985. Apelante: Jose Luis Grutcki. Apelado: Ministério Público. Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre, 30 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 02 mar. 2008. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração nº 70018883355. Embargante: Jose Luis Grutcki. Embargado: Ministério Público. Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre, 09 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

nas como uma “obra sua”, mas, também, que esteja em desacordo com uma determinada expectativa social de conduta ou de resultado.

Assim, para a doutrina da imputação objetiva, nem todo o processo causal interessa ao Direito Penal e nem todo o nexa causal implica um nexa jurídico. A tradicional análise mecânico-natural passa a constituir apenas o primeiro momento na apuração da imputação objetiva: presente o vínculo causal, parte-se para um segundo momento, em que se verifica a existência de critérios eminentemente normativos (D’ÁVILA, 2001, p. 41). Em sentido semelhante: SANTORO FILHO, 2007, p. 19-23. Em outras palavras, a constatação da causalidade é um limite mínimo, mas não suficiente, para a análise da tipicidade.

Dessa forma, agregam-se novas indagações e, conseqüentemente, maiores exigências à adequação típica. A teoria da imputação objetiva constitui-se, então, em um novo método de interpretação das condutas em que não se utiliza apenas variáveis ligadas à física, à psicologia, mas também jurídicas, ou seja, juízos valorativos, normativos (KREBS, 2006, p. 63-64).¹² Permite, assim, uma maior abertura do tipo penal.

Ressalta-se, contudo, que esta abertura não pode ser ocasional e descontrolada, mas, sim, em conformidade com uma dimensão normativa revista em consonância com os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Torna-se, assim, possível atribuir um sentido material para as incriminações, determinando-se com maior precisão o âmbito de liberdade dos cidadãos e estabelecendo-se esferas (aparentemente) mais justas de responsabilidade.

Além de afastar-se das construções dogmáticas estáticas e distantes da atual realidade da sociedade contemporânea, a teoria da imputação objetiva parece simplificar a estrutura da teoria geral do delito. Isso porque prescinde, em muitas ocasiões, da discussão acerca do elemento subjetivo do tipo¹³ e das causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade.

¹² Não é demais ressaltar que a teoria da imputação objetiva não é incompatível com o Ordenamento Positivo Brasileiro. Como é cediço, o art. 13 do Código Penal prevê que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.” Isso não significa que nexa de causalidade haja de ser interpretado somente de forma a excluir a valoração normativa sobre o mesmo. “Ou seja, a norma não obrigada à mera subsunção naturalística do fato à norma exatamente porque não o proíbe em sentido contrário” (PELELLA, 2004, p. 79-94). Mais, o parágrafo único do artigo supramencionado prevê rompimento do nexa causal em virtude de causas supervenientes. Consagra, portanto, um critério normativo e reforça a interpretação da possibilidade de adoção da teoria da imputação objetiva.

¹³ O problema valorativo (do tipo penal objetivo) é anterior à teoria do dolo e da culpa. A “má intenção” do sujeito não é relevante, nesta teoria, enquanto não haja a realização de um tipo penal objetivo. Nesse sentido, interessa colacionar as lições de Tisnado Solis: “No nos olvidemos que uno de los principios elementales del Derecho penal Moderno es el *Cogitationis Poenam nemo petitur*, el cual pregona que el legislador no puede prohibir meros pensamientos ni intenciones si éstos no se han exteriorizado en un comportamiento con una mínima apariencia delictiva: de ahí que una acción objetivamente correcta no puede convertirse en típica porque vaya guiada por un mal propósito: porque si ello resultase prohibido (tipificado), entonces no se estarían castigando los hechos, sino únicamente pensamientos que no se han tra-

Apesar disso, a doutrina aponta uma série de inconvenientes da teoria.¹⁴ O principal problema consiste na falta de lineamento preciso quanto aos seus elementos fundamentais.

A doutrina discute, por exemplo, se o estudo deve ser realizado sob o ângulo da imputação do resultado ou do comportamento ou, ainda, de ambos. Claus Roxin, por exemplo, entende que tudo converge à imputação do resultado. E a maioria da doutrina brasileira tem-se posicionado neste sentido. Jakobs¹⁵ e Cândia Meliá, por sua vez, conferem maior importância à imputação do comportamento.

Parece, portanto, essencial buscar melhor forma de sistematizar e fundamentar esta nova teoria na sociedade contemporânea¹⁶, demonstrando-se a necessidade de

ducido en una manifestación exterior que ofrezca alguna de desvalor. Aunado a este argumento, podemos mencionar que la tesis de quienes sostienen que lo determinante y más importante es el aspecto subjetivo debería llegarse a la absurda conclusión de que quien con ánimo homicida persuade a su enemigo de realizar un viaje en tren con la esperanza (al final no realizado) de que muera en un accidente ferroviario, debería ser penado por tentativa de homicidio." (TISNADO SOLIS, [S.l.: s.n., 200-]. Disponível em: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/solis.htm>. Acesso em 16 mar. 2008).

¹⁴ Com relação aos inconvenientes apontados pela doutrina acerca da aplicação da teoria da imputação objetiva, Larrauri refere: "[...] la novedad de la discusión que ocasiona frecuentes mutaciones en las opiniones mantenidas por los autores; la pretensión de encontrar una teoría que resuelva toda una serie de casos a de por si problemáticos y que históricamente han sido de difícil acomodo; la elaboración de unos criterios en los que, si bien existe un acuerdo relativo, cada autor incluye grupos de casos distintos su relación con la problemática de la causalidad de por si harto compleja; sus implicaciones con la teoría del tipo, que provoca variaciones de acuerdo con la posición que se sustente; la delimitación del grupo de delitos a los cuales puede aplicarse; la necesidad (o no) de diferenciar los criterios, dependiendo del tipo de injusto al cual vayan referidos (injusto doloso, culposo, de acción u omisión) y, en fin, la falta de un referente legal que oriente la labor de la doctrina penal" (LARRAURI; BUSTOS RAMIREZ, 1989. p. 39).

¹⁵ Imprescindível destacar que, apesar da análise das obras e teorias de Günther Jakobs, refuta-se, integralmente, o seu discurso em prol de um Direito Penal do Inimigo e de uma distinção ontológica entre pessoas e não-pessoas. Para o autor alemão, aplicam-se às pessoas o Direito Penal do Cidadão e às não-pessoas, o Direito Penal do Inimigo. Este, como é cediço, consiste, dentre outros aspectos, na antecipação da punição, na desproporcionalidade das penas, na relativização ou supressão de garantias e na criação de leis severas aos inimigos selecionados. Conferir: JAKOBS; CÂNCIO MELIÁ, 2005. Também: CÂNCIO MELIÁ, in: BARJA DE QUIROGA: ZUGALDÍA SPINAR, 2004, p. 206-210. Sobre os perigos de justificação de um Direito Penal do Inimigo e a impossibilidade de concretização social e jurídica da dignidade da pessoa humana, conferir: SAAVEDRA, G. A., 2008. No prelo; GERBER, [200-]. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 29 mar. 2006.

¹⁶ Reconhece-se que toda forma de sistematização implica reducionismo da complexidade da dinâmica social. Contudo, a sistematização parece imprescindível para estabelecer rígidos critérios de proteção do indivíduo frente ao poder punitivo estatal.

inserção de novos elementos normativos¹⁷ no tipo penal objetivo com a aceitação de tipos abertos.

Por fim, destaca-se que, com a discussão da moderna teoria da imputação objetiva e de seus elementos normativos, busca-se não (apenas) fomentar discussão de mero academicismo penal; visa-se, também, a possibilitar o influxo de ideias que tornem o direito aplicado um instrumento mais ágil e justo em futuras decisões.

Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, Manuel Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime. *Revista de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, p. 173-205, abr./jun. 1992.

BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

¹⁷ Alguns elementos normativos da teoria da imputação objetiva merecem ser citados e melhor analisados pela doutrina pátria, como o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso, a imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, o fim de proteção da norma, a não-realização do risco não permitido e a diminuição do risco. Aquele elemento é, inegavelmente, o mais discutido e parece ser de fundamental importância na sociedade contemporânea, de riscos (Ulrich Beck). Jakobs aborda, acertadamente, que qualquer contato social implica um risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé: “Por meio de um aperto de mão pode transmitir-se, apesar de todas as precauções, uma infecção; no tráfego viário pode produzir-se um acidente que, ao menos enquanto exista tráfego, seja inevitável, um alimento que alguém serviu pode estar em mau estado sem que tenha sido possível dar-se conta disso; uma anestesia medicamente indicada, e aplicada conforme a *lex artis*, pode provocar uma lesão; uma criança pode sofrer um acidente a caminho da escola, ainda que se estabeleçam medidas de segurança adequadas, e, ao menos para pessoas de idade avançada, pode ser que um determinado acontecimento, ainda que motivado pela alegria, seja demasiadamente excitante.” Jakobs lembra, ainda, que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar ao convívio social. Diante disso, uma garantia normativa que implique a ausência total de riscos não é factível; pelo contrário, o risco à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido. E, em tais situações, se ocorrer um resultado lesivo, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo. Nesse contexto, entende-se que a ordem jurídica não pode cercear a prática de determinadas atividades sob a alegação de que elas colocam em risco dados interesses. Pode-se, apenas, limitar o perigo e permitir tais atividades em determinadas condições (JAKOBS, 2000, p. 34-35). Sobre o princípio da confiança: CALLEGARI, 1999, p. 159-162. No que tange à proibição de regresso, conferir: JAKOBS, 2000, p. 54-72. No que concerne ao âmbito de responsabilidade da vítima, verificar: KREBS, 2006, p. 140-143; TAVARES, 2000, p. 232-233; ANDRADE, 1992, p. 173-205, e p. 191-192. Sobre o fim de proteção da norma e a diminuição do risco: ROXIN, 2008, p. 111-112. Por fim, sobre a não-realização do risco não permitido: CALLEGARI, 2001, p. 35-36.

- BAUMANN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo: acia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Surco, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CALLEGARI, André Luis. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- CALLEGARI, André Luis. O princípio da confiança no direito penal. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 159-162, set. 1999.
- CÂNCIO MELIÁ, Manuel. Crisis del lado subjetivo del hecho?, in: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZUGALDÍA SPINAR, José Miguel (coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 206-210.
- CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea), in: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179-211.
- COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. 2 ed. rev. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. *A crise da modernidade e as suas conseqüências no paradigma penal (um breve excurso sobre o direito penal do risco)*. [S.l.]: Mundo Jurídico, 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70>. Acesso em: 20 set. 2008.
- _____. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. O direito e a legislação penal brasileiros no século XXI: entre a normatividade e a política criminal, in: *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 307-335.
- _____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- _____. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário, in: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Spordeler de (org.). *Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71-96.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo), in: _____. (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-17.

GERBER, Daniel. *Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a velha estória de sempre*. São Paulo: IBCCRIM, [200-]. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 29 mar. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal*. São Paulo: Blog do FLG, 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

KREBS, Pedro. *Teoria jurídica do delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva*. Barueri, SP: Manole, 2006.

LARRAURI, Elena; BUSTOS RAMIREZ, Juan. *La imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1989.

LOPES JUNIOR, Aury. (Des)Velando o Risco e o Tempo no Processo Penal, in: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139-177.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A culpabilidade contemporânea. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 6, p. 17-23, maio/ago. 2000.

PELELLA, Eduardo Botão. Da imputação objetiva: aplicabilidade no direito brasileiro e revisão da dogmática penal dominante. *Revista da Esmese*, Aracaju, n. 7, p. 79-94, 2004.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, direito penal e garantias, in: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 359-376.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e a sua exclusão no direito penal. Tradução Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 46-72, fev. 2004.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAAVEDRA, G. A. Dignidade e segurança: o problema da tortura revisitado pela criminologia do reconhecimento. *Veritas*, Porto Alegre, 2008. No prelo.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria da imputação objetiva: apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 13 ed. Porto: Afrontamento, 2002.

SCHUNEMANN, Brend. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad, in: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TISNADO SOLIS, Luis Alberto. *Finalismo e imputación objetiva: la discusión*. [S.l.: s.n., 200-]. Disponível em: <<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/solis.htm>>. Acesso em 16 mar. 2008.

ZAFFARONI, Raul. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A teoria da *deepening insolvency* no Brasil: a responsabilidade do administrador pelo agravamento da crise de sociedades empresárias

*The Deepening Insolvency Theory in Brazil: The administrators' liability for
worsening corporation's financial and economical crisis*

Ricardo Padovini Pleti

Professor da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia,
Departamento de Direito Civil. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Empresarial pela
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
e-mail: direitoricardo@hotmail.com

Rodrigo Pereira Moreira

Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.
e-mail: rodrigopm.90@gmail.com

Resumo: No Brasil, não há o dever de o administrador propor recuperação judicial ante a crise econômica e financeira da sociedade. Todavia, o Direito Positivo Brasileiro contém outras regras jurídicas capazes de promover a responsabilidade civil do dirigente que, mediante sua ação ou omissão, provoca o agravamento da insolvência da pessoa jurídica. Isso permite sustentar a possibilidade de aplicação da teoria da *deepening insolvency* em cortes nacionais mediante a indicação de dispositivos específicos da legislação pátria e a fundamentação teórica proveniente do direito comparado, notadamente o direito norte-americano.

Palavras-chave: responsabilidade; perda da chance; recuperação judicial

Abstract: In Brazil, there isn't an administrator duty of proposing judicial reorganization in face of the corporation's economical and financial crisis. However, Brazilian Law contains other juridical rules that are able to promote the civil responsibility of the leader who, through action or omission, increases the company's insolvency. This allows the support of the applicability of the *Deepening Insolvency's* theory in national courts by indicating specific Brazilian norms of legislation and the theoretical foundation of comparative law, notably the U.S. law.

Keywords: liability; chance loss; judicial reorganization

1. Introdução

A teoria da *deepening insolvency*¹ consiste em causa específica de imputação de responsabilidade baseada no prolongamento artificial da vida da sociedade para além

¹ O termo *deepening insolvency* foi cunhado pela primeira vez na decisão *Schacht v. Brown* da Corte de Apelações da 7ª Região (EUA) e sua tradução livre corresponde à ideia de responsa-

do início do estado de insolvência. Nesse caso, se os atos que agravaram a crise repercutirem aumento de débitos e conseqüente impossibilidade de pagamento face à redução de ativos, sócios e credores poderão pleitear reparação pelos danos indiretamente experimentados².

Do conceito delineado acima se percebe o quão ampla é essa doutrina, pois abrange situações que englobam desde administradores, passando por auditores, credores privilegiados que exercem influência determinante na gestão social, e até advogados que deixam de alertar os dirigentes para condutas que tipificariam infração a seus deveres. Além disso, a aplicação da *deepening insolvency* prescinde do elemento fraude e também não exige como pressuposto a decretação da falência ou a dissolução irregular da sociedade empresária.

Opta-se, então, por delimitar o problema aos casos em que a falência ou a dissolução irregular da sociedade ocorre porque o *administrador* se omitiu em requerer a precedente recuperação da empresa e, em contrapartida, acentuou o desequilíbrio econômico de *sociedade anônima ou limitada* com decisões violadoras de seus deveres legais. São exemplos desses casos as fraudes praticadas mediante dissipação de ativos, concessão de garantias privilegiadas, malversação de empréstimos vultosos ou mesmo por meio da falsificação dos balanços, deturpando as condições financeiras da sociedade³.

Em tal conjuntura, cabe perquirir se seria possível aplicar a teoria da *deepening insolvency* no Brasil. Para tanto, é necessário admitir que os credores e/ou sócios não integralmente satisfeitos após o rateio da massa ou a liquidação da pessoa jurídica possam mover ação de responsabilidade civil contra os administradores para o ressarcimento dos prejuízos advindos da extinção da sociedade. Mas advirta-se, desde já, que tal responsabilidade somente subsiste quando a quebra decorre diretamente da ação ou omissão dos dirigentes, cujo comportamento é responsável pelo aprofundamento da crise econômico-financeira do negócio.

2. Bases teóricas da *deepening insolvency* no Direito norte-americano

Dentre as razões que a jurisprudência norte-americana aponta para aplicar a *deepening insolvency*, assume relevância a tese de que os deveres dos administradores não são apenas para com a sociedade e os sócios, estendendo-se também aos credores (*resi-*

bilidade por atos que ocasionaram o “aprofundamento da insolvência” da sociedade. *Schacht v. Brown*, 711 F. 2d 1343, 1350 (7th Cir. 1983).

² *Kittay v. Atlantic Bank of New York (In re Global Service Group, LLC)*, 316 B.R. 451, 456 (Bankr. S.D.N.Y. 2004); *Official Committee of Unsecured Creditors and R2 Investments v. Credit Suisse First Boston (In re Exide Technologies, Inc.)*, 299 B.R. 732, 751n.11 (Bankr. D. Del. 2003).

³ Richard Posner entende que a teoria da *deepening insolvency* pode ser invocada quando é dissimulado o estado de perigo financeiro em que se encontra uma companhia, o qual, se descoberto mais cedo, teria viabilizado sua sobrevivência de forma reorganizada. *Fehribach v. Ernst & Young LLP*, 2007 WL 2033734 (7th Cir. 7/17/07).

dual claimants). Desse modo, a amplitude conceitual dos “deveres fiduciários” dos dirigentes (*fiduciary duties*) permitiu encaixar o tipo particular de responsabilidade pelo agravamento da insolvência (FRANKLIN, 2007, p. 459).

Assim, a *deepening insolvency* configura forma de tutela da confiança nas relações empresariais, vez que os deveres de diligência e lealdade (*duties of care and loyalty*) proíbem aqueles que detém poder de direção dos negócios de perseguir os próprios interesses em detrimento dos credores. Sob esse viés, seus atos precisam ser realizados com probidade e coerência com o melhor interesse da sociedade, visando manter sua real saúde financeira.

Nesse sentido, cabe elucidar que

no direito norte-americano é bastante controversa a possibilidade de extensão deste dever também aos credores da sociedade. Neste caso, discute-se se o administrador de uma companhia também possuiria deveres fiduciários em relação aos credores. A hipótese é debatida quando os administradores, cientes de que a companhia está na chamada “zona de insolvência” e não possui meios para se recuperar, não confessam a falência desta. Muito embora já tenham plena ciência de que não há chance de recuperação, os administradores acabam realizando mais empréstimos a juros cada vez mais altos, onerando os últimos ativos da companhia, de forma a prolongar artificialmente a “vida” daquela companhia deficiente. Como disse, nos Estados Unidos esta teoria é conhecida por “*deepening insolvency*” e encontra algumas decisões favoráveis, reconhecendo que os administradores também teriam deveres fiduciários perante seus credores, de modo que naquela hipótese em que se pretende prolongar artificialmente a existência daquela companhia, na hipótese de decretação da falência, eles poderiam ser responsabilizados pela má escolha que fizeram, deixando de preservar os ativos com a confissão da falência. Ora, se tivessem requerido a falência no momento em que tiveram ciência de que estavam na zona de insolvência, mais ativos teriam sido arrecadados e, portanto, um número maior de credores poderiam ser pagos. No entanto, como preferiram prolongá-la, mesmo sem qualquer chance de reorganização, realizando novos empréstimos e vendendo seus ativos, com a decretação da falência, menos credores serão pagos, pois os ativos já não mais existem (VAZQUEZ, 2009, p. 179-180).

Fiel à noção de que “direito comparado” não equivale a “direito copiado”, há que se investigar acerca do arcabouço científico suscetível de viabilizar a aplicação daquela teoria no Brasil. Assim, cabe relacionar os principais argumentos aptos a justificá-la.

3. Fundamentos para recepção do instituto pelo Direito Brasileiro

No direito brasileiro, a disciplina jurídica dos deveres dos administradores pode ser sintetizada em uma única parêmia latina, qual seja: *honeste vivere, neminem laedere suum cuique tribuere* – viver honestamente, não prejudicar a ninguém, dar a cada um o que é seu (CORRÊA-LIMA, 2003, p. 227). Dentre as várias regras menores que podem

ser extraídas desse princípio, tem-se a necessidade de atuação pautada na boa-fé, da qual se originam vários deveres anexos. Entre eles, convém salientar o dever de mitigar as próprias perdas (*duty of mitigate the loss*), pois o patrimônio da sociedade é a garantia de satisfação dos interesses de sócios e credores.

Com supedâneo no princípio da eticidade, tal dever – bastante difundido no plano do direito contratual – impõe minimizar as perdas sofridas pela pessoa jurídica que enfrenta obstáculos econômico-financeiros. Nesse contexto, impende analisar se o desequilíbrio patrimonial denota crítica deterioração do fluxo de caixa que impossibilita a sociedade de, mesmo somando a capacidade de reversão dos ativos em bens líquidos, fazer frente às dívidas.

Uma vez delineado esse quadro, para mitigar os prejuízos que estão por vir, é função do administrador interpor recuperação (extra)judicial caso a empresa seja viável e a crise se revele insuperável pelos meios ordinários de ajuste empresarial. Se ele negligenciar o juízo de racionalidade fundado no bom “senso de negócios” que se espera de todo dirigente societário, os terceiros prejudicados estarão legitimados a demandar a respectiva indenização. Mas a transgressão dos mencionados deveres não é o único motivo para se responsabilizar aqueles que conduzem a atividade empresarial em meio a dificuldades.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), já sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça⁴, também chancela a imputação dos danos provenientes da quebra. Essa figura jurídica se caracteriza quando alguém vê frustrada uma expectativa ou oportunidade futura que, dentro da lógica do razoável, concretizar-se-ia se os fatos tivessem seguido seu curso normal. Frise-se, contudo, que essa chance deve ser séria e real, ou seja, calcada na probabilidade de que haveria o ganho e na certeza de que da vantagem perdida resultou um prejuízo (PEREIRA, 2001, p. 42).

Quando a reorganização da empresa é postergada, os interesses dos credores e sócios são lesionados em maior ou menor grau. Isso porque o pedido de recuperação permitiria a continuidade da empresa, bem como o subsequente cumprimento das obrigações – ainda que extraordinário – e conservação do valor das quotas ou ações. Logo, a não-diligência ou a ação fraudulenta do administrador importam na perda da chance de preservar, total ou parcialmente, tanto a possibilidade de satisfação dos créditos quanto o valor das participações societárias.

Entretanto, convém levar em conta que os benefícios que seriam auferidos com a recuperação (extra)judicial não eram certos, mas, sim, aleatórios. Por isso, o magistrado deverá calcular a indenização com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fazendo um juízo de probabilidade fundado na viabilidade econômica da empresa antes do aprofundamento da insolvência e nos reflexos que os atos ilegais produziram ao patrimônio social.

Mas observe-se que não basta a declaração da falência ou a dissolução irregular da sociedade para imputar, direta e imediatamente, os danos aos administradores. Essa

⁴ STJ, REsp 788.459/BA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, 08.11.2005, DJ 13.03.2006, p 334.

é apenas uma condição objetiva para aplicação da doutrina da *deepening insolvency* no Brasil, ou seja, um pressuposto processual da ação de responsabilidade.

O agravamento da insolvência somente importará fonte de obrigação por ato ilícito caso se demonstre que, em determinado momento, o dirigente foi omissivo e violou seus deveres legais ao perder uma séria oportunidade pretérita de tentar salvar o negócio por meio da decretação da recuperação (extra)judicial, alcançando todos os benefícios dela resultantes (ARAGÃO, 2009, p. 184).

A conduta ilegal que piorou o desequilíbrio patrimonial será ainda mais reprovável quando tipificar o ilícito funcional consubstanciado pelo abuso de direito, o qual se caracteriza quando o exercício de um direito exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social ou pela boa-fé (art. 187 do CC/02). Em razão disso, quem comanda a sociedade empresária não pode desempenhar seus poderes afrontando tais ditames.

É o que ocorre quando se procrastina a recuperação da empresa mediante operações societárias que, embora lícitas em seu conteúdo, são antijurídicas em sua forma. Por exemplo, se a sociedade, após ter incidido na zona de insolvência, toma empréstimos de um banco a juros altos para, em seguida, emprestar o dinheiro a parentes de administradores com base em taxas ínfimas de juros⁵. Nessa hipótese, sócios e credores poderão reclamar os prejuízos derivados dos atos praticados pelos dirigentes que “afundaram” o negócio.

Convém também assinalar que, em termos pragmáticos, a adoção da *deepening insolvency* é perfeitamente possível no Brasil. Isso porque a Lei de Falências e Recuperação de Empresas brasileira oferece instrumento processual que possibilita apurar a responsabilidade pela perda da chance de salvamento da sociedade (art. 82 da Lei 11.101/05).

4. Principais óbices à responsabilização pelo aprofundamento da insolvência no Direito Brasileiro

Todavia, a despeito das múltiplas razões que recomendam a aplicação da doutrina da *deepening insolvency* nas cortes pátrias, surgem alguns obstáculos à sua implementação num sistema organizado segundo os moldes do *civil law*.

O primeiro deles diz respeito à ausência de dispositivo legal impondo a obrigação de que os administradores de sociedades empresárias em crise econômico-financeira requeiram sua recuperação judicial ou extrajudicial. Ao cogitarem sobre essa lacuna, os tribunais estadunidenses desenvolveram atividade criativa ao expandir certos deveres dos administradores às relações com os credores, exigindo comportamento

⁵ *Hannover Corp. of America v. Beckner*, 211 B.R. 849, 854 (M.D. La. 1997), (*In re Latin Inv. Corp.*), 168 B.R. 1, 5 (Bankr. D.C. 1993).

balizado na máxima probidade para com estes, de modo a evitar a dilapidação fraudulenta do patrimônio da sociedade⁶.

Nesse ponto, identifica-se outro percalço ao emprego da teoria do “aprofundamento da insolvência” pelos juízes nacionais, pois aqui inexistente previsão legal do dever de respeitar os interesses dos credores. Por causa disso, sustenta-se que a lesão indireta suportada pelos sócios e credores deve resultar de ato cometido em desacordo com os deveres gerais de obediência (à lei e ao estatuto), diligência e lealdade aos quais os administradores estão submetidos.

Destarte, o polêmica central a ser superada para implementação da *deepening insolvency* no direito pátrio concerne à tênue distinção entre atos de gestão temerária e aqueles que, muito embora pressuponham alto risco, são aceitáveis perante condições que avizinham a insolvência, porque autorizados pela excludente denominada “regra de julgamento dos negócios” (*business judgment rule*). Ou seja, compete discernir quais os limites colocados à discricionariedade dos dirigentes de sociedades empresárias que operam em desequilíbrio patrimonial, considerando-se o fato de que uma sociedade não é um organismo biológico para se presumir que qualquer forma de estender artificialmente sua existência lhe traz benefícios⁷.

Nessa linha, convém mencionar que

nos EUA uma decisão sempre muito citada sobre este tema é *Trenwick America Litigation Trust v. Ernst & Young, L.*, podendo ser destacada a posição da Corte de Delaware que não reconheceu, no caso em tela, a previsão legal que obrigaria o administrador confessar a falência da companhia: *Trenwick America Litigation Trust v. Ernst & Young, L. L. P.*, 906 A. 2d 168, 204 (Del. CH. 2006). Esta decisão pode ser consultada no próprio site da Corte de Delaware. Observe-se que a Lei Espanhola de Falências – Ley 22/2003, recentemente modificada pelo Real Decreto-Ley 03 de 27 de março de 2009, no artigo 5º impõe ao devedor a confissão de sua falência e, caso não a solicite, sua falência será considerada culposa, conforme artigos 164 e 165. No Brasil, entendemos que há possibilidade de sanção do devedor que deixar de requerer sua falência, com base nos artigos 105 c/c 82 da Lei de Falências (VAZQUEZ, 2009, p. 180).

5. Razões para desenvolvimento do tema pela doutrina jurídica nacional

A economia mundial, aos poucos, se reergue do colapso deflagrado há alguns anos, mas que tomou proporções gigantescas em 2008, com a falência do tradicional banco de investimento estadunidense *Lehman Brothers*, fundado em 1850. A ela se seguiu, no espaço de poucos dias, a constatação da “falência técnica” da maior seguradora dos Estados Unidos da América, a *American International Group* (AIG).

Interessante notar que os analistas financeiros apontam como uma das principais razões da crise econômica o fato de as inovações financeiras terem superado a ca-

⁶ *Steinberg v. Kendig* (*In re Ben Franklin Retail Stores, Inc.*), 225 B.R. 646, 652, n. 10 (Bankr. N.D. Ill. 1998).

⁷ *Bloor v. Danskere* (*In re Investors Funding Corp.*), 523 F. Supp. 533, 541 (S.D.N.Y. 1980).

pacidade de avaliação dos riscos pelos chefes das corporações, notadamente os bancos (NORRIS, 2008, p. 5). Esse cenário evidencia a relevância dos institutos jurídicos envolvidos na discussão sobre a responsabilidade pelo “aprofundamento da insolvência” ocasionado por ações ilícitas do administrador acompanhadas da omissão em se aproveitar uma oportunidade de reorganização.

Paradoxalmente, a justiça brasileira sempre foi pouco provocada em matéria de responsabilidade dos administradores de sociedades empresárias em geral, sendo quantitativamente pequena a contribuição do Poder Judiciário nessa área. E isso influi na própria qualidade das decisões, haja vista que o número reduzido de orientações sobre o assunto não permite maior desenvolvimento de pesquisas, estudos, reflexões e *insights* (CORRÊA-LIMA, 1989, p. 101).

Daí a necessidade de se lançar mão de tecnologia jurídica desenvolvida num sistema do *common-law* para se construir teoria capaz de vencer os desafios enfrentados pelo direito de empresa contemporâneo. Isso porque o mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica não atende às exigências de celeridade e pronta satisfação dos interesses lesionados de modo tão eficaz quanto a responsabilização pessoal dos que têm as rédeas dos negócios.

Nessa esteira, o objetivo central do estudo é demonstrar a possibilidade de se aplicar, no direito brasileiro, vertente específica da *deepening insolvency* proclamada por Richard Posner, a qual se traduz na responsabilidade pelo agravamento da crise decorrente de se ter postergado uma oportunidade de reorganização⁸. Pretende-se, assim, sustentar que sócios e credores terão direito à reparação caso os administradores tenham atuado em divergência com seus deveres legais e, com isso, intensificado os danos provenientes do fim da sociedade.

A comprovação de que essa causa específica de imputação de responsabilidade se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro trará importantes contribuições à ciência jurídica nacional. Dentre elas, seleciona-se a criação de instrumento essencial à tutela dos interesses de sócios e credores que, indiretamente, arcam com os prejuízos oriundos da má direção.

Principalmente no tocante à adequada proteção dos sócios minoritários, o Poder Judiciário nem sempre dispõe de mecanismos efetivos para defesa contra os abusos perpetrados pelos controladores que compõem a administração societária. Sob essa ótica, constata-se que uma proteção mais eficaz do sócio não controlador poderia encorajar e atrair para o mercado de valores mobiliários os milhares de pequenos investidores, o que fortaleceria a empresa privada e beneficiaria o empresariado como um todo (CORRÊA-LIMA, 1994, p. 132).

Outro efeito proeminente da construção da sugerida tese atine à melhor disciplina da conduta dos dirigentes empresariais ao se exigir que seja estribada pelos valores propagados pela boa-fé objetiva. Daí a ampliação do rol de sujeitos passivos (ex. sócios e credores) aos quais seus deveres se vinculam, o que está em sintonia com os princípios da função social e da preservação da empresa.

⁸ *Fehribach v. Ernst & Young LLP*, 2007 WL 2033734 (7th Cir. 7/17/07).

Mas para atingir os fins colimados pela pesquisa é essencial efetuar abordagem marcada por elevado grau de interdisciplinaridade, porquanto norteada pela ideia de *diálogo das fontes*. Essa recente teoria preconiza que a pluralidade de fontes legislativas existentes em diversos setores do ordenamento jurídico deve ser coordenada para uma aplicação coerente e simultânea que alcance sua principal *ratio*: a proteção efetiva dos interesses regulados (JAYME, 1995, p. 36).

Nesse sentido, será imprescindível lançar mão de dispositivos provenientes da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, do Código Civil e da Lei de Sociedades Anônimas para, sob o prisma de sua aproximação principiológica, prover meio adequado de tutela às pretensões emergentes de lesões perpetradas pela má-gerência da sociedade empresária.

Todavia, no exercício dessa tarefa hermenêutica será imprescindível resolver certas controvérsias referentes à problemática enfrentada, as quais consubstanciam propósitos intermediários e específicos da pesquisa sugerida e se sintetizam nas seguintes indagações:

- a) Quais são os deveres impostos aos administradores na hipótese específica de uma sociedade em dificuldades?
- b) Tais imperativos exigem deles a imediata conduta no sentido de evitar o agravamento da crise econômico-financeira mediante o dever específico de propor recuperação (extra)judicial?
- c) A necessidade de atuar com diligência, probidade e lealdade vincula os administradores apenas à sociedade e seus membros ou também aos credores?
- d) Os dirigentes podem ser acionados direta e judicialmente pelos credores?
- e) A regra do *business judgment rule* constituiria excludente de responsabilidade daquele que conduz a empresa?
- f) A ação de responsabilidade civil pela perda da oportunidade de promover recuperação (extra)judicial é compatível com o direito pátrio?
- g) Quais critérios permitem identificar os tênues limites que separam a atuação prudente do administrador – que pressupõe risco – e a conduta temerária e inidônea ensejadora de responsabilidade civil pelo “aprofundamento da insolvência”?
- h) Qual postura do administrador terá valor preponderante para o direito: a atuação destemida orientada à maximização da capacidade financeira do negócio ou o procedimento estritamente voltado à identificação de indícios concretos da condição de insolvência?

6. Conclusão: sugestão de roteiro para aprofundamento de estudos sobre a teoria da *deepening insolvency*

Como metodologia a ser utilizada na busca de informações sugere-se a adoção de pesquisa bibliográfica, pois tanto no Direito Brasileiro como no Direito Comparado

podem ser encontradas fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

Pelo método dedutivo, é possível analisar se há compatibilidade da teoria da *deepening insolvency* para com o sistema jurídico pátrio no que tange à situação específica do administrador que agravou a crise mediante atos violadores de seus deveres legais. Essa conduta deve, ainda, estar associada à negligência em promover a reorganização da empresa com a propositura de recuperação (extra)judicial ou com a adoção de qualquer outra medida de reajuste financeiro fundada nas técnicas modernas de administração. Logo, o procedimento utilizado também deve englobar, indispensavelmente, a interpretação das normas jurídicas, juntamente com a análise de situações concretas, provenientes da jurisprudência nacional e internacional.

Por outro lado, convém utilizar decisões (*case law*) que trataram da *deepening insolvency* nos Estados Unidos da América, e estas, aliadas aos ensinamentos dos doutrinadores, servirão como base de pesquisa para apontar hipóteses análogas em que caberia a aplicação da teoria no Brasil.

Num primeiro momento, pretende-se coletar material nacional e internacional, englobando normas jurídicas, doutrina e julgados nos quais a teoria da *deepening insolvency* foi utilizada para o fim específico de promover a responsabilização de administradores por infrações de deveres legais que pioraram sensivelmente a crise econômico-financeira da sociedade.

Em seguida, far-se-á um painel geral dos entendimentos de juristas norte-americanos, para analisar as posições favoráveis e contrárias à aplicação do instituto e avaliar possíveis óbices à sua transposição para o direito brasileiro. Isso permitirá conhecer os principais contornos, bem como a amplitude da doutrina da *deepening insolvency* nos EUA.

Ato contínuo, serão investigados postulados do sistema jurídico nacional que se coadunam com a aplicação do instituto nos tribunais pátrios e que podem ser erigidos como seus fundamentos, tais como a necessidade de proteção do sócio minoritário, os princípios da função social e da preservação da empresa, a tutela da confiança nas relações empresariais e os deveres fiduciários (*fiduciary duties*) dos administradores de sociedades em crise.

Por derradeiro, serão analisados certos aspectos do assunto indispensáveis à sua clara compreensão, como, por exemplo, os requisitos para a aplicação da *deepening insolvency* no Brasil, os limites que devem permear sua execução, a regra do julgamento dos negócios (*business judgment rule*) e a possibilidade de utilização da teoria em lides específicas nacionais.

Referências

ARAGÃO, Leandro Santos de. “Deveres dos administradores de sociedades empresárias em dificuldade econômico-financeira: teoria da *Deepening Insolvency* no Brasil”, in: CAS-

TRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.) *Direito Societário: Desafios Atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 178-185.

BERNSTEIN, Michael L.; MALLOY, Charles A. Deepening Insolvency: An emerging theory of liability, in: *Bloomberg Corporate Law Journal*. v. 1, 2006, p. 406-421.

CARVALHO, Lucila de Oliveira. *A Responsabilidade do Administrador da Sociedade Limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2.

CASPER, Mathias. Liability of the Managing Director and the Shareholder in the GmbH (Private Limited Company) in Crisis, in: *German Law Review*, v. 9, n. 9, set. 2008, p. 1125-1140.

CASTRO, Moema Augusta Soares; CARVALHO, William Eustáquio de. *Direito Falimentar Contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3. ed. São Paulo: Del Rey, 2005.

_____. *Sociedade Limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

_____. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperações de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DINIZ, Saad Gustavo. *Responsabilidade dos administradores por dívidas das sociedades limitadas*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

DINSMOOR, Theodore. *Director Decision Making in the Zone of Corporate Insolvency*. 47 B.B.J. 18, 2003.

FRANKLIN, Taera K. Deepening Insolvency: What it is and why it should prevail, in: *New York University Journal of Law & Business*. 2007, p. 435-478.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2005.

PAES, Paulo Roberto Tavares. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedades*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

RIBSTEIN, Larry E.; ALCES, Kelli A. Directors' Duties in Failing Firms, in: *University of Illinois Legal Working Paper Series. University of Illinois Law and Economics Working Papers. Working Paper 50*. Jan. de 2006.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A: Business Judgement Rule*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007.

STANGHELLINI, Lorenzo. *Directors' Duties and the Optimal Timing of Insolvency: A Reassessment of the "Recapitalize or Liquidate" Rule*. Disponível em: <http://www.eale09.eu/ocs2/index.php/EALE/roma09/paper/view/337/139>. Acesso em 16/09/09.

SUSSMAN, Ronald R.; KLEINE, Benjamin H. What Is Deepening Insolvency, in: *Journal of Bankruptcy Law and Practice*, vol. 15, n. 6, dez. 2006, p. 793-799.

VAZQUEZ, Juan Luiz Souza. *A sociedade de propósito específico na parceria público-privada: uma análise de direito societário*. 2009. 262 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2009.

WILLETT, Sabin. The Shallows of Deepening Insolvency, in: *Business Law*. n. 60, 2005, p. 549-575.

Referências Jurisprudenciais

Bloor v. Dansker (In re Investors Funding Corp.), 523 F. Supp. 533, 541 (S.D.N.Y. 1980).

Fehribach v. Ernst & Young LLP, 2007 WL 2033734 (7 Cir. 7/17/07).

In re Parmalat Securities Litigation, 2007 WL 2263893 (S.D.N.Y 8/8/07).

Florida Dep't of Ins. v. Chase Bank, 274 F.3d 924, 935 (5th Cir, 2001).

Hannover Corp. of America v. Beckner, 211 B.R. 849, 851 (N.D. La. 1997).

Kittay v. Atlantic Banc of New York, 316 B.R. 451, 456 (Bankr. S.D.N.Y. 2004).

Miller v. McCown De Leeuw & Co. (In re The Brown Schools), n. 06-50861, 2008 Bankr LEXIS 1226 (Bankr. D. Del. Apr. 24, 2008).

McHale v. Huff (In re Huff), 109 B.R. 506, 512 (Bankr. S.D. Fla. 1989).

Official Committee of Unsecured Creditor v. R.F. Lafferty & Co., 267 F. 3d 340, 347-50 (3d Cir. 2001).

Official Committee of Unsecured Creditors and R2 Investments v. Credit Suisse First Boston (In re Exide Technologies, Inc.), 299 B.R. 732, 751n.11 (Bankr. D. Del. 2003).

Peoples Department Stores Inc. v. Wise, (2004) 3 S.C.R. 461.

Schacht v. Brown, 711 F. 2d 1343, 1350 (7th Cir. 1983).

Seitz v. Detweiler, Hershey & Assocs., P.C. (In re CitX, Inc.), 448 F. 3d 672 (3d Cir. 2006).

Steinberg v. Kendig (In re Ben Franklin Retail Stores, Inc.), 225 B.R. 646, 652, n. 10 (Bankr. N.D. Ill. 1998).

Trenwick America Litigation Trust v. Ernst & Young LLP, 906 A.2d 168, 204 (Del. Ch. 2006)

Medidas constitucionais de exceção: breve estudo sobre a realidade brasileira

Constitutional measures of exception: a brief study on the Brazilian reality

Rodrigo Cogo

Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), e docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), unidade de Paranaíba, MS. e-mail: profcogo@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho tem por escopo a apreciação das características principais do Estado de Exceção, segundo os pensamentos de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, contextualizando suas ideias no contemporâneo cenário jurídico constitucional brasileiro. O desenvolvimento desta investigação tomará por baliza o sistema de crises que fomenta o uso das medidas de exceção previstas na Constituição Federal do Brasil. Serão adotados, para tanto, o emprego do método dedutivo, bem como a pesquisa bibliográfica de autores que discorrem sobre o tema. Ao final, pretende-se aproximar o leitor do universo, aparentemente conflitante, em que se inserem o respeito ao Estado Democrático de Direito e o chamamento à baila da figura do Estado de Exceção, a provisionando subsídios teóricos para uma compreensão crítica a respeito de assunto tão intrigante.

Palavras-chave: estado de exceção; Constituição Brasileira; medidas de exceção.

Abstract: The present work aims at assessing the main features of the state of exception, according to the thoughts of Carl Schmitt and Giorgio Agamben, contextualizing their ideas in the contemporary scene of the Brazilian constitutional law. The development of this inquiry will take for beacon the system of crises that foment the use of the foreseen measures of exception in the Federal Constitution of Brazil. We will adopt, this way, the work of the deductive method, as well as the bibliographical research of authors who discourse on the subject. To the end, we intend to lead the reader close to the apparently conflicting sphere, in which there is the respect to the Democratic State of Right and the evidence of the figure of the State of Exception, provisioning theoretical subsidies for a critical understanding regarding such intriguing subject.

Keywords: state of exception; Brazilian Constitution; measures of exception.

Introdução

Remonta do final do século XVIII, consequência do movimento burguês revolucionário que se opunha ao absolutismo, o surgimento do Estado de Direito, que nasce com o objetivo de subjugar seus governantes à vontade emanada pelas leis. Neste cenário, o poder do Estado passa a ser legitimado pelo direito, que é uma regra derivada

do seio social e baseada no que se entendia como a lei moral da época. O direito encontra-se, a partir deste novo modo estatal, diretamente relacionado com uma sociedade organizada, pois é por meio dele que serão edificadas as normas que a disciplinarão.

Dentro do Estado de Direito, as leis têm o condão de regular não só a conduta humana, mas também a ação estatal, sendo, para tanto, imprescindível a presença de dois requisitos básicos, quais sejam, a proteção às garantias individuais e a limitação do arbítrio do poder estatal. Neste sentido, o pensamento de que o Direito não surgiu para oprimir, gerar inseguranças sociais, impor modelos imutáveis a serem seguidos e servir de manipulação de interesses, deve estar sempre evidenciado.

Ocorre, no entanto, que numa sociedade em que a ordem e a paz social não se fazem presentes harmoniosamente, imperioso se faz o uso de expedientes aptos à implementação destes dois componentes de extrema importância para o bom andamento da organização estatal vigente.

E, nesta esteira de entendimento, faz-se relevante a abordagem que este estudo propõe, tomando como elemento de análise as medidas de exceção, como expedientes com capacidade de restringir as garantias individuais e, ao mesmo tempo, ampliar o arbítrio do poder do Estado, correlacionando-a com o Estado Democrático de Direito, que em seu cerne, não admite abusos contra os direitos e garantias de seus cidadãos.

Este trabalho, então, partirá da compreensão de conceitos gerais, como Estado de Exceção e medidas de exceção, bem como as suas aplicações, via de institutos específicos, num Estado de Direito, utilizando, *in casu*, o que prevê o ordenamento jurídico brasileiro, por meio de sua Constituição Federal. Para tanto serão utilizadas as linhas de pensamento de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, no que tange ao Estado excepcional e suas medidas, e, as lições de José Afonso da Silva, J. J. Gomes Canotilho, dentre outros, acerca da recepção destes institutos por um Estado de Democrático de Direito, para ao final proporcionar delineamentos conclusivos sobre tal problemática.

1. Estado de exceção

O Estado de Exceção conceitua-se, *a priori*, como um período em que parcelas da ordem jurídica, sobretudo aquelas reservadas à proteção das garantias fundamentais, são suspensas por medidas advindas do Estado, com o objetivo de atender necessidades urgentes e específicas. Tais medidas de cunho excepcional têm poder normativo, sendo apresentadas, portanto, como parte do Direito, mesmo que suspendam, por um momento, o próprio ordenamento jurídico.

1.1. O pensamento de Carl Schmitt

Ao optar pelo estudo do Estado de Exceção, impõe que se acoste qualquer compreensão de seus fundamentos em Carl Schmitt, seguramente o seu principal teórico. As suas obras nas décadas de 1920 e 1930 aprofundam, ainda nos dias de hoje, os alicerces conceituais do tema, cuja atualidade permanece notável.

Para Schmitt a ordem jurídica, tal como toda e qualquer ordem, precisa ancorar-se numa decisão e não em uma norma de consenso. As questões concernentes à ordem e segurança necessitam advir de uma decisão soberana, sendo pautadas por situações de exceção. Assim, quando contradições aparecem no interior de um Estado, é ele próprio, via de seu Governo, que deve resolvê-las, solucionando o conflito instaurado, com vistas a extinguir a inquietação da segurança pública.

A partir desta premissa percebe-se que Schmitt utiliza o texto contido no artigo 48 da Constituição de Weimar, Lei Fundamental alemã, instrutor de que: “Quando um Território não cumpre os deveres que lhe impõe a constituição ou as leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigar-lhe a fazê-lo com as forças armadas”, para abalizar seus ensinamentos acerca do Estado de Exceção. Para ele, com fulcro neste artigo, se a segurança e a ordem públicas se alterassem, colocando em perigo a integridade do Reich, natural seria que seu presidente lançasse mão de medidas rigorosas para o restabelecimento do *status quo*, não relutando em momento algum em intervir neste sentido, caso fosse preciso, com o apoio de suas forças armadas.

Na visão de Carl Schmitt (2006, p. 7 e 13), em sua obra Teologia Política, o Estado de Exceção caracteriza-se por ser um período em que ocorre a suspensão de toda ordem existente. Entretanto, resta evidente que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo o Estado de Exceção diferente do que se visualiza na anarquia ou em situações caóticas, subsiste, no sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não jurídica. A existência do Estado, nesta situação, mantém uma supremacia deste sobre a norma jurídica, que está, pois, suspensa pela situação excepcional imposta. Em Estado de Exceção, o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo possível, tornando-se absoluta em sentido real. Segundo o autor citado, vale a definição de que Soberano é aquele que tem o poder de decidir sobre o Estado de Exceção.

A anormalidade de uma situação excepcional para Schmitt é elemento por demais instigante, conforme se pode notar da reflexão acerca da exceção trazida por ele, a qual a transcreve-se *ipsis litteris* a seguir:

A exceção é mais interessante do que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição. [...] E, quando se quer estudar corretamente o caso geral, somente se precisa observar uma real exceção. Ela esclarece tudo de forma muito mais clara que o geral em si. Com o tempo, fica-se farto do eterno discurso sobre o geral; há exceções. Não se podendo explicá-las, também não se pode explicar o geral. Comumente, não se nota a dificuldade por não se pensar no geral com paixão, porém com uma superficialidade cômoda. A exceção, ao contrário, pensa o geral com paixão enérgica (SCHMITT, 2006, p. 15).

A teoria schmittiana, sob tal aspecto é combatida de forma veemente por Giorgio Agamben, que se recusa a ofertar qualquer natureza jurídica às chamadas medidas de exceção, cujo desígnio passa a ser a negação do próprio Direito.

De forma bastante crítica, Agamben destaca o que identifica como incoerências nas teses de Schmitt, situações estas que o presente trabalho pretende trazer ao leitor nas linhas que se seguem.

1.2. A visão de Giorgio Agamben

Segundo a obra de Giorgio Agamben, as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas, as quais não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal (AGAMBEN, 2003, p. 12).

Para tanto, parte da análise de alguns aspectos identificados na obra do autor alemão, especialmente na parcela em que este se dedica a demonstrar a possibilidade de coexistência entre o estado de exceção e a ordem jurídica constituída.

A argumentação de Agamben se inicia com a afirmação de que, para Carl Schmitt, o Estado de Exceção traz em si uma ordem, ainda que não jurídica, tratando-se, em verdade, de medidas que acarretam a suspensão do Direito. A finalidade, contudo, seria a de criar condições para que o Direito, e, deste modo, a Constituição possa voltar a ser aplicada em sua plenitude, com a derrubada das barreiras que impunham sua momentânea suspensão (AGAMBEN, 2003, p. 55).

As manobras de Schmitt, buscando incluir o Estado de Exceção no ordenamento jurídico, tratando-o como um modo de exteriorização deste, na perspectiva de Agamben, constituem, indubitavelmente um mote que não encontra qualquer amparo. Afinal, “se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica?” (AGAMBEN, 2003, p. 39).

Na defesa de sua doutrina sobre o Estado das medidas excepcionais, Giorgio Agamben busca o diálogo com outros autores que vão além de Carl Schmitt, buscando, pois, os sustentáculos de suas conclusões em fronteiras que se estendem além do preconizado na literatura europeia, pautando-se em situações assemelhadas colhidas no que fora praticado durante o Império Romano. Este arcabouço de ideias permite a alegação de que a realidade estabelecida em momentos em que predominam as medidas excepcionais, contrárias ao sistema de garantias firmado nas Constituições, não pode, de forma alguma, ser adotada como parte de qualquer ordenamento jurídico. Pelo contrário, mesmo que revestidas de normatividade e procedentes de autoridades constituídas de forma legítima, institutos com semelhante teor não podem ser reconhecidos como pertencentes ao Direito. E, com o apoio de suas próprias palavras: “O estado de exceção não é uma ditadura [...], mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas estão desativadas” (AGAMBEN, 2003, p. 78).

E ainda assevera o autor que

falaciosas são as doutrinas que, como a de Schmitt, tentam inscrever indiretamente o estado de exceção num contexto jurídico, baseando-o na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre

norma e decisão. O estado de necessidade não é um “estado do direito”, mas um espaço sem direito (AGAMBEN, 2003, p. 79).

Realizadas as ponderações acerca dos pensamentos de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, é forçoso reconhecer que medidas de caráter excepcional usualmente têm sido impostas às populações como forçosas alternativas a serem lançadas perante as sólidas ameaças que se colocam aos Estados. O que merece atenção são as elegantes capas de legalidade que acompanham as medidas de exceção, caracterizando-as como males imprescindíveis à resolução de problemas não só apenas referentes à segurança interna ou externa, mas, notadamente, como garantidoras da ordem socioeconômica estatal.

Ao utilizar as conclusões de Herbert Tingsten acerca do emprego do Estado de Exceção como paradigma governamental, Agamben afirma que o autor parece dar-se conta de que, embora um uso provisório e controlado dos plenos poderes seja teoricamente compatível com as constituições democráticas, “um exercício sistemático e regular do instituto leva necessariamente à liquidação da democracia” (TINGSTEN, *apud* AGAMBEN, 2003, p. 19).

Nas linhas posteriores pretende-se contextualizar a utilização das medidas excepcionais na contemporaneidade.

1.3. O momento hodierno

As políticas de segurança representam a faceta atual do Estado de Exceção, apresentadas a todos como incômodos necessários para assegurar os valores que garantem a sobrevivência dos Estados e do Direito.

As constituições contemporâneas, refletindo as intensas transformações globais ocorridas nos últimos dois séculos, escoltaram e incentivaram o processo de remodelamento dos Estados, desaguando em uma realidade na qual a proteção da dignidade é a grande prioridade.

Destarte a viabilização da máxima realização desta premissa protetiva, reputada como essencial para a satisfação das necessidades humanas mínimas, torna-se a pedra angular que confere validade às políticas públicas. Afirma-se, então, a salvaguarda do ser humano como a finalidade basilar da ação do Estado. Neste sentido, o respeito aos ditames constitucionais, e, de maneira especial à sua pauta de direitos fundamentais, recebe ímpar relevância; afinal, conforme a observação de Konrad Hesse,

embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem (HESSE, 1991, p. 19).

A compreensão de um Estado que, por seu turno, se balize no ideal de proteção e promoção dos direitos fundamentais, raras vezes encontra-se perfeitamente conectado com a realidade observada em países com processos de desenvolvimento tardios, *v.g.* o Brasil, ocorrendo, em muitos casos, situações em que o sistema constitucional recebe críticas ou contestações, com a negação explícita ou implícita da validade de seu catálogo de garantias.

O momento é oportuno para a lembrança de que em nome de necessidades contingentes, a plena expressão das garantias fundamentais da sociedade resta frustrada, abrindo espaço para que a fundamentação do uso de expedientes de exceção encontre fulcro tanto na ocorrência de calamidades externas, como guerras de variadas proporções, quanto por ocasião de problemas internos, notadamente de ordem econômica, ou ainda em face de ameaças não muito evidentes.

1.3.1. Estado de exceção constitucional

O Estado de Exceção não é uma criação do Direito Constitucional. Desde o direito romano se tem a presença de um *jus extremae necessitatis* ou de um *salus rei publica lex esto* para apregoar a existência de um direito aplicável em situações de crise do Estado.

A delimitação dos contornos de um Estado de Exceção, considerado em sua essência como um Estado Constitucional, recebe acolhida no Estado Democrático de Direito, pois as situações de anormalidade retro citadas carecem de uma disciplina jurídico-constitucional diferente daquele modelo jurídico consagrado para os estados dotados de normalidade. Assim, segundo a lição de J. J. Gomes Canotilho,

o direito de necessidade do Estado só é compatível com o Estado Democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria Lei Fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as conseqüências jurídicas da Constituição de Exceção (CANOTILHO, 1998, p. 1083).

Cumprido sublinhar a situação limítrofe que pode ser observada entre as figuras do Estado Democrático de Direito e do Estado de Exceção. Aquele se caracteriza pela apresentação de um conteúdo constitucional, que resguarda em si um conjunto de valores, reconhecendo, nesta esteira, a presença inequívoca de direitos. Já, este, em suas prerrogativas, age via da suspensão das garantias e da participação popular, concebendo o direito como um elemento negativo.

Pode-se, em torno das conceituações acima, concluir que, nesse sentido, não há uma total incompatibilidade entre os dois termos, uma vez que Estado de Direito, buscando a manutenção da ordem constitucional, traz em sua Constituição a previsão do Estado de Exceção, sempre reservado aos momentos especialíssimos nos quais faz-se imprescindível o uso da manobra suspensiva de parte dos direitos de seus cidadãos.

As autoridades competentes, assim, diante de graves perigos ou de situações de crise atentatória contra a ordem democrática, poderão, com acosto na Constituição re-

correr à utilização de medidas de exceção, corroborando o que se convencionou nomear de direito constitucional de necessidade.

Destarte, a delimitação normativo-constitucional de um regime extraordinário para situações excepcionais “significa que se pretende não apenas uma causa de justificação excludente de culpa por factos ou medidas praticadas para defender a ordem constitucional, mas uma causa justificativa que exclua a ideia de ilicitude dos mesmos factos” (CANOTILHO, 1998, p. 1069).

E, nesta esteira, para Giorgio Agamben (2003, p. 22) um exame da situação do estado de exceção nas tradições jurídicas dos Estados ocidentais mostra uma divisão entre ordenamentos que regulamentam o Estado de Exceção no texto da constituição ou por meio de uma lei, e ordenamentos que preferem não regulamentar explicitamente o problema. A França, berço do Estado de Exceção moderno, entra no primeiro grupo juntamente com a Alemanha; ao segundo grupo, pertencem a Itália, Suíça, Inglaterra e os Estados Unidos.

Este trabalho tomará a situação brasileira como ponto de análise, conforme será explicitado a seguir.

2. A Constituição de 1988 e seus mecanismos de exceção

A Constituição Brasileira de 1988, conhecida como a Carta Democrática, acompanhando as disposições já referendadas neste trabalho, insere dentre suas disposições a previsão de medidas de cunho excepcional, que somente se aplicam em situações de crise e emergência.

2.1. O Sistema Constitucional das Crises

José Afonso da Silva, em sua obra, leciona que a defesa das instituições democráticas, via do chamado equilíbrio constitucional, é um dos postulados máximos do Estado de Direito. Neste sentido é que citando a definição de Aricê Moacyr Amaral Santos, traz a conceituação de sistema constitucional de crise como sendo “o conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, tem por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional” (SANTOS, apud SILVA, 2000, p. 739).

Neste turno, o entendimento sobre o socorro das medidas de exceção no Estado brasileiro recebe o apoio da teoria em tela, substituindo a legalidade consubstanciada na normalidade, por uma extraordinária legalidade reguladora do Estado de Exceção.

A exposição de José Afonso da Silva ainda destaca que:

Sem que se verifique a necessidade, o estado de exceção configurará puro golpe de estado, simples arbítrio; sem atenção ao princípio da temporariedade, sem que se fixe

tempo limitado para vigência da legalidade extraordinária, o estado de exceção não passará de ditadura (SILVA, 2000, p. 740).

Para ilustrar o mau uso, ou utilização desviante das medidas de exceção constitucionais no Brasil, Silva ancora sua lição em Diego Valadés quando este leciona que “quase sempre o estado de exceção funciona como instrumento de preservação do domínio de uma classe dominante” (VALADÉS, *apud* SILVA, 2000, p. 740).

Assim, resta evidente que em situações passadas, os mandatários do poder no país, em nome de um aleivoso rompimento da ordem, fizeram da exceção, uma regra, *v.g.*, o período compreendido entre os anos de 1964 e 1978, quando os chamados Atos Institucionais (AIs), sobretudo o mais cruel e maior supressor de direitos e garantias, o AI nº 5, instauraram um regime de exceção, sem bases emergenciais claras e que não continha em si o requisito da temporariedade, tornando-se, de fato, uma ditadura.

O cuidado que deve se tomar nos dias atuais reside na observância dos pressupostos da necessidade e da urgência no intuito de não se permitir que os abusos de outrora possam voltar a serem praticados no Estado Democrático Brasileiro.

Tendo por escopo a defesa da ordem política e jurídica do Estado brasileiro, o constituinte de 1988 implantou na Lei Maior, mecanismos que possibilitam este mister. Nesse viés, a Intervenção Federal, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio consistem nas medidas excepcionais hodiernas, incumbidas de restaurar a normalidade constitucional, uma vez que trazem consigo a capacidade de suspenderem, temporariamente, como já fora mencionado, os direitos e garantias individuais, ampliando o poder repressivo do Estado, sob a justificativa da iminente gravidade da perturbação da ordem pública.

2.1.1. Intervenção federal

O instituto da intervenção federal é majoritariamente concebido como uma ação política que supõe, por sua nomenclatura, atos de ingerência. A intervenção federal é, neste sentido, um mecanismo excepcional em que a União atua limitando a autonomia de um de seus Estados. Tem por desígnio a preservação da soberania nacional, do pacto federativo e dos princípios constitucionais sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2004, p. 249).

Em princípio, via de regra, não se admite no direito brasileiro qualquer atuação de intervenção da União em suas unidades federadas; porém, a excepcionalidade das situações autoriza tal ato nos Estados-membros e no Distrito Federal nas hipóteses enumeradas pelo artigo 34 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

- 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 – por 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.

A iniciativa da intervenção federal pode ser do próprio Presidente da República, de ofício, de modo espontâneo e discricionário, cabendo a ele avaliar a conveniência e a oportunidade do ato, indo de encontro, guardadas as devidas limitações constitucionais, ao pensamento de Carl Schmitt, que preconizava, conforme o exposto em linhas anteriores, que Soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção.

Merecem pontuação especial os casos da Carta Magna pátria, nos quais a iniciativa da intervenção irá depender de solicitação do Poder Legislativo, Executivo coacto, requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral ou ainda, mediante provimento do STF, em virtude de representação oferecida pelo Procurador-Geral da República, conforme se depreende da interpretação literal do artigo 36, I da Constituição Brasileira:

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.

A intervenção federal, portanto, é efetivada por decreto do Presidente da República, nos moldes do § 1º do artigo 36 da Magna Carta:

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.

O caráter constitucional da medida em tela determina que cessados os motivos que ensejaram a intervenção, o *status quo* é reativado, e, as autoridades afastadas de seus cargos a eles voltarão, salvo impedimento legal conforme o artigo 36, parágrafo 4º da Constituição Brasileira.

2.1.2. Estado de Defesa

Para José Afonso da Silva (2000, p. 741) a expressão “estado” tem sentidos diversos nas expressões “Defesa do Estado” e “Estado de Defesa”. Na primeira acepção, recebe o significado de “uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território”, sendo escrita com a letra inicial maiúscula precisamente para distinguir de outros sentidos comuns do termo, como o de “situação”, “circunstância”, “conjuntura”, entre tantos, cuja precisão depende de qualificações. Assim, Estado de Defesa é uma situação em que medidas destinadas a debelar ameaças à ordem pública ou à paz social são organizadas.

Pode-se conceber, então, o Estado de Defesa como uma situação emergencial ou de legalidade extraordinária, na qual o Presidente da República, dotado de poderes especiais, suspende algumas garantias individuais asseguradas pela Constituição, justificando tais atos para que a ordem em conjunturas de crise institucional e nas guerras possa ser restabelecida.

Os objetivos, as consequências, as formas de controle, bem como as limitações e procedimentos da medida excepcional em análise são aprovacionados pelo artigo 136 da Carta Constitucional:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º – O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I – restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º – O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º – Na vigência do estado de defesa:

I – a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II – a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III – a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV – é vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º – Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º – Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§ 6º – O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º – Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

Aqui também se demonstra a preocupação do constituinte de 1988 em limitar o instituto do Estado de Defesa, com o intento de equilibrar a relação entre o Estado de Exceção, concebido em seus moldes schmittianos e o Estado Democrático de Direito, tal qual a Constituição pátria preconiza em seu artigo 1º.

Neste contexto é que pode se dizer, sem qualquer temor, que o Estado de Defesa apresenta demarcações de ordem constitucional, estando sujeito ao controle político e jurisdicional, conforme o artigo 136 acima transcrito elucidada.

2.1.3. Estado de Sítio

A terceira das medidas excepcionais contidas na ordem constitucional brasileira recebe a denominação de Estado de Sítio, tendo sua matéria disciplinada nos dispositivos 137, 138 e 139 da Constituição do país.

Seguindo a lição de José Afonso da Silva (2000, p. 744-745), as causas do Estado de Sítio são situações críticas que indicam a necessidade de correspondente legalidade de exceção (extraordinária) para fazer frente à anormalidade manifestada, constituindo-se em pressupostos ou condições de fato, sem as quais tal medida toma corpo de um abuso injustificado.

Tomando como referência as medidas já analisadas, os requisitos da temporariedade e da necessidade, supramencionados, também precisam se fazer presentes aqui.

E, no tangente às causas que José Afonso da Silva destaca como “situações críticas”, o artigo 137 da Carta Magna as estabelece com o seguinte teor:

O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II – declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

Vê-se, portanto, que o Estado de Sítio é decretado objetivando preservar ou restaurar a normalidade constitucional, perturbada pelos fatos enumerados pelo dispositivo constitucional acima, sendo, pois, aplicável no todo ou em parte do território nacional.

Ainda de acordo com a Constituição Federal do Brasil, o seu artigo 139 determina que, no Estado de Sítio decretado por comoção grave ou onde haja a comprovação da ineficácia do Estado de Defesa, restam como consequências: a obrigação de permanência em localidade determinada; a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade de correspondência, ao sigilo de comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; a suspensão da liberdade de reunião; a busca e apreensão em domicílio; a intervenção nas empresas de serviços públicos e a requisição de bens. Já no Estado de Sítio decretado no estado de guerra ou em resposta à agressão armada estrangeira todas as garantias constitucionais poderão ser suspensas.

A questão relativa ao controle dos atos sob a égide da medida excepcional em tela também merece destaque. Assim, pelo exposto no retro mencionado artigo 137, no Estado de Sítio o Presidente da República necessita de prévia autorização do Congresso Nacional, além dos pareceres não vinculados dos Conselhos da República e da Defesa Nacional. Neste ponto, José Afonso da Silva (2000, p. 747) ensina que tanto quanto o Estado de Defesa, esta medida não é, nem pode ser, uma situação de arbítrio, uma vez que é regrada constitucionalmente, ficando por esta razão sujeita a controles político e jurisdicional.

Em regra o Estado de Sítio deverá durar o mesmo tempo do Estado de Defesa, não ultrapassando o período de trinta dias; porém, são acolhidas prorrogações de até trinta dias, uma por vez. Na situação de Estado de Guerra ou em resposta a agressão armada estrangeira, poderá ainda ser decretado pelo tempo que durarem tais situações, conforme se depreende do estudo do parágrafo 1º do artigo 138 da Constituição Brasileira.

Para evitar atos assemelhados aos de cunho ditatoriais, o texto constitucional determina, como o já visto em relação à Intervenção Federal e ao Estado de Defesa, a necessidade imperiosa de se informar o prazo de duração, as normas de execução e as exatas garantias que serão subtraídas pela medida de exceção imposta. Isto é observado facilmente quando se faz a leitura do *caput* do artigo 138, reproduzido abaixo:

Art. 138. O decreto do estado de sítio *indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas*, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas [grifo nosso].

Finalizando esta etapa, traz-se, novamente, o comentário de José Afonso da Silva (2000, p. 748) que, de forma elucidadora, sublinha o fato de que qualquer pessoa prejudicada por medidas ou providências do Presidente da República ou de seus delegados, executores ou agentes, com inobservância das prescrições constitucionais, tem o

direito de recorrer ao judiciário para a responsabilização e reparação de eventual dano que lhe tenha sido causado.

Tal lição corrobora o exposto até aqui neste estudo, qual seja, o fato de que as medidas de exceção previstas pelo Estado Democrático de Direito brasileiro recebem as devidas proteções contra arbitrariedades, que, se cometidas e não refutadas, ensejariam os perigos de um Estado de Exceção “puro”, ou similar ao que idealizou Carl Schmitt em suas teorias dos anos de 1920.

Considerações Finais

Ante todo o exposto, um pensamento pode prevalecer na mente do leitor incutindo a ideia de que em pleno Estado Democrático de Direito há legalmente ou constitucionalmente, espaço para um Estado de Exceção que coloca direitos e garantias de seus cidadãos num estágio suspensivo.

Tal premissa não é totalmente inválida, mas, ao aprofundar o exame desta temática, deve-se acautelar o contexto em que ocorre a inserção da excepcionalidade na normalidade advinda do respeito à ordem jurídica, e se formular duas ordens de raciocínios conclusivos acerca desta matéria.

Sob um primeiro prisma, o Estado de Direito e o Estado de Exceção apesar de, conceitualmente, numa primeira percepção, se repelirem, acabam por se completar, uma vez que em situações especialíssimas torna-se de suma importância a suspensão de garantias constitucionais para o restabelecimento da ordem política.

Nesse fulcro, com a ameaça à própria existência do Estado Democrático, o soberano, na contemporaneidade dos Estados de Direito, representante da vontade de seus nacionais, levanta-se e, nos moldes do que Carl Schmitt previa em suas lições, “decide sobre o estado de exceção”; porém, hodiernamente é abalizado pelos mandamentos constitucionais que legitimam tal prática, evitando os arbítrios de outrora.

Em um segundo plano de ideias, prevalece o pensamento defensor de uma teoria preconizadora de que nada autorizaria o Estado a atuar sob a égide de medidas excepcionais, afirmando que a tarefa de defender os direitos mais essenciais da sociedade não pode ser afastada, nem mesmo diante de ocasiões em que se percebe a extrema necessidade. Ao Estado, segundo esta corrente, incumbe a proteção da sociedade, preservando a integridade e assegurando a máxima expressão de seus direitos fundamentais, não os suspendendo em hipótese alguma.

O modo de pensar esposado pelos defensores da segunda posição encontra respaldo na resistência à utilização das medidas de exceção como técnicas de governo, e tem seguidores notadamente na Europa, *v.g.*, consubstanciados nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, por certo, aquele de jurisprudência mais influente no cenário europeu e em boa parte do mundo, de reconhecida postura intransigente na defesa dos direitos fundamentais.

A despeito das duas correntes trazidas nesta etapa, e, muito longe de esgotar os debates sobre o tema, é importante sublinhar que o constitucionalismo, que desde suas raízes é merecedor de aplausos no que se refere às conquistas, notadamente na seara

dos direitos fundamentais, não pode desvirtuar-se de suas fileiras iniciais, abrindo o perigoso campo para a prática de atos arbitrários e degradantes frutos de um Estado de Exceção ilimitado.

A análise de figuras constitucionais excepcionais, como as enumeradas em linhas anteriores, proporciona o sentimento de que o combate aos males que afligem as sociedades em torno do globo pode realizar-se com o respeito aos valores humanos essenciais.

Neste diapasão, toma-se por certo, ao menos um princípio com função norteadora, qual seja, o respeito às constituições democráticas e aos ordenamentos jurídicos, em detrimento dos mandamentos de teor autoritário, que atentam contra os direitos e garantias fundamentais. É com fulcro em suas disposições que se ancoram as bases conceituais e normativas para que se plantem os limites dentro dos quais o Estado pode atuar diante das inúmeras turbações e ameaças a que cotidianamente encontra-se afrontado.

Referências

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

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 17 de jun. de 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria a Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almeida, 1998.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Cláusulas limitativas de um contrato de seguro e suas consequências jurídicas

Clauses limiting to a contract of insurance and their legal consequences

Sérgio Alex Sander Silva

Graduando pela Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação
ESAMC – Uberlândia. e-mail sergiaomatematica@yahoo.com.br

Resumo: O objetivo do presente artigo é apresentar como o contrato de seguro assegura a proteção do homem, na medida em que é no seguro que ele busca a garantia que deverá suprir a necessidade em razão da efetivação de um risco. Ademais, a discussão abrangerá o conflito de interesses que surge entre o segurador, que necessita limitar os riscos para viabilizar as indenizações, e o segurado, que muitas vezes, não conhece as cláusulas que limitam seu direito ou não entende sua exata extensão. Este estudo foi realizado por intermédio de pesquisa bibliográfica em que foram observados aspectos objetivos e subjetivos do tema, as várias linhas de pensamento para compreensão e discussão do trabalho e os princípios e as normas que disciplinam o assunto. O procedimento técnico consistiu no manuseio de obras bibliográficas, com análise e interpretação de textos doutrinários, legislação, jurisprudência que abordam o tema.

Palavras-chave: Contrato de seguro; Código de Defesa do Consumidor; cláusulas limitativas; cláusulas abusivas.

Abstract: This article aims to show how the insurance contract assures the protection of man, inasmuch as he is safe in seeking a guarantee that will meet the need because of effectiveness of a risk. Moreover, the discussion will cover the conflict of interest that arises between the insurer, who needs to limit risks to make reparations, and the insured, who often does not know the terms that limit its right or does not understand its exact extent. This study was conducted through a literature research in which we observed the objective and subjective aspects of the topic, the various lines of thought for the understanding and discussion of the work and the principles and rules which govern the matter. The technical procedure consisted of the handling of the bibliographic works, with analysis and interpretation of doctrinal texts, legislation and the case law addressing the issue.

Keywords: Insurance; Code of Consumer Protection; restrictive clauses, unfair terms.

1. Introdução

1.1. Considerações iniciais

A discussão da interpretação do contrato de seguro face ao Código de Defesa do Consumidor gira em torno de como devem ser aplicadas as disposições do estatuto consumerista frente às disposições comuns aos contratos de seguro e como fazer com

que suas cláusulas sejam consideradas válidas perante o Código de Defesa do Consumidor.

1.2. Contrato de Seguro: conceito e características

Com base no artigo 757 do Código Civil de 2002, considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes, chamada segurador, obriga-se, mediante o pagamento de um “prêmio”, a garantir interesse legítimo da outra parte, denominada segurado, referente a uma pessoa ou uma coisa, contra riscos predeterminados.

O principal elemento do contrato de seguro é o risco, que é transferido para outra pessoa. Nesse contrato, há a intervenção do segurado e do segurador, sendo esse, necessariamente, uma sociedade anônima, uma sociedade mútua ou uma cooperativa, com atividade autorizada pelo governo, como determina o artigo 757, parágrafo único do Código Civil de 2002.

O segurador assume o risco mediante o recebimento de um prêmio que pode ser pago em prestações, obrigando-se a pagar ao segurado a quantia estipulada como indenização para a hipótese de se concretizar o fato aleatório, chamado de sinistro. O risco é o objeto do contrato de seguro e sempre deve estar presente; já o sinistro é eventual, podendo ocorrer ou não. Caso não ocorra, o segurador recebe o prêmio sem efetuar nenhum reembolso e sem pagar indenização ao segurado.

O Código Civil disciplinou a matéria em três seções: I – Disposições gerais (arts. 757 a 777); II – Do seguro de dano (arts. 778 a 788); III – Do seguro de pessoa (arts. 789 a 802). O seguro marítimo continua regido pelo Código Comercial de 1850, nos arts. 666 a 730.

O contrato de seguro teve um grande desenvolvimento nos tempos modernos, fato que o fez ganhar enorme relevo e ser tratado em numerosas leis avulsas.

No Brasil, a principal lei que fundamenta os contratos de seguro é a lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, ou seja, o Código Civil de 2002, ficando para a legislação extravagante o trato das minúcias e detalhes que incidem sobre a matéria. A Constituição da República também tratou sobre os contratos de seguro determinando a competência privativa da União para legislar sobre seguros (art. 22, VII) e considerando um direito do trabalhador o seguro contra acidentes de trabalho, sem excluir a indenização a que o empregador é obrigado a pagar, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII).

2. Desenvolvimento

2.1. O contrato de seguro e o Código de Defesa do Consumidor

É possível mensurar a importância sócio-econômica dos contratos de seguros, posto que essas contratações representam para os seus usuários tranquilidade e segurança, eis que, ocorrido o sinistro coberto pelo contrato de seguro, o prejuízo, que teria o segurado, será suportado pelo segurador, auxiliado pelo fundo formado pelo paga-

mento dos prêmios de seus segurados, que garantem o adimplemento das indenizações.

As normas contidas no Código Civil em relação aos contratos de seguro encontram-se dispostas com o objetivo de incorporar cláusulas gerais, com a introdução de princípios orientadores de condutas, abandonando a pretensão de total regulamentação do instituto. Nesse contexto, com o advento da lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, os contratos de seguro passaram também a ter que respeitar as normas contidas nesse Código, posto que, como se verá adiante, os contratos de seguro são considerados contratos de consumo.

A Constituição da República de 1988, dentre os direitos individuais, determinou a defesa do consumidor, em seu artigo 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”. O artigo 48 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, da referida Carta Magna, determinou que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. E assim foi feito. Diante da previsão constitucional, adveio o Código de Defesa do Consumidor, cuja finalidade precípua é de regular as relações de consumo, de maneira a assegurar um justo equilíbrio dos direitos e obrigações das partes contratantes, qual seja, o consumidor, que é considerado a parte vulnerável, hipossuficiente da relação contratual, e o profissional, fornecedor de bens ou serviços (MORRETTI; SILVA, 1998, p. 4).

O novo direito dos contratos, favorecido com o advento do Código Civil de 2002, tem buscado a equidade entre as partes. A ilustre professora Cláudia Lima Marques (1995, p. 133) revela a importância dos contratos de seguro para tornar os contratos em geral mais equânimes:

Os contratos de seguro foram responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido de conscientizar-se da necessidade de um direito dos contratos mais social, mais comprometido com a equidade e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade. As linhas de interpretação asseguradas pela jurisprudência brasileira aos consumidores matéria de seguros são um bom exemplo da implementação de uma tutela especial para aquele contratante em posição mais vulnerável na relação contratual.

No contrato de seguro, essa vulnerabilidade do contratante também está presente: há um enorme diferencial entre as partes contratantes, entre segurado e segurador. No entanto, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, tem ocorrido uma conscientização da necessidade de uma relação contratual mais social, mais comprometida com a equidade do que influenciada pela manifestação da autonomia da vontade.

Desse modo, as relações de consumo em geral necessitavam de uma intervenção regulamentadora do legislador, qual seja, a intervenção de reequilíbrio, mormente agora instrumentalizada com as normas do estatuto consumerista.

A atividade securitária está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão do artigo 2º, que define o que é consumidor, *in verbis*: “Artigo 2º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, e do artigo 3º, que define o que é fornecedor, *in verbis*: “Artigo 3º – Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Além disso, estatui o Código de Proteção do Consumidor (artigo 3º, parágrafo 2º), que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Portanto, fica expresso que aos contratos de seguro são aplicadas as normas dispostas nesse Código.

Em seu posicionamento sobre os contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, dentre eles, o contrato de seguro, Cláudia Lima Marques (1995, p. 134) afirma que

[...] em todos estes contratos de seguro podemos identificar o fornecedor exigido pelo art. 3º do CDC, e o consumidor. Note-se que o destinatário do prêmio pode ser o contratante com a empresa seguradora (estipulante) ou terceira pessoa, que participará como beneficiária do seguro. Nos dois casos, há um destinatário final do serviço prestado pela empresa seguradora. Como vimos, mesmo no caso do seguro-saúde, em que o serviço é prestado por especialistas contratados pela empresa (auxiliar na execução do serviço ou preposto), há a presença do ‘consumidor’ ou alguém a ele equiparado, como dispõe o art. 2º e seu parágrafo único.

Portanto, os contratos de seguro estão submetidos à aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, devendo as cláusulas dos contratos estarem de acordo com tal diploma legal, além de respeitarem as formas de interpretação e elaboração contratuais, em especial o conhecimento do consumidor quanto ao conteúdo do contrato, a fim de evitar o desequilíbrio entre as partes, posto que o consumidor, nesse caso, representado pelo segurado, é considerado a parte mais frágil da relação contratual.

Mas, hoje, o responsável pelo desequilíbrio contratual entre as partes não tem sido mais só a formação do contrato, mas, sim, a inserção de cláusulas limitativas (que podem ser abusivas), introduzidas pelo fornecedor, que, na maioria das vezes, ocupa uma posição de destaque e poder, estabelecendo antecipadamente o conteúdo do contrato, situação que ocorre, inclusive nos contratos de seguro.

De acordo com a classificação dos contratos de seguro, já exposta nesse trabalho, o contrato de seguro é um típico contrato de adesão, ou seja, o contrato só se aperfeiçoa com a aceitação, por parte do segurado, das cláusulas previamente dispostas pelo segurador. E é com essa classificação, que se discute a existência ou não de cláusulas impostas unilateralmente pelo segurador, capazes de eivar os contratos realizados

com vícios de manifestação de vontade. Diante dessa dúvida, é que se faz importante refletir acerca das chamadas cláusulas limitativas, comuns nos contratos de adesão, a fim de que possa ser verificado como devem ser utilizadas tais cláusulas no contexto contratual, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, e se, de alguma forma, as cláusulas limitativas podem se tornar abusivas e, conseqüentemente, nulas.

2.2. Cláusulas limitativas no contrato de seguro

Cláusula limitativa é aquela que implica algum tipo de limitação ao consumidor. Tal cláusula limita ou impõe algumas situações ao consumidor. Em princípio, a aposição de uma cláusula desse tipo em um contrato não é considerada abusiva, posto que essas cláusulas são permitidas pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 54, parágrafo 4º expõe:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...) Parágrafo 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Portanto, toda situação ou estipulação que implicar ou cercear qualquer limitação de direito do consumidor, bem como indicar alguma desvantagem ao aderente, poderá ser prevista em um contrato, mas desde que elas estejam redigidas de forma destacada, de modo a permitir sua rápida compreensão. Assim, para que uma cláusula limitativa possa efetivamente ter validade em um contrato de seguro, deverá ser incluída na apólice e entregue ao segurado, com total clareza e transparência do seu conteúdo.

Pela própria natureza do contrato de seguro, esse tem diversas cláusulas limitativas. Isso porque o contrato de seguro se alicerça, para a cobertura do risco, em alguns fundamentos, quais sejam, a mutualidade e o cálculo das probabilidades, para definir o valor do prêmio, o valor da futura indenização e a delimitação dos riscos que serão cobertos pelo contrato. Dessa forma, o contrato de seguro, por si, tem cláusulas que são limitativas dos riscos, para que contratações e indenizações sejam viáveis.

A existência da cláusula limitativa tem por finalidade restringir a obrigação assumida pelo segurador de acordo com o princípio de que ninguém pode ser coagido a assumir obrigação maior do que deseja (MORETTI; SILVA, 1998, p. 6). E é nessa visão que está a essência da liberdade de contratar: as partes manifestam a sua vontade de contratar, estabelecendo as obrigações que entenderem necessárias e cabíveis.

O grande problema é que a maior parte dos consumidores que concluem contratos pré-redigidos, como os contratos de seguro em sua maioria, o fazem sem saber e conhecer os termos do contrato. Geralmente, o contratante não tem a oportunidade de analisar com cuidado suas cláusulas, seja porque ele só recebe o contrato após a conclusão do mesmo, seja porque o contrato se encontra em local diverso do local em que

as partes pactuaram, seja porque o instrumento contratual é longo, impresso em letras pequenas e em linguagem técnica, desestimulando a sua leitura e fazendo com que o consumidor se contente com as informações prestadas pelo outro contratante (MARQUES, 1995).

Diante da existência desse tipo de cláusulas em um contrato, deve-se analisar se ocorreu uma cisão entre direitos e obrigações de cada uma das partes contratada: ao retirar ou limitar garantias normais que teria a parte mais fraca em contratos sem esse tipo de cláusula, é imprescindível verificar a ocorrência de desequilíbrio entre as partes.

Nesse ponto, restou ao legislador estabelecer alguns parâmetros quanto à possibilidade de limitar os direitos do contratante, dito mais fraco, verificando a possibilidade de reduzir as obrigações e responsabilidades do contratante mais forte. Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor tratou de impor novas normas capazes de regulamentar o assunto, enfrentando a inclusão de algumas cláusulas limitativas da responsabilidade do fornecedor em contratos de consumo e, para tanto, criou formas especiais a serem cumpridas para a sua completa validação.

Dentre os preceitos, que visam a coibir o desequilíbrio entre as partes, pode-se destacar o que dispõe o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da necessidade de dar ao consumidor conhecimento prévio do conteúdo do contrato, e que veda a redação contratual efetuada de forma a dificultar a compreensão do sentido e do alcance das cláusulas pelo consumidor. O já citado artigo 54, parágrafo 4º, prevê a necessidade de redação em destaque para as cláusulas limitativas e que permita sua fácil compreensão, com conteúdo claro, a fim de que o consumidor possa ter conhecimento exato das limitações impostas.

Assim, as cláusulas limitativas dos contratos de seguro deverão obedecer às normas do Código de Defesa do Consumidor, devendo respeitar as disposições acima mencionadas.

2.3. Interpretação das cláusulas limitativas e abusivas do contrato de seguro em face do Código de Defesa do Consumidor

Como já dito, as cláusulas limitativas são inerentes aos contratos de seguro, em razão da necessidade, principalmente, de limitar os riscos cobertos no contrato. Além disso, o próprio Código de Defesa do Consumidor não proibiu a inserção dessas cláusulas, desde que estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

O artigo 760 do Código Civil determina que os riscos assumidos deverão constar na apólice, ou seja, caso haja limitação ou particularização dos riscos do seguro, não responderá o segurador por outros ocorridos, somente pelos descritos naquele instrumento do contrato de seguro. Portanto, é possível dizer que sobre as cláusulas limitativas o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor estão em consonância.

Ocorre que as cláusulas limitativas merecem análise em relação à ocorrência de abusividade em seu conteúdo, ou seja, se em algum momento elas se caracterizam co-

mo abusivas, posto que estas são nulas de pleno direito, como determina o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Sérgio Cavalieri Filho (1996, p. 7), em seus respeitáveis dizeres, comenta a diferença entre cláusula limitativa do risco e cláusula abusiva nos contratos de seguros, nos seguintes termos:

Tenho sustentado que a principal diferença entre a cláusula limitativa do risco e a cláusula abusiva está em que a primeira tem por finalidade restringir a obrigação assumida pelo segurador, enquanto a segunda objetiva restringir ou excluir a responsabilidade decorrente do descumprimento de uma obrigação regularmente assumida pelo segurador, ou ainda a que visa a obter proveito sem causa. E, como todos sabemos, obrigação e responsabilidade são coisas distintas, que não podem ser confundidas.

Em suma, a abusividade da cláusula contratual caracteriza-se pelo descompasso entre direitos e obrigações entre as partes, é uma unilateralidade excessiva que impede a realização total do objetivo contratual.

Apesar de parecer fácil identificar as cláusulas abusivas, tendo o consumidor oportunidade de inteirar-se plenamente do conteúdo contratual, ainda assim pode vir a aceitar cláusulas abusivas, caso elas estejam redigidas de forma a dificultar seu real entendimento ou porque o consumidor necessita do bem e serviço, e não querendo ficar privado do bem, submete-se à vontade imperiosa do fornecedor.

Mas o consumidor só perceberá a abusividade da cláusula quando for executar o contrato. Em outras palavras, a estipulação de cláusulas abusivas é concomitante com a celebração dos contratos, mas a identificação de sua abusividade é geralmente posterior e ocorrerá da atividade do intérprete do contrato, do aplicador da lei, em razão dos reclamos do contratante que, ao executá-lo, verifica o abuso cometido (MARQUES, 1995).

A atividade do intérprete é crucial para o reconhecimento das cláusulas abusivas. Sua atuação deve observar o contrato em sua integralidade, não realizando uma leitura isolada das disposições contratuais. Deve observar também a função da cláusula no contrato como está redigido, na repercussão da cláusula naquela espécie de contrato, posto que cada um tem objetivos e finalidades diferentes, fazendo com que uma cláusula possa ser abusiva em um tipo de contrato e não em outro.

Para auxiliar nessa atividade do intérprete, esse deverá, de início, lançar mão do princípio da equidade contratual, que é o equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, a fim de atingir a justiça contratual. Nessa linha, institui o Código de Defesa do Consumidor normas imperativas, que proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, quais sejam, as que asseguram vantagens unilaterais e exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade.

Ao se deparar com um contrato que tenha cláusulas abusivas, deverá o Poder Judiciário declarar a nulidade absoluta das mesmas, a pedido do próprio consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e até mesmo *ex officio*. A vontade das partes não é mais imperiosa, já que as normas do Código Consumerista instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. For-

mado o vínculo contratual, o direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também seus interesses legítimos e a expectativas dos consumidores. Assim, mesmo que a cláusula tenha sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas trazer vantagem excessiva à outra parte, sendo, portanto, abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrário às normas do Código de Defesa do Consumidor, não prevalecendo a autonomia de vontades dos contratantes.

O primeiro instrumento para assegurar a equidade e a justiça contratual é a interpretação judicial do contrato em favor do consumidor. Inspirado no artigo 1370 do Código Civil italiano de 1942, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 47 instituiu como princípio a interpretação pró-consumidor ou *contra proferentem* das cláusulas contratuais (MARQUES, 1995). Tal artigo mostra-se consonante com a regra do artigo 112 do Código Civil, segundo o qual nas declarações de vontade “se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”.

Essa evolução, que procura a verdade real e a interpretação mais favorável ao consumidor, iniciou-se com os contratos de seguro. Foi por meio de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que afirmou ser possível interpretar cláusula geral de negócio, presente em contrato de seguro, quando omissa o contrato sobre hipótese ocorrida (no caso de suicídio), a favor da beneficiária do seguro (TJRS, Ap. Cív. 588018648, *RTTJRS* 129, 1998). Tratando ainda de contrato de seguro, a jurisprudência brasileira, antes da legislação sobre o tema, chegou mesmo a desconsiderar algumas cláusulas do contrato, recorrendo, para isso, à ficção de que não teria havido consenso sobre elas. Exemplo disso foi uma decisão datada de 1976, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ, Ap. Cív. 89077. *RT* 487/181), que, ao discutir a previsão de exclusão do prêmio, definiu:

O seguro de vida em grupo é contrato de adesão, em que o aderente não toma conhecimento dos dizeres impressos, mais ou menos inúteis; é de qualquer modo fraca a prova de que a parte tomara ciência do seu conteúdo. A falar-se em presunção, mais curial é que milite ela a favor de quem mais perde que ganha e não de quem mais ganha do que perde.

2.4. Formas de controle das cláusulas abusivas

O combate às cláusulas abusivas destina-se a concretizar os ditames legais voltados para a garantia da harmonia nas relações de consumo e para proteger o consumidor. Ganha força com tutela especial dada pela legislação, permitindo que segmentos públicos e associações privadas de consumidores partam na busca de defesa e ressarcimento, porque, estando isolado o indivíduo-consumidor, seu acesso à Justiça resta dificultado por inúmeros fatores, como, por exemplo, a falta de informação eficaz para agir e o fato de seu prejuízo individual ser de pouca monta, além dos custos da manutenção de uma ação judicial.

O controle das cláusulas abusivas nas relações contratuais em geral pode ser visualizado sob vários ângulos. Destacam-se os principais, quais sejam os controles abs-

trato, concreto, interno, externo, antecipado, posterior, legislativo, administrativo e judicial.

O controle concreto deflui de um caso específico de relação de consumo já concluída. Por essa razão, esse controle é tido também como repressivo ou posterior. Por outro lado, o controle abstrato, prévio à conclusão do negócio, ocorre em relação às cláusulas contratuais gerais, antes mesmo de receberem a adesão do consumidor.

O controle interno é o realizado pelo próprio consumidor, por meio de alguns mecanismos a seu alcance, habilitando-o a cuidar de si, como é o caso do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor que condiciona a validade dos contratos ao prévio conhecimento de seu conteúdo. Em contrapartida, controle externo é aquele efetivado pelos órgãos administrativos e judiciais, seja anterior ou posterior à celebração do contrato.

Controle antecipado, ou prévio, é aquele efetuado antes da celebração do contrato, mas normalmente exercido na via administrativa, em especial com relação aos contratos de adesão, por entidades públicas ou privadas, responsáveis pelo exame prévio, com aprovação, ou não, das condições gerais dos negócios pré-confeccionadas pelos fornecedores.

O controle posterior das cláusulas abusivas ocorre após a celebração do contrato. Administrativamente, o controle posterior em contratos de consumo manifesta-se, por exemplo, com a imposição das sanções previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I – multa; II – apreensão do produto; III – inutilização do produto; IV – cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V – proibição de fabricação do produto; VI – suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII – suspensão temporária de atividade; VIII – revogação de concessão ou permissão de uso; IX – cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI – intervenção administrativa; XII – imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

O controle legislativo adquire extrema importância em sistemas como o nosso, em que a lei tem papel predominante em relação às demais fontes de direito, sendo do legislativo a iniciativa para que se realize o controle das cláusulas abusivas. O legislador estabelece o conteúdo daquilo que poderá, ou não, constar no contrato e estatui quais cláusulas podem ser consideradas nulas de pleno direito, como nas hipóteses do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

O controle judicial, complementando o que já foi dito, tem algumas condições favoráveis ao consumidor, como é o caso da inversão do ônus da prova, da desconside-

ração da personalidade jurídica e da extensão da coisa julgada (Artigos 6º, inc. VIII, 28 e 103 do Código de Defesa do Consumidor).

O controle administrativo ocorre extrajudicialmente, representado pela instauração de inquérito civil a cargo do Ministério Público e pela fiscalização desempenhada por órgãos administrativos públicos relativamente a atividades controladas ou fiscalizadas pela Administração Pública, que atua, por exemplo, mediante a aplicação de multas aos fornecedores de produtos e serviços que, direta ou indiretamente, fizerem circular ou utilizarem-se de cláusulas abusivas em contratos de consumo (SCHMITT, 2008).

3. Conclusão

Ante o exposto, é inegável a importância social e econômica dos contratos de seguro, posto que tal contrato visa a oferecer tranquilidade e segurança ao segurado com a proteção de seus interesses, principalmente seus interesses patrimoniais.

A própria relação entre segurado e segurador ganhou nova análise com o advento do Código de Defesa do Consumidor, já que o contrato de seguro foi elevado a contrato de consumo, devendo suas contratações e suas cláusulas estar submetidas aos preceitos estabelecidos no estatuto consumerista.

Diante da própria natureza jurídica e social dos contratos de seguro, e de suas características demonstradas, estes têm cláusulas que podem limitar o direito do segurado. No entanto, a fim de preservar as relações de consumo estabelecidas entre segurado e segurador, impôs o Código de Defesa do Consumidor que haja clareza nas tratativas e no conteúdo do contrato, além de destaque em relação a cláusulas que diminuam as garantias ao segurado, sob pena de serem consideradas abusivas.

Dessa maneira, caberá aos estudiosos do Direito, em especial aos aplicadores da lei, zelar para que as atividades do contrato de seguro, tendo em conta as diversas disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, sejam realizadas preservando a boa-fé contratual e observando para que todas as cláusulas dispostas no contrato possam estar de acordo com o preceito da equidade das partes contratantes, visando sempre a prevalência do equilíbrio, harmonia e paz social, intuito supremo das relações contratuais em geral.

Referências

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 9 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, vol. 3.

FERREIRA FILHO, Sergio. *Contrato de seguro conceitos e agentes*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/8090>, 2003.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Visão panorâmica do Contrato de Seguro e suas controvérsias*. São Paulo: Revista do Advogado, 1996.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Contratos nominados, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORETTI, Luciana Biembengut; SILVA, Sirvaldo Saturnino. Do contrato de seguro no direito brasileiro e a interpretação de suas cláusulas limitativas em face ao Código de Defesa do Consumidor. *Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=638>, 1998

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil III*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOTO, Paulo Neves. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro, 2002.

Os direitos fundamentais – ênfase na saúde – e a reserva do possível

Fundamental rights – focus on health – and the reserve of the possible

Thiago Barbosa de Oliveira

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva de Uberlândia – TJDU. Membro da Comissão OAB/Jovem da 13ª Subseção da OAB/MG.
e-mail: thibaol@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho aborda a questão dos direitos fundamentais, com ênfase na dignidade da pessoa humana, confrontando-os com a teoria da reserva do possível, como justificativa utilizada pelo Poder Público para deixar de implementar políticas necessárias à sua efetivação. Dentro da dignidade da pessoa humana, enfatiza-se a saúde como condição necessária ao exercício da cidadania. Inicialmente, foi realizado um estudo aprofundado sobre direitos fundamentais, com a verificação e análise de diversos autores acerca do tema. Em seguida, dissertou-se sobre a teoria da reserva do possível, inclusive com a análise de jurisprudências que a tenham adotado, para, posteriormente, chegar-se à conclusão de que a efetividade dos direitos sociais, prevalentemente dos diretamente relacionados à vida e à saúde, não pode estar condicionada à viabilidade orçamentária. O conhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana, notadamente o direito à saúde, e a importância da estrutura desses direitos para a formatação do ordenamento jurídico atual são os fundamentos do presente estudo. O trabalho sustentou-se em estudos bibliográficos, de método dedutivo, norteados pelas etapas investigativas teórica e analítica, objetivando, assim, apresentar a relevância do tema para o sistema jurídico.

Palavras-chave: direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; reserva do possível

Abstract: This essay discusses the question of fundamental rights, with emphasis on human dignity by confronting them with the theory of reserves as possible, as the justification used by the government to stop implementing policies necessary for their enforcement. Inside the human dignity, it emphasizes health as a prerequisite to citizenship. Initially, we performed a detailed study of fundamental rights, with verification and analysis of various authors on the subject. Then we spoke about the theory of reserves as possible, including the analysis of jurisprudence that was adopted, to come to the further conclusion that the effectiveness of social rights, the predominantly directly related to life and health can not be subject to feasibility budget. Knowledge of the inherent rights of human person, especially the right to health and the importance of the structure of such rights for the formatting of current law are the foundations of this study. The work was supported by bibliographical studies, the deductive method, guided by theoretical and analytical investigative stages, aiming therefore to show the relevance of the theme for the legal system.

Keywords: fundamental rights; human dignity; reserve as possible.

1. Introdução

Os direitos fundamentais constituem a essência do constitucionalismo moderno, pois se tratam de premissa para a caracterização do modelo de estado dominante na atualidade, qual seja, o Estado Social Democrático de Direito, que se define mais pelo seu compromisso com os direitos fundamentais do que necessariamente pela sua intervenção ou não na economia.

Pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova por meio da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade.

O primeiro modo nos ofereceria a maior garantia de sua validade universal, se verdadeiramente existisse a natureza humana e, admitindo-se que existisse como dado constante e imutável, tivéssemos a possibilidade de conhecê-la em sua essência: a julgarmos pela história do jusnaturalismo, a natureza humana foi interpretada dos mais diferentes modos, e o apelo à natureza serviu para justificar sistemas de valores até mesmo diversos entre si. Qual é o direito fundamental do homem segundo a sua natureza? O direito do mais forte, como queria Spinoza, ou o direito à liberdade, como queria Kant?

O terceiro modo de justificar os valores consiste em mostrar que são apoiados no consenso, o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito. Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível ou extremamente incerta. Trata-se, certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores.

Cabe avaliar até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, por meio de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade — toda a humanidade — partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Como teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do

tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.

No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado — que não é mais absoluto e, sim, limitado, que não é mais fim em si mesmo e, sim, meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência —, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, como direitos positivos ou efetivos.

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, *na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva*: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem como direitos do cidadão do mundo. Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais. Quando digo "contém em germe", quero chamar a atenção para o fato de que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. A Declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas.

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção? Mais uma vez, só lhes resta aberto o caminho do chamado direito de resistência.

Somente a extensão dessa proteção de alguns Estados para todos os Estados e, ao mesmo tempo, a proteção desses mesmos direitos num degrau mais alto do que o

Estado, ou seja, o degrau da comunidade internacional, total ou parcial, poderá tornar cada vez menos provável a alternativa entre opressão e resistência. Portanto, é claro que, com aquele juízo hipotético (ou, o que é o mesmo, com aquela alternativa), os autores da Declaração demonstraram estar perfeitamente conscientes do meio que leva ao fim desejado. Mas uma coisa é a consciência do meio, outra, a sua realização.

Quando se diz que a Declaração Universal representou apenas o momento inicial da fase final de um processo, o da conversão universal em direito positivo dos direitos do homem, pensa-se habitualmente na dificuldade de implementar medidas eficientes para a sua garantia numa comunidade como a internacional, na qual ainda não ocorreu o processo de monopolização da força que caracterizou o nascimento do Estado moderno.

Se tivessem dito a Locke, campeão dos direitos de liberdade, que todos os cidadãos deveriam participar do poder político e, pior ainda, obter um trabalho remunerado, ele teria respondido que isso não passava de loucura. E, não obstante, Locke tinha examinado a fundo a natureza humana; mas a natureza humana que ele examinara era a do burguês ou do comerciante do século XVIII, e não lera nela, porque não podia lê-lo daquele ângulo, as exigências e demandas de quem tinha uma outra natureza ou, mais precisamente, não tinha nenhuma natureza humana (já que a natureza humana se identificava como a dos pertencentes a uma classe determinada).

Para dar apenas alguns exemplos, cabe lembrar que a crescente quantidade e intensidade das informações a que o homem de hoje está submetido faz surgir, com força cada vez maior, a necessidade de não se ser enganado, excitado ou perturbado por uma propaganda maciça e deformadora; começa a se esboçar, contra o direito de expressar as próprias opiniões, o direito à verdade das informações. No campo do direito à participação no poder, faz-se sentir na medida em que o poder econômico se torna cada vez mais determinante nas decisões políticas e cada vez mais decisivo nas escolhas que condicionam a vida de cada homem — a exigência de participação no poder econômico, ao lado e para além do direito (já por toda parte reconhecido, ainda que nem sempre aplicado) de participação no poder político.

O campo dos direitos sociais, finalmente, está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever. A Declaração Universal representa a consciência histórica de que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.

Nesse sentido, a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias. Esse problema foi enfrentado pelos organismos internacionais nos últimos anos, mediante uma série de atos que mostram o quanto é grande, por parte desses organismos, a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade de mantê-lo vivo fazendo-o crescer a partir de si mesmo. Trata-se de um

verdadeiro desenvolvimento (ou talvez, mesmo, de um gradual amadurecimento) da Declaração Universal, que gerou e está para gerar outros documentos interpretativos, ou mesmo complementares, do documento inicial.

Seguindo este paradigma, insere-se a conjuntura dos direitos fundamentais e, respectivamente a estrutura dos direitos sociais, mais especificamente a saúde, cabendo avaliar no contexto brasileiro a abordagem que insere a questão nos termos que são vivenciados na realidade atual.

2. Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

No caso específico brasileiro, não obstante a inexistência de norma constitucional expressa que qualifique nossa República como um Estado Social – a Constituição se refere apenas a Estado Democrático de Direito – há unanimidade doutrinária de que seu princípio foi amplamente abarcado pela Carta Magna.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001) estabelece que os direitos fundamentais têm, em nosso ordenamento atual, a função de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, que se caracteriza como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, presente na Constituição.

Nesse sentido, os direitos fundamentais atuam direcionados à proteção de qualidades intrínsecas ao ser humano, as quais o faz merecedor de respeito e de consideração por parte da sociedade e do Estado, impedindo atos abusivos que visem degradar ou desonrar os particulares, assegurando as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e resguardando a sobrevivência dos indivíduos.

Os direitos fundamentais assumem não só o papel de garantir negativamente que os particulares não sejam alvos de depreciação, mas também têm a função positiva de possibilitar o desenvolvimento total da personalidade de cada indivíduo. Desse modo, a Administração Pública como um todo passa a ter a obrigação máxima de proteção e de consideração de regras e princípios que estejam entrelaçados com os direitos fundamentais de cada cidadão. Nesse sentido, nenhuma restrição a direito fundamental pode ser tão desproporcional a ponto de fazer com que tal direito deixe de ser garantido, afetando seu núcleo essencial.

O autor defende que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais” (SARLET, 2001, p. 43).

Assim, percebe-se a importância dada pelo doutrinador à dignidade da pessoa humana e, mais especificamente, aos direitos fundamentais, chegando ao ponto de, em uma situação extrema, quando em conflito a autonomia do indivíduo e a satisfação dos direitos mínimos, deve prevalecer o segundo, sendo postergada sua liberdade frente à incapacidade de garantir as condições fundamentais de sua existência.

De acordo com o jurista (SARLET, 2001, p. 42-50), os direitos fundamentais subdividem-se em dois grupos, os direitos de defesa e os direitos prestacionais.

No que tange aos direitos prestacionais, de interesse direto neste trabalho, sua definição traz em si atrelada uma inversão da ideia clássica de pretensão jurídica fundada em um direito subjetivo: de uma abstenção do Estado em relação a direitos, liberdades e garantias, passa-se a uma proibição da omissão estatal, ou seja, a uma exigência de intervenção do Estado com intuito de assegurar prestações aos cidadãos.

O Poder Constituinte originário, deixando claro o cunho social da Constituição da República, elencou uma série de direitos e garantias fundamentais, os quais se privilegiaram de aplicabilidade imediata e de instrumentos que a garantam, tais como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Os direitos humanos fundamentais são prerrogativas jurídicas inerentes à própria existência das pessoas, tendo como principais características a inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade e complementaridade.

Vejamos o que leciona Alexandre de Moraes:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais (MORAES, 2000, p. 39).

Particularmente no que se refere à saúde, esta se constitui em condição necessária ao pleno exercício da cidadania, haja vista sua íntima relação com a qualidade de vida, objetivo maior de todos os cidadãos ao exercerem seus direitos. Neste sentido é imprescindível conhecermos o conceito de saúde. Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos. Destarte, pode-se afirmar que a saúde é uma constante busca pelo equilíbrio entre componentes variados da vida e influências ambientais.

De certo modo, garantir o direito à saúde é garantir o direito à própria vida, neste sentido é que a Constituição da República prescreve em seus arts. 196 e 197:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A vida, desde seu início, inclusive a uterina, é constitucionalmente protegida. O direito à vida consiste na garantia estatal de se permanecer vivo e de forma plena e digna. Por esta razão, José Afonso da Silva assevera:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital) que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA, 1999, p. 200).

Ao amparar o direito a vida, o legislador constituinte estabeleceu, também, as garantias constitucionais necessárias ao seu exercício e o elevou à categoria de Direito Fundamental.

O direito à saúde como elemento garantidor do direito mais fundamental entre os fundamentais, o direito à vida, é concebido como direito de todos e dever do Estado, que deve exercê-lo mediante políticas sociais e econômicas.

Vista a fundamentalidade do direito à saúde, passemos à análise da Teoria da Reserva do Possível, para, posteriormente, a estudarmos como argumento limitador da ação estatal na garantia daquele direito fundamental.

3. A Teoria da Reserva do Possível

A teoria da reserva do possível tem origem na Corte Constitucional Alemã, na qual sustentou-se que as limitações econômicas podem comprometer a plena efetivação dos direitos sociais. De acordo com esse entendimento, os indivíduos somente podem exigir do Estado a execução de uma prestação ou o atendimento de um interesse, se observados os limites da razoabilidade.

Os direitos sociais são classificados como de segunda geração, vindo posteriormente aos direitos civis e políticos de primeira geração, desenvolvidos durante o liberalismo burguês.

Tais direitos prestacionais dominaram o século XX, atuando de forma preponderante nas formulações constitucionais pós-Segunda Guerra Mundial, caracterizados por serem os direitos culturais, sociais, coletivos e econômicos.

Inicialmente, por exigirem do Estado uma força participativa de natureza prestacional e, conseqüentemente, maiores gastos públicos, tinham apenas caráter programático, afirmando alguns autores, como Daniel Sarmento (2003, p. 21), que estariam subordinados ao Princípio da Reserva do possível, já que a concretude destes direitos estaria obstaculizada pelos limites fáticos muitas vezes insuperáveis.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 287), os direitos prestacionais poderiam estar sujeitos, de acordo com o contexto político vivenciado, a três elementos básicos: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a concretização dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, como a previsão orçamentária, a competência tributária e legislativa etc., para a o aten-

dimento eficaz dos direitos fundamentais; c) e a efetiva proporcionalidade entre a prestação exigida e a exigibilidade e esforços a serem utilizados.

Contudo, o próprio Daniel Sarmento (2003, p. 22), afirma posteriormente que a eficácia dos direitos fundamentais de segunda geração deve ser imediata, pois tais direitos são eminentemente obrigatórios para a garantia de um Estado Democrático de Direito, por isso, tais direitos não poderiam ficar sujeitos à vontade incerta do legislador, tão pouco, ao arbítrio judicial e as vontades políticas.

Sobre essa relevante questão, Ingo W. Sarlet comenta:

[...] Colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que [...] firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador (SARLET, 2007, p. 304).

Neste sentido, surgiu o entendimento de que a viabilização dos direitos sociais, por meio de políticas públicas, estaria atrelada à prévia disponibilidade de recursos materiais para tal, sendo que o Estado, embora tivesse o dever de cumprir as normas assecuratórias de prestações sociais, poderia esquivar-se dessa obrigação face às impossibilidades materiais devidamente comprovadas.

A partir daí, afloraram questionamentos acerca dos limites até os quais as prestações estatais poderiam ser reduzidas em virtude da falta de recursos orçamentários. Ou seja, até onde e em que momento o Estado poderia, com fundamento na insuficiência de reservas, limitar as políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais.

Outra questão emergida relaciona-se aos limites de atuação do Poder Judiciário na elaboração e execução de políticas públicas estatais, sem que haja ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Tais questionamentos foram objeto de estudos e debates em toda a jurisdição pátria; contudo, o Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu as linhas mestras do posicionamento majoritário atual, segundo o qual o Poder Judiciário pode intervir na formulação das políticas públicas para assegurar a garantia do mínimo existencial, a porção imprescindível à manutenção da dignidade humana por meio das prestações estatais. Vejamos parte da argumentação do Ministro¹:

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 04.05.2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15.08.2010.

[...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’ (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, Norton: New York, 1999), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de Ana Paula de Barcellos (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo

ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível". Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Desta feita, não obstante a efetivação dos direitos sociais vincular-se à reserva do possível, a parcela mínima necessária à garantia da dignidade humana jamais poderá ser escusada, incumbindo ao Judiciário a correção de possíveis atentados contra a razoabilidade e a proporcionalidade. Vale mencionar, doutro turno, que "esta prática resguarda as margens de atuação do legislador e do administrador público, tendo em vista que o juiz não dirigirá a política pública a ser desenvolvida, mas apenas indicará a prioridade constitucional que merece atenção", nos termos da lição de Alceu Maurício Júnior (2010, p. 2).

Ao se considerar que, independentemente da reserva do possível, o Estado deve executar uma porção mínima de prestações com vistas à garantia da dignidade humana, logo se infere que a saúde é o direito fundamental que mais exige a consecução de políticas públicas estatais, seja na efetivação de medidas de saneamento básico ou na prevenção e tratamento de doenças. A garantia do direito à saúde é o exemplo mais

próximo da noção de mínimo existencial, já que é o ponto de partida para a prestação de todos os outros direitos sociais.

O doutrinador Daniel Sarmento (2003, p. 22) afirma que a eficácia dos direitos fundamentais de segunda geração, entre os quais o direito à saúde, deve ser imediata, pois os mesmos são eminentemente obrigatórios para a garantia de um Estado Democrático de Direito, por isso, não poderiam ficar sujeitos à vontade incerta do legislador, tampouco, ao arbítrio judicial.

4. Conclusão

Primeiramente, é importante lembrar que a teoria da Reserva do Possível foi formulada e desenvolvida na Alemanha em um contexto jurídico e social completamente distinto da realidade brasileira; sendo cediço que se torna bastante perigosa a transferência de teorias jurídicas desenvolvidas em determinados países para outros com bases cultural, econômica, social e histórica completamente distintas.

Cabe destacar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que influenciou drasticamente nesse interstício cultural que deve ser analisada com ressalvas e com as devidas cautelas.

A realidade alemã, quando da formulação da referida teoria, refletia um estado com pouquíssimas falhas na proteção dos direitos fundamentais, em que a população encontrava-se protegida contra sua dilapidação e desrespeito; neste sentido, é palpável que os gastos estatais já eram altos e que, portanto, qualquer novo dispêndio poderia não ser possível do ponto de vista orçamentário.

No que tange à conjuntura brasileira, a teoria estudada não encontra qualquer fundamentação válida, já que em nosso país os direitos fundamentais não são, muitas vezes, sequer minimamente assegurados e, em determinadas ocasiões, não o são conscientemente, por uma questão de perspectiva estatal privilegiadora do aspecto financeiro em detrimento das necessidades humanas.

A atuação do Poder Judiciário brasileiro se torna de imensurável importância para o afastamento da adoção da Teoria da Reserva do Possível pelo Estado como mera desculpa para justificar o descumprimento de políticas públicas, em especial quando a saúde dos cidadãos esteja envolvida.

Desta feita, adéquam-se as teorias de Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento e, com maior relevância, o nosso ordenamento jurídico atual, com destaque para a Constituição da República.

A efetividade dos direitos sociais, prevalentemente dos diretamente relacionados à vida e à saúde, não pode estar condicionada à viabilidade orçamentária. Assim, a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora dessa hipótese, coloca-se em risco o fundamento e a solidez do Estado Democrático Social de Direito, ignorando-se a Constituição Republicana e frustrando as legítimas expectativas da sociedade.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF n.º 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 04.05.2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15.08.2010.

JÚNIOR, Alceu Maurício. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais*. Revista Diálogo Jurídico, nº 15.

Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15.08.2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

O conteúdo jurídico dos princípios tributários da capacidade contributiva e da tipicidade cerrada

*The juridical content of the tributary principles
of the contributive ability and of the closed typology*

Ricardo Rocha Viola

Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis,
da Universidade Federal de Uberlândia

Resumo: O Estado é detentor de legítimas necessidades financeiras para fazer face, principalmente, ao seu papel prestacional. Todavia, a entrega dos direitos fundamentais não pode arrimar-se na afronta a estes mesmos direitos fundamentais, pelo que o Sistema Tributário Nacional institui as denominadas limitações ao poder de tributar, consubstanciadas na repartição constitucional das competências tributárias, nas imunidades tributárias e nos princípios jurídicos tributários. Neste artigo o foco está em apenas dois dos diversos princípios jurídicos tributários, o da capacidade contributiva e o da tipicidade cerrada, justamente em função das controvérsias havidas em torno de seus conteúdos jurídicos. Para conhecer estes conteúdos torna-se necessário passar antes em revista a categorias elementares da Teoria Geral do Direito, tais como a noção de sistema jurídico, repertório e estrutura; e a diferenciação de princípios e regras. O método utilizado na empreitada é o dogmático jurídico por meio de investigação bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito tributário; hermenêutica; capacidade contributiva; tipicidade cerrada.

Abstract: The state holds legitimate financial needs to address mainly to its providing role. However, delivery of basic rights cannot be anchored in these same affronts to fundamental rights, for the National Tax System imposes the so-called limitations to the taxing power, embodied in the constitutional division of tax powers, immunities on tax and legal tributary principles. In this article the focus is on only two of several tax law principles (the ability to pay and the closed typology), precisely because of the controversies that occurred around their legal content. To know this content it is necessary to consider the elementary categories of the General Theory of Law, such as the notion of legal system, repertory and structure; and the differentiation of principles and rules. The method used in this enterprise is the legal dogmatic research through literature and documents.

Keywords: Tax law; hermeneutics; ability to pay; closed typology.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo materializar breve incursão no conteúdo jurídico de dois princípios jurídicos tributários, a saber, os princípios da capacidade contributiva e o princípio da tipicidade cerrada.

A empreitada terá início pela incursão nas noções de sistema jurídico, no bojo da qual surgirá a necessidade de investigação da distinção contemporânea entre regras e princípios. Em seguida, adentrar-se-á na intimidade semântica dos princípios acima mencionados.

2. O sistema jurídico: repertório e estrutura

É comum a referência por parte dos manuais de disciplinas jurídicas a entidade denominada de sistema jurídico. Tão comum quanto esta maciça referência é a ausência de indicação quanto às bases científicas que autorizam a adoção da noção de sistema pela Ciência do Direito, o que faz com que a existência do sistema jurídico pareça tratar-se de mais um, dentre os diversos dogmas inexplicáveis da dogmática jurídica. Daí a necessidade de uma breve e superficial investigação sobre o tema.

Invertendo a ordem da locução, e sem querer aqui adentrar em toda a imensidão da problemática da semântica do termo, tem-se que o vocábulo “jurídico” adjectiva tudo o quanto tenha importância para a fenomenologia do Direito, ou, como preferem alguns, tudo o que pertença ao universo das coisas do Direito. Por seu turno, e para o que importa a construção da noção de sistema jurídico, sistema pressupõe uma unidade ordenada de elementos, de tal sorte que as partes integrantes do todo convivem perenemente em função de forças aglutinantes formando uma estrutura homeostática. Esta homeostase sistêmica é possível na medida em que o sistema é autorregulativo, i.e., é dotado de condições de calibrar suas incongruências por meio do processamento de informações recebidas a partir do macroambiente no qual está inserido, o que, por seu turno, torna necessária a autopoiese deste mesmo sistema, é dizer, traz a indispensabilidade de o próprio sistema criar suas regras de renovação estrutural.

Referindo-se à noção fundamental de sistema, Paulo de Barros de Carvalho (2005, p. 132) aduz:

Surpreendido no seu significado de base, o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.

Prosseguindo no enfrentamento da noção de sistema, o professor paulista classifica os sistemas em reais e proposicionais (2005, p. 134 e segs.). Os primeiros, os sistemas reais, seriam compostos por objetos do mundo físico e social, i.e., no mundo sensível e, portanto, perceptíveis pela experiência, pelos sentidos humanos, enquanto que um sistema proposicional corresponderia a um sistema proposições de linguagem. Estes sistemas proposicionais seriam subdivididos em sistemas nomológicos e nomempíricos. Os sistemas nomológicos têm como partes elementos puramente ideais,

enquanto que os sistemas nomoempíricos têm composição com elementos que têm interface com a realidade. Os sistemas nomoempíricos por seu turno subdividir-se-iam em descritivos e prescritivos. No âmbito dos sistemas puramente descritivos incluir-se-iam os sistemas de enunciados científicos, e no âmbito dos sistemas prescritivos, os sistemas de direcionamento de condutas sociais.

Assim, com arrimo na acurada exposição acima mencionada, há que se ter a cautela de considerar que ao enfrentar a temática do sistema, há de se definir de antemão se se está enfrentando o sistema nomoempírico descritivo ou o sistema nomoempírico prescritivo do direito, pois, num e noutro casos as metodologias podem ser diametralmente opostas. Veja as considerações do mestre paulista (2005, p. 137):

O direito positivo é um sistema nomoempírico prescritivo, onde a racionalidade do homem é empregada com objetivos diretivos e vazada em linguagem técnica. A ciência que o descreve, todavia, mostra-se também um sistema nomoempírico, mas teórico ou declarativo, vertido em linguagem que se propõe ser eminentemente científica.

Do exposto tem-se que o sistema jurídico é o conjunto, perene e equilibrado, denotativo de unidade ordenada, composto por enunciados prescritivos – repertório – e pelas relações entre estes enunciados denominadas – estrutura (FERRAZ, 2003, p. 249 e ss.); sendo que a unidade, a ordenação e a homeostase sistêmica são estabelecidas por ele mesmo. Primeiramente tratar-se-á das partes, para em seguida aproximarmos-nos das relações que proporcionam a forma sistêmica ao Direito.

As partes ou elementos do sistema jurídico, o seu repertório, são os enunciados prescritivos. Explica-se.

Enunciados são estruturas linguísticas portadoras de determinados significados, que somente são possíveis em função do contexto em que se encontram mergulhados. São os chamados suportes físicos, i.e., os meios utilizados pelo emissor da mensagem com o fim de atingir o seu desiderato. Para o que nos interessa, os enunciados veiculam um determinado tipo discursivo, qual seja, o prescritivo, que vem a ser o modelo encarregado de veicular e dirigir expectativas comportamentais protegidas, equivale dizer, expedindo ordens, sempre voltadas ao comportamento humano, que deverá amoldar-se às condutas emolduradas pelos enunciados prescritivos.

O Direito como mecanismo criado e eleito pela sociedade para o fim de prevenir e decidir conflitos de interesses manifesta-se por meio de linguagem, que vem revestida da forma prescritiva, i.e., determinando modos ideais de comportamento por meio dos denominados modais deonticos “proibido”, “permitido” ou “obrigado”. É o mesmo que afirmar que pelo Direito a sociedade elege um catálogo de comportamentos fundamentais para a manutenção e desenvolvimento do organismo social, elevando-os ao altiplano dos enunciados prescritivos institucionalizados e dotados de força jurídica.

Mas para que se conceba a ideia de sistema jurídico, não basta que se admita a existência do mencionado repertório, o conjunto dos enunciados prescritivos. Para tanto, há de se ter em linha de conta que este repertório deve originar-se de fontes legiti-

madras e deverão alocar-se num universo sujeito a interferências internas e externas, que sempre deverão ser equacionadas com o fito de estabilizar e perenizar o sistema. Sem adentrar aqui no problema das fontes do direito, temos que, por uma análise de caráter eminentemente sociológica, a fonte do direito é a vontade coletiva. Está-se a afirmar que a legitimidade do direito advém do senso comum de que ele é o mecanismo de controle social encarregado de ser a *ultima ratio* da sociedade, i.e., cabe ao direito a função decisória final, atribuindo equitativamente a cada um o que é de cada um.

Prosseguindo, para que o direito atinja o seu desiderato é essencial que seja ele concebido como mecanismo organizado, coeso. Neste cenário, o repertório (conjunto de enunciados prescritivos) deverá estar disposto de forma organizada. Tal organização foi concebida por Hans Kelsen na forma de um sistema escalonado de regras (KELSEN, 1998). Mencionou o pai da Teoria Pura do Direito a conexão de dependência verificada entre os enunciados que compõem o repertório do sistema jurídico. Esta dependência se dá pela necessária fundamentação de validade a ser aquilatada entre os diversos enunciados que integram o repertório. São as relações de dependência havidas entre os enunciados que caracterizam o que chamamos de estrutura do sistema.

O que se está a afirmar é que, estando os enunciados alocados de forma escalonada, isto é, num plano de dependência e fundamentação de validade vertical, o que os imbrica, uns aos outros, mantendo a forma de sistema, é a sua estrutura, ou seja, as relações havidas entre os diversos enunciados, e que dão unidade e coesão ao sistema. No caso do sistema jurídico, o repertório são os enunciados prescritivos, e a estrutura são as relações, p.e., de validade, vigência, eficácia, congruência material, as regras de irretroatividade e retroatividade etc. Assim, sistema é a totalidade envolvendo o repertório e a estrutura.

O problema é que no âmbito deste sistema perceber-se-á a coexistência de diversos tipos de enunciados. Há enunciados que são direcionados à conduta humana propriamente dita. Há enunciados que tratam da produção de enunciados prescritivos. Há enunciados veiculadores de formas e ditames de organização do próprio sistema. Há outros enunciados encarregados de prescrever a forma a ser adotada pelo Poder que lançará mão do próprio sistema jurídico para fazer valer os desígnios da sociedade a que ele deve servir. E é justamente por conta desta diversidade de percepções em relação aos enunciados que surgiu na doutrina uma miríade de classificações fincadas nos mais diversos critérios, que no mais das vezes não têm aguda implicação prática, servindo senão para proporcionar aos observadores do sistema uma visão global e mais ou menos organizada do todo. Nada obstante, há uma distinção dotada de elevada importância prática, e que dentro do tema central deste escrito assume foros de essencialidade para efeitos de compreensão. Faz-se referência à distinção dos enunciados em regras e princípios.

3. A distinção entre princípios e regras

De início é importante frisar que princípios e regras tratam-se de espécies de enunciados prescritivos. Um e outro dizem o que deve-ser, além de serem expressos em termos deônticos básicos – permitido, proibido e obrigatório.

Ambas as categorias normativas podem ser tomadas como razões de juízos concretos de dever-ser. São clássicas as ideias que tomam os princípios ora como fonte ou origem de algo, ora como razão justificativa de ações. No primeiro caso tem-se uma visão aristotélica e no segundo um sentido kantiano.

Inúmeras são as teorias sobre o que vêm a ser os princípios e o que vêm a ser as regras. É tradicional a lição de que os princípios são os mandamentos nucleares do sistema (BANDEIRA DE MELLO, 2004), enquanto que as regras seriam mandamentos de dever-ser (REALE, 2007). Todavia, nada obstante a autoridade e confiabilidade de seus prolores, tais definições pouco esclarecem quanto à intimidade estrutural e funcional das peças componentes do repertório do sistema jurídico, mantendo o jurista no campo da perplexidade.

O inglês Ronald Dworkin enfrenta a questão defendendo que a diferença entre regras e princípios estaria no modo de solução de conflitos entre estas entidades normativas (DWORKIN, 2007). Assim, considerando o modo “tudo ou nada” de aplicação das regras, o conflito entre enunciados desta dignidade normativa importaria necessariamente na expulsão sistêmica da regra refutada ou a inclusão de uma cláusula de exceção no referido enunciado, ao passo que a colisão entre princípios importaria no sopesamento entre os princípios colidentes, de sorte que a prevalência de um não importaria na invalidação do outro.

Vem da Alemanha outra distinção importante entre princípios e regras. Em Teoria de los Derechos Fundamentales (1993), Robert Alexy faz um apanhado histórico acerca dos diversos critérios tradicionalmente utilizados para levar a cabo a distinção entre princípios e regras. Neste mister, o autor aponta o critério da generalidade como critério normalmente suscitado (1993, p. 83). Deve-se entender generalidade como o nível de alcance pessoal do enunciado. Quanto mais horizontalizado for o alcance, mais generalizável é o enunciado. Segundo este critério o grau de generalidade dos enunciados prescritivos veiculadores de princípios é mais alto do que o dos enunciados veiculadores de regras.

Alexy (1993, p. 84) aponta ainda outros critérios tradicionalmente utilizados para a distinção, tais como a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de surgimento, o caráter explícito de conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema, além do critério da importância para a ordem jurídica.

Por fim, Alexy (1993, p. 84) relembra os critérios de serem os princípios e as regras razões para regras ou regras em si e o fato de serem tomadas como regras de comportamento ou regras de argumentação. Para o autor alemão, princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (1993, p. 86). E prossegue Alexy, “princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (1993, p. 86). Regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (1993, p. 87).

A análise de Robert Alexy tem baldrame na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e demonstra que em casos de colisão entre normas veiculadoras de princípios, a solução não surge pela determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função de ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Assim, os princípios têm dimensão de peso, não se ocupando de determinar de plano as consequências normativas, ao contrário das regras. Neste contexto, a aplicação de um princípio está sempre condicionada a uma cláusula de reserva, definida nos termos de que é o caso concreto que determinará a prevalência (1993, p. 87).

Alexy afirma que existem apenas duas soluções possíveis para o conflito entre regras (1993, p. 88). Ou introduz-se uma exceção à regra, ou decreta-se a invalidade de uma das normas conflitantes. Já no que pertine aos princípios, Alexy criou o teorema da colisão, na mesma linha de raciocínio de ponderação de Dworkin (2007). Percebe-se que Alexy avança em relação à Dworkin na constatação de mais uma diferenciação entre as entidades normativas, qual seja, a do tipo de obrigação estatuída por uma e outra espécies normativas. As regras criam obrigações absolutas, ou seja, não podem ser superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, i.e., podem ser suplantados por outros enunciados da mesma dignidade normativa, desde que assim recomende o caso concreto. É a regra do sopesamento, segundo a qual “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 1993, p. 161).

No Brasil, a Escola do Construtivismo Lógico Jurídico, que tem como seu maior expoente o Professor Paulo de Barros Carvalho (2008), dá importante contribuição ao tema a partir das noções sobre os juízos hipotéticos condicionais. Segundo estas noções, os enunciados prescritivos que integram o sistema jurídico terão uma estrutura tal que em linguagem formal pode ser descrita por:

(H – C)

Lê-se: [se H, deve-ser C], onde “H” é o antecedente caracterizador da hipótese, ou seja, um fato de possível ocorrência; “-” é o conectivo entre o antecedente e o consequente que traduz a ideia de “deve-ser” designando relação de imputação; e “C” é o consequente que traduz a consequência, equivale dizer, a situação jurídica que instalar-se-á em decorrência da concretização do fato descrito na hipótese do enunciado.

Com base nesta teoria, a primeira diferença entre princípios e regras está em que, se na hipótese do enunciado prescritivo existir a simples previsão de um comportamento, ou seja, de uma conduta humana desejada, estar-se-á diante de típica regra, ao passo que, se a hipótese do enunciado contiver valores jurídicos ou limitações fundamentais à atuação dos sujeitos de direito, estar-se-á diante de enunciado veiculador de princípios.

Quanto ao conteúdo das regras, os comportamentos, não há muito que debater, pois, comportamentos nada mais são que maneiras de se comportar, modos de proceder, conjunto de atitudes e reações do indivíduo em face do meio social.

A mesma tranquilidade quanto à identificação do conteúdo não se verifica em relação aos princípios. Acima foi dito que os enunciados prescritivos veiculadores de princípios terão em sua hipótese valores jurídicos ou limitações fundamentais à atuação dos sujeitos de direito. Aqui surge o primeiro problema, qual seja, identificar o que são os mencionados “valores jurídicos”.

Esta indagação aponta para a necessidade de adentrar-se no terreno da axiologia, para o que definitivamente não há espaço neste brevíssimo trabalho. Nada obstante, para não deixar sem qualquer resposta o questionamento acima formulado, tomar-se-á aqui “valor jurídico” no sentido de situações objetivas denotadoras de essencialidade jurídica universal.

Assim os valores jurídicos são introduzidos no universo do Direito pela prescrição de estados de coisas lançados implícita ou explicitamente no seio do sistema jurídico, daí a sua objetividade. A essencialidade destes estados de coisas objetivados representa aquilo que não pode não ser, frise-se, especificamente em matéria jurídica, sendo que estas situações objetivas devem ter caráter universalizante, i.e., devem valer para toda a comunidade jurídica indistintamente, pelo menos em potência, uma vez que sem aquelas, a plenitude da experiência jurídica torna-se inviável ou injustificável racionalmente.

Prosseguindo na empreitada da identificação do conteúdo próprio dos enunciados prescritivos veiculadores de princípios, há enunciados que trarão em sua hipótese limites fundamentais à atuação dos sujeitos de direito. Neste cenário, os destinatários destes enunciados estarão jungidos por estas limitações comportamentais que dizem-se fundamentais pois sempre terão em foco a preservação de situações jurídicas essenciais para a manutenção da sociedade como tal e do indivíduo como ser humano merecedor de vida digna.

Importa aqui uma ressalva. Não se há de confundir limitação fundamental à atuação do sujeito com imposição de simples comportamento omissivo. A distinção entre uma e outra previsões está na fundamentalidade da limitação. É dizer: se o alvo da prescrição é a abstenção teleologicamente orientada de um comportamento com vistas a preservar um direito fundamental, temos uma limitação fundamental ao agir do sujeito; lado outro, se a omissão prescrita não tem em sua base aquela mencionada teleologia, temos simples previsão de comportamento omissivo. Vejam, p.e., o princípio da legalidade em matéria tributária, que impede a cobrança de tributo sem lei anterior que o institua; e o princípio da boa-fé objetiva contratual, que condiciona as partes contratantes a uma atitude sempre transparente e voltada à conclusão plena e satisfatória do objeto contratado. Em ambas os exemplos impõem-se limitações aos sujeitos de direito. No primeiro caso ao Estado e, no segundo, ao particular, ambos, indubitavelmente, sujeitos de direito. Nas duas situações tomadas como parâmetro o objetivo é preservar situações essenciais a uma vida digna. No primeiro exemplo preserva-se a comunidade da voracidade pantagruélica do Estado, evitando que sejam editadas normas de tributação que surpreendam os contribuintes, inviabilizando os planejamentos orçamentários. No segundo, privilegiando a autonomia da vontade, impõe-se aos contratantes um comportamento que induza ao atingimento da função social do contrato, indispensável para a evolução humana e social.

Neste passo, tratam-se as regras de enunciados que apresentam alta densidade normativa, na medida em que o conteúdo de significação deste tipo de enunciados é comumente mais preciso que o conteúdo de significação dos enunciados veiculadores de princípios, uma vez que a técnica legislativa utilizada na construção destes é a da utilização de conceitos indeterminados, sabidamente abertos ao preenchimento pontual no plano da concretude normativa.

A segunda diferença entre regras e princípios está nas funções desempenhadas por um e outro tipo de enunciados no âmbito do sistema jurídico em que estão alocados. Estando as regras voltadas diretamente para o plano das condutas intersubjetivas criando expectativas comportamentais, orientam os seus destinatários quanto ao modo de comportar-se, proibindo, permitindo ou obrigando modos de agir, enquanto que os princípios jurídicos, não estando voltados apenas e diretamente para o universo das condutas humanas, mas, sobretudo, para o próprio sistema, assumem função sistêmica condicionante em três planos:

- a) No plano dos atos de produção dos enunciados prescritivos;
- b) No plano da interpretação dos enunciados prescritivos e do sistema jurídico; e
- c) No plano dos atos de aplicação dos enunciados prescritivos.

Explica-se.

No que tange ao plano da produção de enunciados, tem-se que o legislador ao exercer sua competência legislativa, p.e., tributária, deve respeito ao Princípio da Capacidade Contributiva, sob pena de, não o respeitando, ver declarado inconstitucional o enunciado produzido em desrespeito ao cânone.

A mesma vinculação tem o particular quando da produção de contratos. É sabido que o contrato tem força vinculante entre os contratantes, é dizer, é lei entre as partes, de sorte que qualquer contratante que descumprir o pactuado estará sujeito às sanções estipuladas no pacto e na lei, podendo sofrer a execução forçada e até os efeitos da rescisão contratual. Esta força vinculante é atribuída a duas circunstâncias. A primeira deve-se ao fato de o contrato haver sido livremente estipulado e aceito; a segunda decorre do fato de o contrato haver sido firmado segundo os próprios interesses das partes, ou seja, em razão das vantagens que iriam auferir com ele. É a tradução do brocardo *pacta sunt servanda*.

Já no plano da interpretação dos enunciados prescritivos e do próprio sistema jurídico, tem-se que o teórico que se dedica ao estudo sistematizado do objeto cultural "Direito", se pretende criar conhecimento consistente sobre este objeto, deve estrita observância aos princípios jurídicos, pois, se, p.e., tiver de analisar um regime jurídico aplicável a determinada relação jurídica, deverá atentar-se aos princípios interpretativos de direito público ou de direito privado, sob pena de concluir de forma equivocada sobre o regime jurídico aplicável ao caso.

Da mesma forma deve comportar-se o aplicador do direito, i.e., com absoluto respeito aos princípios jurídicos, seja para interpretar os enunciados e o sistema, seja para aplicar estes mesmos enunciados. Imagine um juiz que prolata sua sentença sem a

devida motivação ou sem preocupar-se em publicá-la no veículo competente. Afrontados seriam os princípios da motivação das decisões judiciais e da publicidade, indispensáveis à higidez do ato em análise.

Em síntese, temos que a primeira distinção entre enunciados prescritivos veiculadores de princípios e enunciados prescritivos veiculadores de regras é estrutural e funcional. Em outras palavras, as diferenças estão na estrutura do enunciado e nas funções exercidas por este no âmbito do sistema, seja para efeitos de autoprodução, seja para fins de interpretação, seja para ordenar a sua aplicação no subsistema social.

Tendo por adequadamente enfrentadas as noções de sistema, regras e princípios, é importante ainda ressaltar que é possível a consideração da existência de subsistemas jurídicos, i.e., de conjuntos ordenados e unitários de enunciados prescritivos que aproximam-se em função da matéria que lhes é afeita. É neste sentido que surge a noção de sistema tributário, privilegiada até pela própria Carta Política de 1988 que dedicou o TÍTULO VI, intitulado “Da Tributação e do Orçamento”, inaugurado pelo Capítulo intitulado “Do Sistema Tributário Nacional”, que congrega a maioria dos enunciados constitucionais que tratam da matéria tributária.

Feitas estas considerações, há de se considerar ainda que serão encontrados, espargidos por toda a vastidão do sistema jurídico, enunciados prescritivos veiculadores de princípios, alguns gerais, direcionados assim a todo o sistema nomoempírico prescritivo do Direito, e outros específicos, dirigidos assim a quadrantes próprios do Direito, como é o caso, justamente, dos princípios constitucionais tributários. Não se pode desprezar por fim, a existência de princípios sistemicamente implícitos.

Tal observação é importantíssima, na medida em que o centro das atenções da presente investigação está apenas em dois princípios tributários, quais sejam, o princípio da capacidade contributiva e o princípio da tipicidade cerrada.

4. O princípio da capacidade contributiva

Grande parte da doutrina retira o princípio da capacidade contributiva do teor do § 1º do art. 145 da Carta Magna. Aqui podemos destacar Cristiano Carvalho (2005, p. 373), Luciano Amaro (2005, p. 138) e Regina Helena Costa (2003, p. 20). Há quem não o abstraia da referida disposição constitucional, visualizando-o no inc. II do art. 150 como corolário lógico do princípio da igualdade (LACOMBE, 2000, p. 26). Há ainda quem, a partir de uma interpretação de visível limitação dogmática, sequer encare a capacidade contributiva como princípio, já que a cláusula “sempre que possível” retiraria do § 1º do art. 145 da CF o caráter impositivo (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000, P. 52).

O grande embate doutrinário está em saber se a capacidade contributiva deve ser especulada pelo viés objetivo ou pelo matiz subjetivo. Trata-se da célebre distinção veiculada por Roque Antônio Carrazza (2006, p. 89), com sua costumeira sensatez, quando percebe a existência de duas espécies de capacidade contributiva, a objetiva e a subjetiva. Esta, equivalente à noção de capacidade econômica, aferível, sempre que possível, a partir de caracteres pessoais, i.e., de acordo com notas abstraídas do sujeito de direito que integrará a relação jurídica; e aquela a partir notas obtidas pela análise do critério material alocado no antecedente da regra matriz de incidência tributária.

Por conta desta distinção formaram-se dois grupos distintos: os que consideram que o sistema alberga apenas o viés subjetivo da capacidade contributiva, e aqueles que veem cravada no sistema apenas a face objetiva do princípio.

Regina Helena Costa (COSTA, 2003, p. 22) relembra aqueles que estão no primeiro time:

Rubens Gomes de Souza definiu *capacidade contributiva* como a “soma de riqueza disponível depois de satisfeitas as necessidades elementares de existência, riqueza essa que pode ser absorvida pelo Estado sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas”. Emilio Giardina entende-a como a “possibilidade econômica de pagar o tributo”, enquanto Moschetti a vê como a “força econômica do contribuinte”.

Da outra banda do debate, defendendo que a capacidade contributiva insculpida na Constituição é apenas da modalidade objetiva, encontram-se vários doutrinadores de peso. Becker (1998, p. 263) afirmou:

Capacidade Contributiva – a circunstância daquele fato lícito ser (ou não) um signo presuntivo de capacidade contributiva, assume relevância *jurídica*, somente naqueles países cujo sistema jurídico contiver regra jurídica constitucional, juridicizando o “princípio da capacidade contributiva” [grifos do autor].

É isto que se pode abstrair das sempre lúcidas lições do Professor Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2008, p. 307):

Em outras palavras, por capacidade contributiva deve entender-se apenas a absoluta, e, mesmo assim, como dado pré-jurídico. Realizar o princípio da capacidade contributiva quer significar, portanto, a opção a que se entrega o legislador, quando elege para o antecedente das normas tributárias fatos de conteúdo econômico que, por terem essa natureza, fazem pressupor que as pessoas que deles participam apresentem condições de colaborar com o Estado mediante parcelas de seu patrimônio.

Regina Helena Costa já demonstrava isso (COSTA, 2003, p. 28):

A capacidade contributiva absoluta ou objetiva funciona como pressuposto ou fundamento jurídico do tributo, ao condicionar a atividade de eleição, pelo legislador, dos fatos que ensejarão o nascimento de obrigações tributárias. Representa sensível restrição à discricção legislativa, na medida em que não autoriza, como pressuposto de impostos, a escolha de fatos que não sejam reveladores de alguma riqueza.

Por fim, para o festejado Roque Antônio Carrazza, “a capacidade contributiva a qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar,

legislativamente, os impostos de sua competência é *objetiva*, e não *subjetiva*” (2006, p. 89). Em nosso modesto entender, ambos os grupos estão parcialmente corretos. De fato a Constituição consagra a capacidade contributiva objetiva, mas ao lado encontra-se a capacidade contributiva subjetiva. Explica-se.

Primeiro é preciso entender as possibilidades semânticas para a expressão capacidade contributiva, para em seguida cotejar estas possibilidades com o sistema jurídico constitucional. Deste cotejo será possível resolver a celeuma.

Passemos então à análise da expressão capacidade contributiva, mas não sem antes frisar que os textos do direito positivo são vazados em linguagem comum, sem o hermetismo técnico desejado, o que deve deixar sempre alerta o intérprete, que deverá atentar-se a este fato para poder retirar do texto legal sempre o melhor substrato. É do sistema nomoempírico prescritivo do direito positivo que extrai-se ou constrói-se o sistema nomoempírico descritivo da ciência do direito, este, sim, refinado, passível de submissão a testes de refutabilidade lógica, portador de desejada coerência, haja vista que construído por quem prima, p.e., pelo postulado científico da não-contradição.

Aqui parte-se da ideia de que toda e qualquer expressão utilizada pelo legislador é portadora de determinado significado objetivável, ainda que para tanto o esforço hermenêutico deva ser daqueles inglórios, e que ao final chegue-se à conclusão de que existem vários significados possíveis em um mesmo enunciado, e não apenas um, como seria de se desejar, mas sempre, sempre será possível captar a mensagem depositada pelo legislador, ou construir um novo corpo de significações para o texto de dado enunciado, pois o direito é um fenômeno de linguagem que está sempre à espera de ser surpreendido pelo intelecto humano.

Começando pelo começo, “capacidade” é conceito dogmático jurídico que denota a aptidão de um sujeito de direito para habitar relações jurídicas, em outras palavras, a qualidade daquele que se encontra apto a participar da dimensão jurídica da existência humana e social.

O problema é que sempre que se fala em capacidade, automática e infalivelmente, como diria Alfredo Augusto Becker, surge em nossa mente a ideia de que estamos nos referindo a uma qualidade de uma pessoa, isto é, do sujeito de direito. O que se está a afirmar é que a noção de capacidade é logicamente vinculada à noção de pessoa, talvez pela raiz civilista da categoria jurídica em análise. Esta tradição nos impede de ver além do óbvio e castra as possibilidades de emprestar evolução a um conceito que não mais está preso à sua noção comum.

Ao que nos interessa, o vocábulo capacidade lançado na expressão capacidade contributiva vai além, transborda o significado técnico-jurídico de raiz civilista, não se referindo exclusivamente a uma qualidade imputável às pessoas. O termo capacidade na expressão em comento pode também significar uma qualidade do fato jurídico eleito pelo legislador como alvo da incidência tributária.

Do afirmado surge o questionamento: que qualidade seria essa? Eis a resposta: a de denotar um signo presuntivo de riqueza que autoriza o fenômeno tributário. Em outras palavras, a aptidão do fato para constar da relação jurídica tributária na posição de seu elemento catalisador.

Do exposto, toda vez que o exegeta dedicar-se a perquirir quanto ao respeito à capacidade contributiva, deve direcionar seus esforços, tanto à pessoa quanto aos fatos eleitos pelo legislador para compor a regra matriz de incidência tributária. Assim, não se deve perguntar apenas se determinado sujeito de direito manifesta capacidade contributiva, sendo certo perquirir também se o fato alocado no critério material da hipótese de incidência demonstra tal capacidade.

Neste cenário é que se pode conceituar a capacidade contributiva como o princípio jurídico limitador da atuação estatal que impõe ao legislador que, ao eleger os fatos núcleos do critério material da regra matriz de incidência tributária, bem como os sujeitos de direito que figurarão como sujeito passivo do modelo de incidência, o faça observando que um e outro devem demonstrar aptidão para serem lançados no interior do enunciado prescritivo de imposição tributária.

Feitas estas considerações é que se pode ter a capacidade contributiva a partir de três aspectos, a saber:

- Como aptidão do fato para ser considerado como elemento catalisador da relação jurídica em função de manifestar um signo presuntivo de riqueza;
- Como relação lógica entre o fato jurídico tributário e o sujeito de direito: se o fenômeno tributário dispara a materialização de uma relação jurídica no universo da experiência, esta relação jurídica deverá contar com a participação de sujeitos de direito que tenham alguma relação atuarial com o fato jurídico tributável. i.e., sejam identificáveis como partícipes no encadeamento lógico efectual da ocorrência a ser alcançada pela tributação; e
- Como as peculiaridades pessoais econômicas a serem consideradas, sempre que possível, no ato nomogenético.

Objetivamente, a capacidade contributiva é aferida a partir do cotejo analítico entre o critério material e o critério quantitativo – base de cálculo – da hipótese de incidência tributária. A base de cálculo deverá sempre corresponder a uma perspectiva dimensível econômica do fato juridicizado no antecedente normativo e que fará surgir no plano da experiência uma relação jurídica de índole tributária.

Em outras palavras, a base de cálculo há de ter uma correlação lógica e direta com a hipótese de incidência do tributo. Não foi por outro motivo que Amílcar Falcão qualificava a base impositiva como “verdadeira e autêntica expressão econômica” da hipótese de incidência. Eis a base de cálculo na sua função comparativa, confirmando, infirmando ou afirmando o verdadeiro critério material da hipótese tributária (CARVALHO, 2008, p. 546).

No seu aspecto subjetivo, a capacidade contributiva é densificada normativamente pela introdução de mecanismos jurídicos que manifestam preocupação com as peculiaridades econômicas pessoais de categorias de contribuintes tais como a proporcionalidade e a progressividade das alíquotas (CARVALHO, 2005, p. 374 e segs.).

Mas apartadas que estão as noções de capacidade contributiva objetiva e capacidade econômica ou contributiva subjetiva, há de se definir se o princípio da capacidade contributiva como aqui esquadrihado decorre ou não do §1º do art. 145 da CF.

Em nosso entender, a resposta é que apenas a capacidade contributiva subjetiva decorre do aludido dispositivo constitucional, enquanto que a capacidade contributiva de índole objetiva advém da implicitude do sistema jurídico, manifestando um corolário lógico dos cânones da igualdade (LACOMBE, 2000, p. 27 e segs.) e da propriedade (CARVALHO, 2005, p. 420).

De se ressaltar ainda que o entendimento que aloca a capacidade contributiva objetiva na implicitude sistêmica e a capacidade contributiva (econômica) no §1º do art. 145 promovem a ampliação do espectro eficaz do princípio, já que vê-lo plasmado apenas no art. 145 impõe a sua consideração apenas em relação aos impostos, já que as regras impositivas de limitação devem ser interpretadas restritivamente como manda a boa técnica hermenêutica. Assim, pode-se admitir que, se de um lado, a capacidade contributiva, em sua vertente subjetiva, somente pode ser considerada em relação aos impostos, e quando possível for, por outro, a capacidade contributiva objetiva alcança todos os tributos, devendo ser sempre observada, sob pena de a norma introduzida estar impregnada de vício de origem.

5. O princípio da tipicidade cerrada

Para tratar da tipicidade cerrada, primeiro há de separá-la da legalidade estrita. Esta encontra-se encravada no Texto Constitucional no art. 150, I:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II – [...]

A legalidade é fundamento do Estado Democrático de Direito e “revela que a lei é o único meio possível de expressão da justiça material, ou seja, é o único instrumento válido para o Estado de Direito de revelação e garantia da justiça tributária” (COSTA, 2003, p. 44).

O esquadrihamento do conteúdo jurídico do princípio da legalidade é simples, e nos mostra que no Estado Democrático de Direito, apenas a lei, aqui entendida como produto do processo legislativo, e, portanto, espécie normativa produzida pelo Poder Legislativo mediante o devido processo legislativo previsto a partir do art. 59 da CF, é que é o instrumento legítimo para a construção da regra matriz de incidência tributária.

El principio de reserva de ley tributaria, también denominado principio de legalidad, constituye una regla de Derecho Constitucional Tributario universalmente adoptada por los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por él se requiere que para la sanción

de leyes tributarias tomen necesaria intervención los órganos depositarios de la voluntad general, cualquiera que sea su denominación y modo de funcionamiento, lo que vendrá dado por la tradición institucional y el tipo de organización política adoptada (Cortes, Parlamento, Asamblea General, Congreso, Legislatura, etc.) (CÁSAS, 1999).

Mas para a garantia efetiva dos direitos fundamentais dos contribuintes não basta impor ao Estado a utilização desta ou daquela espécie normativa. Além disso, é indispensável determinar ao legislador que seja preciso no ato de produção normativa. Equivale dizer que é obrigação do legislador, quando do exercício das competências tributárias constitucionalmente estatuídas, oferecerem ao sistema jurídico enunciados que indiquem claramente os critérios material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo da hipótese de incidência tributária, enfim, enunciados com máxima densidade normativa.

Aqui está o princípio da tipicidade cerrada, que, diferentemente do princípio da legalidade, está embrenhado na implicitude do sistema jurídico pátrio, sendo perceptível em todos os quadrantes do subsistema jurídico tributário.

Roque Antônio Carrazza (2006, p. 416) assim se manifesta sobre o princípio em comento:

De fato, os elementos integrantes do *tipo tributário* devem ser formulados na lei de modo tão preciso e determinado, que o aplicador não tenha como introduzir critérios subjetivos de apreciação, que poderiam afetar, como já escrevemos, a segurança jurídica dos contribuintes, comprometendo-lhes a capacidade de previsão objetiva de seus direitos e deveres.

Mas de nada valeria impor amarras ao legislador, se ao aplicador fosse dada liberdade de ampliar ou restringir o espectro eficaz dos enunciados criteriosamente produzidos no âmbito do devido processo legislativo. Assim, é que se tem ainda a tipicidade cerrada voltada também para o aplicador da norma, impondo-lhe limites à criatividade impertinente.

Novamente Carrazza é esclarecedor ao afirmar que “enfim, os *tipos tributários* devem ser minuciosos, para que não haja espaço para o Fisco nem para o emprego da analogia nem da discricionariedade” (2006, p. 416).

6. Conclusão

O Direito é um objeto cultural, criado pela e para a sociedade com vistas a prevenir e solucionar conflitos de interesses. Este objeto cultural é estruturado sistematicamente, e a gestão deste sistema fica a cargo do Estado, também sujeito de direito, e que vem a ser um dos maiores utentes do sistema jurídico, justamente em face do modelo do Estado Democrático de Direito em vigor, que impõe uma série de limitações à atuação estatal, provocando o surgimento de inúmeros conflitos entre pessoas políticas e entre estas e os particulares.

Este Estado demanda a disponibilização de recursos financeiros, e para abastecer os cofres públicos é que surge a necessidade pública da tributação. Mas esta tributação não se desenvolve ao livre talante dos governos. Ao contrário, a sanha arrecadatória estatal há de ser incisivamente limitada, para que o Estado esteja a serviço da sociedade, e não o contrário, i.e., a sociedade a serviço do Estado, que não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas um meio de garantir e efetivar os objetivos e fundamentos republicanos insculpidos nos artigos 1º e 3º da Carta Constitucional.

Juan Bautista Alberdi (*apud* CÁASAS, 1999) no contexto do século XIX, já afirmara:

El Tesoro y el Gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente. El país que no puede costear su Gobierno no puede existir como nación independiente, porque no es más el Gobierno que el ejercicio de su soberanía por sí mismo. No poder costear su Gobierno es exactamente no tener medios de ejercer su soberanía; es decir, no poder existir independiente, no poder ser libre. Todo país que proclama su independencia a la faz de las naciones, y asume el ejercicio de su propia soberanía, admite la condición de estos hechos, que es tener un Gobierno costeadado por él, y tenerlo a todo trance, es decir sin limitaciones de medios para costearlo y sostenerlo; por la razón arriba dicha, de que el Gobierno es la condición que hace existir el doble hecho de la independencia nacional y el ejercicio de la soberanía delegada en sus poderes públicos"; sin perjuicio de afirmar también: "El poder de crear, de manejar y de intervenir el Tesoro Público es el resumen de todos los poderes. En la formación del Tesoro puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hoyada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país"; concluyendo en lo estrictamente tributario: "No hay garantía de la Constitución, no hay uno de sus propósitos de progreso que no puedan ser atacados por la contribución" exorbitante, desproporcionada o el impuesto mal colocado o mal recaudado.

Estas garantias objetivam-se juridicamente pela institucionalização de valores e limites à atuação estatal por meio de diversos mecanismos jurídicos, como por exemplo os princípios.

Este sistema de direito positivo caracterizador de um sistema nomoempírico prescritivo abre a oportunidade e a necessidade de construção de um sistema nomoempírico descritivo, um plexo de metalinguagem normativa descritora daquele primeiro sistema posto, de viés científico, que procura demonstrar a tendência à coerência do direito positivo.

É com base neste sistema nomoempírico descritivo que descortinam-se os conteúdos jurídicos dos diversos princípios jurídicos tributários, que por serem vazados em enunciados de baixa densidade normativa provocam o emprego de grande esforço hermenêutico na busca de sua exata, ou quase exata normatividade.

A partir destes dados obtidos cientificamente é que é possível afirmar que a segurança jurídica, princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, nos qua-

drantes do fenômeno tributário, manifesta-se por meio dos princípios da capacidade contributiva e da tipicidade cerrada. O primeiro impondo que os fatos jurídicos eleitos para integrar as regras matrizes de incidência tributária sejam signos presuntivos de riqueza, e que, sempre que possível, o legislador deverá respeitar as peculiaridades econômicas dos sujeitos que sofrerão a repercussão do fenômeno tributário. O segundo, impondo ao legislador o dever de introduzir no sistema enunciados veiculadores de regras matrizes tributárias portadores de máxima densidade normativa, o que repercute no âmbito da aplicação da lei tributária, limitando a atuação do agente administrativo a quem não é dado nem diminuir nem ampliar o espectro de eficácia da lei tributária democraticamente introduzida no sistema jurídico pátrio.

Por óbvio não se buscou exaurir a temática escolhida, mas apenas e tão-somente oferecer singela contribuição para o desenvolvimento das questões enfrentadas.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Curso de Direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ & BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. Artigo disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/31274/submission/reviww/31274-34847-1-RV.pdf>>. Acesso em 16 de maio de 2010, às 17h50.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria do sistema jurídico: Direito, economia e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASÁS, José Osvaldo. *Los principios del Derecho Tributario*. Artigo disponível em <<http://www.salvador.edu.ar/juri/ua1-4-ab.htm>>. Acesso em 02/07/2010 às 09h15.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Teoria da norma jurídica. Ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e 2. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holsback. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. *Crítica da razão prática*. Trad. Afonso Bertagnoli. São Paulo: eBooksBrasil.com, 2004.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. *Princípios constitucionais tributários*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva. *Análise jurídica dos princípios tributários da legalidade, anterioridade e capacidade contributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: de Spinoza a Kant*, v. 4. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. *História da filosofia: do romantismo ao empiriocriticismo*, v. 5. São Paulo: Paulus, 2005.

Apontamentos para um estudo sobre o princípio da dignidade humana

Notes for a study on the principle of human dignity

Weber Abrahão Júnior

Professor da Graduação em Direito na Unipac, Campus Araguari. Advogado militante. Graduado e pós-graduado em História pela Universidade Federal de Uberlândia, Especialista em História do Brasil Contemporâneo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Especializando em Direito Civil pela mesma Instituição. Professor também da pós-graduação em Direito pela FASIPE, em Sinop, MT. Parecerista das Revistas Eletrônicas *Em Extensão e Educação Popular*, da PROEX-UFU. e-mail: advocaciaweber@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como tema *A Internet e a superexposição indesejada da intimidade – violação ao princípio da Dignidade Humana*. A pesquisa objetivou analisar o estágio atual do debate doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema. Foram realizadas pesquisas bibliográficas, consultados sítios jurídicos e livros tradicionais. A consulta à doutrina objetivou traçar um histórico sobre a dignidade humana como *meta-princípio* de nosso ordenamento constitucional, em paralelo aos princípios da liberdade de consciência e informação. Foram utilizados referenciais teóricos de outros campos das Ciências Humanas e Sociais, como esforço interdisciplinar, procurando ampliar os parâmetros da reflexão proposta. As jurisprudências analisadas centraram-se no sítio do TJMG, entre os anos de 2000 e 2010, a partir da chave de pesquisa “violação da intimidade na Internet”. Foram analisados cerca de 240 acórdãos na íntegra. A partir do estudo realizado, sugere-se a ampliação dos debates a respeito do tema, envolvendo todos os setores da sociedade organizada e sob a batuta de juristas abalizados. Isto porque inexistente marco regulatório específico para as relações sociais travadas no âmbito do espaço cibernético. É preciso instrumentar os operadores do Direito para essa realidade inexorável: os efeitos danosos provocados pela superexposição indesejada na rede mundial de computadores.

Palavras-chave: Princípio Constitucional da Dignidade Humana; violação da intimidade na Internet; superexposição indesejada na rede mundial; liberdade de consciência e informação.

Abstract: The theme of this monograph is *The internet overexposure and the undesired intimacy violation of the Principle of Human Dignity*. The paper analyzes the current state of the doctrinal and jurisprudential debate on the subject. We conducted literature researches, consulted legal sites and traditional books. The consultation aimed to draw a historical doctrine to human dignity as a meta-principle of our constitutional order, in parallel to the principles and freedom of information. We used theoretical frameworks from other fields of humanities and social sciences as an interdisciplinary effort, seeking to broaden the parameters of the proposed reflection. The case law discussed focused on sites of TJMG, between the years 2000 and 2010, from the search key “violation of privacy on the internet”. We analyzed about 140 judgments in full. From the study, it is suggested to expand the debate on the subject, involving all sectors of organized society and under the authority of jurists. This is because there is

no regulatory framework specific to social relations fought in the cyberspace. It is necessary to instrument the operators of Right for this inexorable reality: the harmful effects caused by the undesired overexposure in the world wide web.

Keywords: Constitutional Principle of Human Dignity; violation of privacy on the Internet; the worldwide web undesired overexposure; freedom of conscience and information.

O princípio da dignidade humana – um histórico possível

1. Introdução

Pensar o tema abordado sob uma ótica histórica pressupõe, necessariamente, um conceito de historicidade como intrínseco ao ser e fazer do homem, anterior mesmo às reflexões aqui intentadas.

A historicidade do fazer humano pode ser entendida ao menos sob duas perspectivas: como o conjunto de ações humanas ao longo do tempo, como produto de seu ser no mundo natural e de relações; e também como o processo de reflexão sobre essas ações constantes e ininterruptas.

À primeira nos referimos como a História-fato. À segunda, como História-narrativa. Desse modo, olhar para o passado como História-fato estabelece um processo contínuo de interação entre o investigador e os fatos necessariamente por ele selecionados para investigação, devidamente munido de ferramentas para re (ou des) construir a trajetória do objeto investigado ao longo do tempo.

Nosso ordenamento legal e constitucional prevê como seu princípio basilar, como verdadeiro *meta-princípio* a escudar direitos e garantias fundamentais, o princípio da dignidade humana. Esse *meta-princípio* da dignidade humana, como denominado por farta doutrina jurídica, e de fundamentação constitucional, enraíza-se no passado das ações humanas em sociedade.

O diálogo nascido da interação passado-presente, guiado pelo pesquisador, sob a ótica do tema em comento, indica a necessidade de ser reconstruído certo caminho trilhado pelas sociedades humanas no sentido de elaborar e vivenciar a dignidade humana.

A questão de fundo filosófico aqui delineada remete-nos à dicotomia direito natural/direito positivo. Para os defensores da existência de um direito natural, anterior à sociabilidade humana e de caráter universal, poderia soar inadequada a busca da historicidade do conceito que anima o *meta-princípio* da dignidade humana.

No entanto, entendemos com Miguel Reale e tantos outros jusfilósofos, que não se pode rejeitar a realidade histórica dos fatos, conforme lúcida observação de Andrade (2007, p. 32)¹.

¹ “Reale propugna a imperiosidade de se perscrutar os valores culturais de determinado povo, para neles verificar a real necessidade de uma norma, não descuidando da necessidade de constante atenção com o aspecto da mutação e conseqüente alteração axiológica, decorrente da dinâmica social, histórica e, portanto, da cultura de valores.”

Mas se a realidade histórica dos fatos orienta um esforço de compreensão das origens e sistematização do conceito de dignidade humana, por outro lado é preciso perguntar: a realidade mesma dos fatos históricos não é uma construção conceitual e teórica do pesquisador em face do contexto sócio-político por ele vivido?

E assim sendo, ao optar por determinado campo teórico-conceitual não estaria o pesquisador necessariamente recortando de forma parcial o objeto de sua pesquisa, delineando por isso mesmo certa opção ideológica (no sentido de conscientemente determinada)² sobre o assunto abordado?

Para ser mais claro nas indagações: investigar uma história possível do conceito de dignidade humana é perceber, por um lado, que nosso campo referencial é a chamada “civilização ocidental”, recorte conceitual e temático inevitável.

Por outro lado, isso implica a demarcação das “escolhas pessoais e motivadas³” do pesquisador. Se ele entende, a partir do modelo idealista hegeliano, que a história é o *devoir* do progresso e da civilização⁴, poderá concluir que fatalmente os pressupostos do Direito Natural (assim mesmo, com maiúsculas) vencerão os recônditos da ignorância e do fundamentalismo ainda vigentes⁵.

Ou, se a escolha teórico-conceitual recair sobre o método materialista histórico e dialético da tradição do pensamento marxiano e marxista⁶, a trajetória do conceito indicará uma construção histórica recente e atravessada pela dialética social denominada *luta de classes*.

Farias (2004, 26-29), após estabelecer que direitos humanos podem ser entendidos aproximadamente como constituídos por posições subjetivas e pelas instituições jurídicas que, historicamente estabelecidas, procuram garantir os valores da dignidade humana, faz uma feliz síntese da questão, tratando-a como *dimensão filosófica dos direitos fundamentais*:

Vale registrar, também, a dimensão filosófica dos direitos fundamentais constituída pela busca das raízes e dos fundamentos racionais dos direitos humanos. Neste contexto, a tradição filosófica procura esquadrinhar a natureza destes direitos: são eles anteriores ou superiores à sociedade e ao Estado? (tese jusnaturalista); são criados e conformados pelo Estado? (tese positivista); ou são frutos de consenso sobre valores intrinsecamente

² Ideologia aqui tem o sentido de conjunto de valores, concepções, interesses, sociais, coletivos e que orienta escolhas, inclusive temáticas e teóricas na produção do conhecimento: BOUDON (1989).

³ No sentido weberiano da expressão.

⁴ HEGEL, G.W.F. *Lições acerca de História da Filosofia*, apud: ANDRADE, 2007 p. 35.

⁵ E, como visível desdobramento lógico, acreditar que existem “normas constitucionais programáticas”, postergando o direito à justiça para as calendas do fim dos tempos.

⁶ *Marxiano* refere-se ao pensamento do próprio Karl Marx; *marxista* indica a elaboração intelectual dos autores que seguem o referencial teórico desse autor.

comunicáveis baseados em necessidades sociais e historicamente compartilhadas? (tese intersubjetiva).

A opção metodológica do autor acima indicado é filiada ao pensamento habermasiano⁷ definida na teoria da ação comunicativa⁸.

Assumindo aqui uma posição teórica intermediária, tentaremos indicar duas possibilidades de leitura do tema dignidade humana: a primeira, em um registro jusnaturalista *mitigado*, admitindo com Lafer (1999, p. 38) que

direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que encontrou o seu apogeu na Ilustração.

E a segunda, entendendo a construção jurídica e histórica do conceito de dignidade humana admitindo-se:

- a) Que a trajetória de construção do *indivíduo* como senhor de direitos, garantias e obrigações jurídico-políticas, (esfera das relações privadas, heterogêneas) em contraposição/subordinação à ordem pública (esfera de atuação do poder estatal, homogeneizador por definição), é fruto da sociedade fundada no mercado, nascida no período histórico denominado tradicionalmente como Idade Moderna;
- b) Que inicialmente, essa construção identifica a esfera do privado à propriedade/ausência de riqueza, projetando para o poder estatal os limites do liberalismo como proteção dos espaços privados dos possíveis excessos tributários/fiscais da máquina estatal; e complementarmente, o *constitucionalismo* como limitação ao poder estatal no âmbito das relações sócio-políticas dos indivíduos⁹;

⁷ Em referência direta à Escola da Frankfurt e ao modelo dos *tipos ideais* de matriz weberiana.

⁸ Trata-se de um esforço intelectual para a compreensão e a superação da racionalidade “irracional” ou instrumental, como delineada por Max Weber e vivida por Habermas na forma do totalitarismo nazista. Desse modo, trata-se de recuperar a racionalidade em seu aspecto libertador, de planejamento relacional do fazer-saber humano. Tendo em vista que o homem não reage simplesmente a estímulos do meio, mas atribui um sentido às suas ações e, graças à linguagem, é capaz de comunicar percepções e desejos, intenções, expectativas e pensamentos, Habermas vislumbra a possibilidade de que, por meio do diálogo, o homem possa retomar a centralidade do seu papel de sujeito social.

⁹ Ver FERRAZ JR., 2011, cap. 4.

- c) Que ocorre assim a produção do consenso¹⁰ como legitimação¹¹. Ou seja, a partir de uma vontade individual livre e deliberada, de fundo mais ou menos racional, ocorreria uma *recepção* do ordenamento jurídico pelos indivíduos, dando-lhe validade social (ANDRADE, 2007, pp. 38-39);
- d) Que mesmo essas concepções de liberdade individual como produto do liberalismo e do constitucionalismo (que contornam e delimitam os chamados direitos de primeira geração – o indivíduo perante o Estado soberano¹²), e o conceito Iluminista¹³ de racionalidade e livre arbítrio são eles mesmos construções históricas a merecer investigação, que, no entanto não cabem nos limites deste trabalho;
- e) Que, ao entender o princípio da dignidade humana como *meta-princípio* do ordenamento jurídico internacional e constitucionalmente delineado em nosso país, estamos admitindo ser também essa uma construção histórica da contemporaneidade, inexistente na doutrina e na jurisprudência há apenas duas ou três gerações. Também esse aspecto do tema não tem espaço para ser aqui abordado;
- f) Que o século passado assistiu a barbárie do fascismo¹⁴ como a negação do princípio da dignidade humana, mas embasado firmemente em conceitos e paradigmas formalmente racionais e logicamente demonstráveis – embora repousando em falácias. Assim, o totalitarismo nazifascista oferece a título de investigação de nossa temática, um novo referencial teórico. O princípio da dignidade humana, como construção teórico-ideológica dos conceitos e

¹⁰ Nos termos da sociologia de Émile Durkheim, o consenso ou consciência coletiva é a média das consciências individuais ao longo das gerações, expressa em valores, princípios e normas reconhecidos e praticados com regularidade. Em terminologia weberiana, poderia ser entendido como legitimação.

¹¹ Nos termos da sociologia de Max Weber, legitimação é a aceitação das relações sociais de dominação por parte dos submetidos à dominação, quando as hierarquias do comando e da obediência estão fundadas no acordo – tácito ou não, daqueles que estabelecem tais relações.

¹² Segundo Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração são os “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” Cf. Vander Pereira de Andrade, *Op. cit.*, p. 56.

¹³ Ver *Dialética do Esclarecimento* de Theodor Adorno e Max Horkheimer. Iluminismo é tradução inadequada do vocábulo *Aufklärung* que, na dicção filosófica de Immanuel Kant, traduziria a *racionalidade* como campo de distinção da existência humana, concluindo a partir daí a necessária investigação sobre seus limites e sua aplicabilidade.

¹⁴ Fascismo é gênero e nazismo é espécie. O totalitarismo nazifascista expõe com toda a clareza os limites da racionalidade humana, tornada irracional, pois não estava a serviço da libertação do homem, não estava a serviço da maioria moral e intelectual do homem, como queria Kant. Embora tecnicamente irretocável, a lógica do fascismo é perversa, pois nega ao Homem sua própria Humanidade.

das questões atinentes¹⁵, é des(cons)truído e negado sistematicamente. O totalitarismo nazifascista transforma a universalidade dos direitos e garantias em privilégios de status e raça, eliminando física, moral e intelectualmente os “não-arianos¹⁶”. Nas palavras de Celso Lafer, em seu conhecido estudo em homenagem à pensadora alemã Hannah Arendt¹⁷:

O totalitarismo, em suma, é uma proposta inédita de organização da sociedade que escapa ao senso comum (*sensus communis*) do estar entre os homens (*inter-homines esse*), posto que, desconcertante para qualquer medida ou critério razoável de Justiça tradicionalmente relacionado à punição proporcional ao ato punível; a distribuição eqüitativa de bens e situações e a boa-fé inerente ao *pacta sunt servanda*. (...) Fundamenta-se, assim, no pressuposto de que os seres humanos, independentemente do que fazem ou aspiram, podem, a qualquer momento, ser qualificados como inimigos objetivos e encarados como supérfluos para a sociedade. Tal convicção explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à ideia do valor da pessoa humana enquanto valor-fonte da legitimidade da ordem jurídica, como formulada pela tradição, senão como verdade pelo menos como conjectura plausível da organização da vida em sociedade.

- g) E, finalmente, em uma reflexão zetética¹⁸: que os chamados direitos fundamentais, bebendo na fonte dos valores e princípios – inclusive o *meta-princípio* da dignidade humana, possam ser entendidos e realizados (i.e, do campo formal para o campo material), para além das tradicionais classificações das normas constitucionais (eficácia plena, contida, limitada; programáticas, institutivas etc.), entendendo-se que a dinâmica das relações sociais mediadas pelo ordenamento jurídico admite a existência de diferentes e múltiplas espécies de direitos que se entrelaçam e se sobrepõem, tornando o princípio processual do *non liquet* mais que uma mera formalidade.

¹⁵ Aplicabilidade das normas, legitimidade, jurisdicização das relações sociais.

¹⁶ Nunca é demais lembrar: o conceito de raça ariana é uma construção teórica pseudo-científica da lavra do mal afamado Conde de Gobineau, que a ela atribuía a civilização e o progresso.

¹⁷ *A Reconstrução dos Direitos Humanos: A Contribuição de Hannah Arendt*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>, acesso em 30/05/2011.

¹⁸ “... a investigação zetética tem sua característica principal na abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções...” (cf. FERRAZ, JR. *Op. cit.*, p. 21). Ou seja, a zetética é o campo da reflexão sociológica e filosófica infinitas, propondo-se ao debate, e não à dogmática jurídica em sentido de decidibilidade.

2. Um histórico do conceito de dignidade humana

Observa-se em boa parte da doutrina uma grande dificuldade encontrada para conceituar dignidade humana. Inclusive é difícil diferenciar conceito de definição¹⁹.

Nos termos de Tercio Sampaio Ferraz Jr., a noção de sujeito como *persona natural*, dotada de direitos e deveres, surge com a chamada Era Moderna. O advento das atividades mercantis a partir dos burgos incrustados nos feudos projetou uma concepção de liberdade distinta do modelo clássico da antiguidade greco-romana.

Para os antigos, liberdade era *status libertatis*, em oposição ao *status servitutis*²⁰. Assim,

não se tratava de uma qualidade interna da vontade individual, algo que se experimentava em solidão, mas uma qualificação pública do agir político. Era a qualidade própria do agir político dos iguais, dos cidadãos, que os habilitava a agir politicamente no governo dos negócios públicos (*Op. cit.*, p. 116-117).

O cristianismo estabeleceu um novo paradigma para a noção de liberdade. É o *libre-arbitrio* como uma internalidade, uma vontade íntima que se manifesta nas possibilidades de querer/não querer. Ele é universal, comum a todos os homens, sem qualquer vínculo com *status* ou outra condição qualquer.

A partir dos embates ideológicos produzidos pela Renascença, a noção de liberdade como livre-arbitrio amoldou-se em dois referenciais. De um lado, sob o manto do cristianismo, então em versão hegemônica pela Igreja de Roma, ela projeta-se como uma qualidade e um valor *íntimos*, tornando o indivíduo “um centro isolado”.

Desse modo, o exercício do livre-arbitrio independeria de condições materiais para sua realização, admitindo-se o “querer sem poder”²¹. Nasceria aí o conceito negativo de liberdade. A liberdade do homem encontra limites à sua exteriorização pública, tanto por arbitrio quanto pela existência de outrem, também pessoa e também *ser desejante*²².

De outro lado, o capitalismo mercantil nascente das entranhas do sistema feudal, através das feiras e rotas comerciais, projetava o conceito *positivo* de liberdade. Mercado livre, sem entraves feudais, sem servos ou escravos. É a liberdade como *auto-*

¹⁹ “O conceito de dignidade humana é de difícil definição e delimitação, haja vista que encerra múltiplas concepções e significados” (ANDRADE, *Op. cit.*, p. 67).

²⁰ O “estatuto da escravidão” era condição social, sem vínculo com riqueza material, seguindo as concepções da sociologia weberiana. É importante destacar esse aspecto, pois entre os gregos e os romanos do Mundo Clássico, poderiam ser encontrados homens ricos, mas sem liberdade e, portanto, sem cidadania.

²¹ Nelson Mandela, ex-presidente da África do sul, encarcerado pelo regime do *apartheid* durante longos vinte e sete anos, verdadeiro *preso de consciência*, manteve sua sanidade graças à condição intrínseca ao ser humano, essencial em termos aristotélicos, sua racionalidade livre.

²² No sentido de possuidor de querer, ou seja, de livre-arbitrio.

nomia, ou seja, de produzir as normas de seu próprio comportamento, projetando-se para a sociedade como poder político cuja soberania emana do coletivo de pessoas que se autogovernam.

Desse modo, no terço final do século XVIII, a formulação kantiana da *autonomia da vontade* seria a expressão contemporânea inaugural de formulação do princípio da dignidade humana, ao demarcar a liberdade humana e a plena capacidade de utilização de seu intelecto, como atributo inerente a todos os seres racionais.

Assim, a racionalidade constituiu-se no fundamento da dignidade da pessoa humana, e, com base nesta premissa, Kant sustenta que o homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim e si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.

José Afonso Rodrigues, citado por Vander Ferreira de Andrade (*Op. cit.* p. 85), informa:

[...] A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como um fim em si, e não simplesmente como meio, enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis porque se lhes chamam coisas; ao contrário, os seres racionais são chamados pessoas, porque sua natureza já os designa como um fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por sem um objeto de respeito. E assim se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como um fim em si mesma.

Após esse breve histórico da construção do conceito de dignidade humana, analisaremos alguns aspectos dos direitos de personalidade.

Como baliza, o valor fundamental da dignidade humana entendido como *cláusula geral*²³ de tutela e promoção da pessoa humana e ainda *cláusula geral de tutela da personalidade* (DA SILVA, *Op. cit.* p. 16), ensejando no campo processual a busca da reparação do dano pela via da responsabilização objetiva, em ação ordinária²⁴.

3. O direito à vida privada como expressão do princípio da dignidade humana

Para Adriano de Cupis (1961, p. 17), direitos da personalidade são

aqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo [...] sem os quais a per-

²³ Cláusulas gerais: “São normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas fundamentalmente ao julgador, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe atribuem liberdade para decidir. São formulações contidas em lei, de caráter geral e abstrato, valoradas pelo juiz, autorizado a agir por força da natureza da diretriz. Uma vez que o juiz verifique a cláusula geral, o mesmo tem de adotar um determinado comportamento já fixado em lei” (KÜMPEL, 2007, p. 99).

²⁴ O que, no entanto, foge aos objetivos deste trabalho.

sonalidade restaria uma suscetibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que vale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.

De modo exemplificativo, Regina Beatriz Tavares da Silva (*Op. cit.*, p. 15) enumera os direitos da personalidade: a vida, a integridade psíquica, o nome, o direito moral do autor, a honra, a imagem, a vida privada, a liberdade.

De fato, os referidos direitos passaram por um grande desenvolvimento notadamente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), notadamente em resposta ao totalitarismo nazifascista. Isso se deveu a um giro axiológico no ordenamento jurídico, por conta da percepção do ser humano não apenas como destinatário do ordenamento, mas também como seu centro e fundamento (*id.*, *ibid.*).

Nossa Carta Constitucional trata os direitos da personalidade de forma autônoma, inculcando no artigo 5º e seus incisos, a previsão, dentre outros: do direito e os mecanismos de proteção à liberdade; do direito à honra; da proteção à imagem e à vida privada.

O sistema geral de proteção dos direitos da personalidade é encontrado em nosso Código Civil, regulado nos artigos de 11 a 21. Relembra Regina Beatriz Tavares da Silva (*idem*, p. 20) que a enumeração trazida pelo texto legal não é exaustiva, mas expressão da cláusula geral de tutela da personalidade²⁵.

Assim, encontramos no Código Civil, em seu artigo 11, as características essenciais dos direitos da personalidade: eles são irrenunciáveis e intransmissíveis, de acordo com Fernando Tartuce²⁶:

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, segundo prevê o art. 11 do Código Civil de 2002. Assim, nunca caberá afastamento volitivo de tais direitos, como daquele atleta que se expõe a uma situação de risco e renuncia expressamente a qualquer indenização futura. Tal declaração não valerá.

Regina Beatriz Tavares da Silva (*Op. cit.*, p. 18) amplia essa enumeração. Os direitos da personalidade são *essenciais*, por transcenderem o direito positivo, projetando-se para a *natureza humana*²⁷ por meio de sua personalidade.

²⁵ Veja-se o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do CJF. Tem-se por óbvio que, se o ordenamento jurídico é um subsistema do sistema social geral, possuindo caráter regulatório de condutas, na medida em que as relações sociais tornam-se mais complexas e intrincadas, deverá o ordenamento acompanhá-las, realizando “sintonia fina normativa”, para adequação e aplicabilidade.

²⁶ *Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil*, in: www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto842.rtf. Acesso em 04/06/2011.

²⁷ Não caberia aqui abordar a discussão antropológica da essencialidade humana, mas seria importante indicar um de seus aspectos. Para esse importante campo do conhecimento huma-

São também *originais*, pois são direitos inatos, próprios à pessoa, emanando diretamente de sua personalidade²⁸.

Outra característica é que são *vitalícios*, existindo ao longo de toda a vida da pessoa, sendo que alguns sobrevivem a ela. São os direitos em relação ao corpo morto, à honra e também os direitos morais de autor²⁹.

Também são *oponíveis erga omnes*, podendo ser exercidos e opostos contra todos.

São ainda *extrapatrimoniais*, regra geral, não possuindo conteúdo econômico. No entanto, podem ter utilização econômica, quando dele decorrem outros, de natureza obrigacional, como no caso do direito de uso de imagem³⁰.

E também *intransmissíveis e irrenunciáveis*, nas palavras de Flavio Tartuce.

O Enunciado 139, da III Jornada de Direito Civil do CJF reforçou essa possibilidade de limitação voluntária, estabelecendo que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

no, em linhas gerais, em essência somos animais culturais. A cultura seria uma *fronteira* a nos separar dos outros animais, permitindo a construção duradoura e estável de uma linguagem simbólica (abstração), transmissível e adaptável ao longo das gerações por processos educativos. Admitir a existência de uma *natureza essencial dos seres humanos* implicaria, no mínimo, a elaboração de duas hipóteses lógicas: 1º. A “natureza humana” possui qualidades e defeitos projetados geneticamente? 2º. Os animais também têm direitos da personalidade?

²⁸ Em tempos de reprodutibilidade técnica exponencialmente aplicada, tem-se que as elaborações individuais dos elementos de personalidade esbarram nas infinitas possibilidades de cópia e imitação. Apesar disso, devemos tomar aqui o conceito de originalidade como algo que é único, distinto em cada ser humano, por mais que a indústria cultural nos remeta ao “mais do mesmo”.

²⁹ “Mas não é só! Em se tratando de morto que sofreu lesão à imagem, terão legitimidade para promover a ação indenizatória os descendentes, ascendentes e o cônjuge, inserido o convivente pelo nosso entendimento. Curioso é que, no caso de lesão à imagem, a lei não reconhece legitimidade aos colaterais até quarto grau. Ora, elencada a imagem como direito inerente à pessoa natural, não poderia haver um tratamento diferenciado. Mas assim o é, infelizmente”: TARTUCE, *Op. cit.* p. 5.

³⁰ “Na verdade, a utilização de imagem alheia somente é possível mediante autorização do seu legítimo detentor. Mas o comando legal prevê duas situações de exceção: a primeira nos casos envolvendo a administração da justiça, a segunda nos casos envolvendo a ordem pública. Aqui, caberá discussão se a pessoa investigada ou que teve imagem exposta sem autorização interessa ou não à sociedade como um todo. Logicamente, caberá análise casuística pelo magistrado, que deverá utilizar-se da equidade, em ações em que se pleiteia indenização por uso indevido de imagem alheia ou exposição pública de determinada pessoa”: TARTUCE, *Op. cit.* p. 6.

Os direitos da personalidade são ainda *imprescritíveis*, podendo ser, portanto, exercidos sempre. No entanto, o direito de reparação está submetido aos prazos de prescrição, nos termos do Código Civil.

E ainda, os direitos da personalidade são *impenhoráveis*, não se prestando como garantia para o pagamento de quaisquer dívidas.

O Código Civil Brasileiro regula os direitos da personalidade em seus artigos de 11 a 21³¹. No entanto, não enumera de forma exaustiva tais direitos, expressando a cláusula geral de tutela da personalidade, conforme o comando constitucional insculpido no artigo 1º, III, o *meta-princípio* da dignidade humana.

Comanda assim o artigo 12 do Código Civil, *verbis*: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Assim, trataremos especificamente, nos limites desse texto, do direito à imagem e à vida privada.

4. Direito à imagem

Silva (2007, 24), referenciando Carlos Alberto Bittar, conceitua imagem como “o conjunto de caracteres que identificam a pessoa no meio social em que vive, a sua forma plástica, tanto no seu conjunto como nos seus componentes distintos, tais como os olhos, o busto, as mãos etc.”

Desse modo, a imagem pode ser elaborada e observada em e a partir de diferentes suportes físicos e mesmo virtuais: desenhos, fotografias, televisão, escultura, *slides*, sítios da internet, cinema, dentre outros.³²

De fundamentação constitucional (artigo 5º, X), o direito à imagem é tutelado pelo Código Civil, em seu artigo 20, *caput*:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a

³¹ Definido pela doutrina como sistema geral protetivo do Código Civil. Veja SILVA, *Op. cit.*, p. 20.

³² Arlindo Machado, na obra *A Ilusão Especular*, nos oferece interessante análise de fundo antropológico sobre o tema, que vale registrar. Imagem é palavra de origem latina, significando literalmente *superfície*, bidimensionalidade. Nessa linha de raciocínio, imagem não passa de um instantâneo, de um momento capturado no tempo e no espaço, carente de profundidade social e psicológica. Não oferece aos olhos o *ser* retratado, mas o *parecer ser*. Basta observar a diferença entre uma fotografia espontânea e outra “posada”. Desse modo, o interesse na proteção jurídica do direito à imagem – de um ponto de vista antropológico que merece reparo e estudo, tendo importantes repercussões no campo do Direito – exatamente porque *a imagem não é a pessoa, mas uma representação possível dela, podendo sofrer todo o tipo de alterações lesivas a direitos ou interesses juridicamente tutelados*.

exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Analisando o referido artigo, Sílvio de Salvo Venosa, assim se posiciona:

O art. 20 faculta ao interessado pleitear a proibição da divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, sem prejuízo da indenização que couber, se for atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se destinarem a fins comerciais. Entretanto, não pode deixar de ser levado em conta o aspecto do agente que se recusa a divulgar sua imagem sob qualquer fundamento, respeitando sempre o interesse público nessa divulgação. Antes mesmo da divulgação, há que se levar em conta o ato da captação da imagem, que também pode não ser de interesse do agente. A simples captação da imagem pode, nesse prisma, configurar ato ilícito. O princípio geral é no sentido de que qualquer pessoa pode impedir tais formas de divulgação.

Sílvio Rodrigues analisa o artigo em comentário:

Mas é óbvio que a palavra e os escritos humanos, bem como a imagem de uma pessoa, constituem direitos da personalidade, pois é fora de dúvida que a parte lesada pelo uso não autorizado de sua palavra, ou de seus escritos, obtenha ordem judicial interditando esse uso e condenando o infrator a reparar os prejuízos causados. A mesma proibição abrange a imagem. O artigo 20 do Código Civil que trata da matéria contém duas ressalvas: a primeira permitindo esse uso se necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública; a segunda restringindo a proibição às hipóteses de a divulgação da palavra ou da imagem atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.

Washington de Barros Monteiro pondera:

Incluído no texto constitucional, esse direito pode ser visto como a obrigação que todos têm de respeitar a imagem física e moral de outrem, preservando seu aspecto físico, seja belo, feio, normal, anormal, sadio ou deficiente. Não se admitem risadas ou chacotas, motes, caricaturas depreciativas, nem a reprodução não consentida da imagem sob forma de fotografia, filme, Internet, televisão ou qualquer outro meio. Exceções costumam ser apontadas no caso de pessoas notoriamente conhecidas, ou da pessoa em cena comum de rua, de lugar público, na multidão, desde que as imagens não sejam exploradas comercialmente e não constituam invasão de privacidade.

Flavio Tartuce resume uma subclassificação doutrinária do direito à imagem com a qual não concorda, embora em seus termos, tenha ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial: aquela que distingue imagem-retrato de imagem-atributo³³. Vejamos sua argumentação:

³³ “No mundo pós moderno, marcado pelo avanço tecnológico, pelo uso da internet, pela facili-

O art. 20 consagra expressamente a proteção à imagem, sub-classificada em imagem retrato (aspecto físico da imagem, a fisionomia de alguém) e imagem atributo (repercussão social da imagem). Esse dispositivo tem redação truncada que merece ser esclarecida, com o devido cuidado. Apesar de com ela não concordar, essa a interpretação mais comum na doutrina, conforme reconhecido na I Jornada de Direito Civil do CJP, pelo teor do seu enunciado nº 5 pelo qual: 'Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de reger a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12' (*Op. cit.*, p. 8).

Regina Beatriz Tavares da Silva (*Op. cit.*, p. 24-26) também desenvolve raciocínio semelhante, ponderando que, embora o texto constitucional tenha confundido honra com imagem, cabe ao intérprete³⁴ romper com tal confusão, a bem da aplicabilidade normativa.

Pondera então que a imagem não pode ser confundida com a honra, devendo ser observada e preservada a autonomia dos dois institutos. Exemplifica a autora: modelo autoriza uso de fotografia em campanha publicitária específica e determinada. Utilização não autorizada em publicidade similar da mesma imagem configura violação ao direito de imagem, mas não à honra.

tação na captação de imagens, representadas por equipamentos eletrônicos e digitais, a preocupação com a tutela da imagem é evidente, salta os olhos. A massificação no uso da imagem permite uma fácil e veloz exploração da imagem das pessoas. Pois bem, o direito à imagem é de grande elasticidade, cuidando da proteção conferida à pessoa em relação à sua forma plástica e aos respectivos componentes identificadores (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas) que o individualizam da coletividade, deixando antever um amplo espectro, formado por um conjunto de características que permitem a sua identificação social. Efetivamente, a imagem corresponde à exteriorização da personalidade, englobando, a um só tempo, a reprodução fisionômica do titular e as sensações, bem assim como as características comportamentais que o tornam particular, destacando, nas relações sociais. Essa elasticidade conceitual, decorrente da proteção constitucional da imagem (CF, art. 5º, incisos V e X), faz compreender, no conceito de imagem, diferentes aspectos: a imagem retrato (referindo-se às características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é ao seu pôster, à sua fotografia, encarada tanto no aspecto estático – uma pintura – quando no dinâmico – um filme – art. 5º X, CF/88); a imagem atributo (que é o consectário natural da vida em sociedade, consistindo no conjunto de características peculiares da apresentação e identificação social de uma pessoa, referindo aos seus qualificativos sociais, aos seus comportamentos reiterados. Não se confunde com a imagem exterior, cuidando, na verdade, de seu retrato moral) e a imagem voz (caracterizada pelo timbre sonoro, que também serve para a identificação de uma pessoa, até mesmo porque não poderia imaginar que a personalidade não se evidencia menos na voz que nas características fisionômicas", in: ROSENVALD e CHAVES DE FARIAS, 2008 p. 140-141.

³⁴ No mais amplo alcance do termo, i.e, tanto para a tarefa do julgador, quanto para todo e qualquer operador do direito.

Assim conclui: “Bem por isso não aceitamos a classificação da imagem em imagem-retrato e imagem-atributo, porque esta última confunde a imagem com a honra” (*Op. cit.*, p. 25-26).

Maria Helena Diniz desenvolve oito possibilidades de limitação do direito à imagem, conforme verificamos nesta transcrição³⁵:

“a) *se tratar de pessoa notória...* A pessoa que se torna de interesse público, pela fama ou significação intelectual, moral, artística ou política não poderá alegar ofensa ao seu direito à imagem se sua divulgação estiver ligada à ciência, às letras, à moral, à arte e à política. Isto é assim porque a difusão de sua imagem sem o seu consentimento deve estar relacionada com sua atividade ou com o direito à informação; b) *se referir a exercício de cargo público*, pois quem tiver função pública de destaque não poderá impedir que, no exercício de sua atividade, seja filmada ou fotografada, salvo na intimidade³⁶; c) *se procurar atender à administração ou serviço da justiça ou de polícia*, desde que a pessoa não sofra dano à sua privacidade³⁷; d) *se tiver de garantir a segurança pública nacional*, em que prevalece o interesse social sobre o particular, requerendo a divulgação da imagem, p. ex., de um procurado pela polícia ou a manipulação de arquivos fotográficos de departamentos policiais para identificação de delinquente³⁸. Urge não olvidar que o civilmente identificado não possa ser submetido a identificação criminal, salvo nos casos autorizados legalmente (CF, art. 5º, LVIII); e) *se buscar atender ao interesse público*, aos fins culturais, científicos e didáticos; se houver necessidade de resguardar a saúde pública. Assim, portador de moléstia grave e contagiosa não pode evitar que se noticie o fato; g) *se obtiver imagem, em que a figura seja tão-somente parte do cenário* (congresso, enchente, praia, tumulto, show, desfile, festa carnavalesca, restaurante, etc.) sem que se a destaque, pois se pretende divulgar o acontecimento e não a pessoa que integra a cena; h) *se tratar de identificação compulsória ou imprescindível a algum ato de direito público ou privado*.

São fartas as jurisprudências sobre o tema e suas delimitações. A título de exemplo, vejamos:

³⁵ Como indicado por Regina Beatriz Tavares da Silva, *Op. cit.*, p. 26-27.

³⁶ A intimidade está associada às relações subjetivas da pessoa. São aquelas que dizem respeito somente a ela, como por exemplo, as relações familiares. Segundo Carlos Alberto Bittar, tem como elemento essencial a exigência de isolamento mental típica da dimensão psicológica dos seres humanos, o que, em consequência, leva a pessoa a resguardar aspectos de sua vida e personalidade em relação a terceiros.

³⁷ Privacidade é gênero do qual fazem parte o segredo e a intimidade, segundo Alexandre de Moraes. Vida privada então se refere a todas as relações pessoais, objetivas e subjetivas, tais como as ocorridas entre amigos, no trabalho e no âmbito da vida familiar.

³⁸ “Polícia baiana lança baralho com 51 traficantes mais procurados. A Secretaria de Segurança Pública da Bahia estampou num baralho a foto dos 51 traficantes mais procurados do estado. Cada carta apresenta a foto de um procurado com mandado de prisão em aberto. No verso, estão os crimes cometidos e os telefones do disque-denúncia do estado”, in: oglobo.globo.com/cidades/mat/2011; acesso em 08/06/2011.

A divulgação de fotografia sem autorização não gera, por si só, o dever de indenizar. “Para imputar o dever de compensar danos morais pelo uso indevido da imagem com fins lucrativos é necessário analisar as circunstâncias particulares que envolveram a captação e exposição da imagem” (REsp 622.872/Nancy Andrighi).

Não é necessária a demonstração do prejuízo. Tratando-se de direito à imagem, “a obrigação de reparar decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo” (REsp 267.529/SÁLVIO).

É possível perceber, a partir da classificação listada anteriormente, que ocorrem com regularidade e frequência conflitos entre dois princípios basilares do Estado Democrático: o princípio constitucional da liberdade de expressão, fundamento da liberdade de informação; e o direito à imagem e à privacidade, também escudados constitucionalmente, nos termos do princípio da dignidade humana.

No entanto, como inexistente hierarquia entre princípios jurídicos, em caso da ocorrência de antinomia principiológica, deve prevalecer o direito relevante na análise do caso concreto, a partir da hermenêutica do princípio que o sustente³⁹.

Para finalizar, observamos que o artigo 21 do Código Civil confirma o direito à intimidade, reconhecido já pela Constituição Federal de 1988, sendo inviolável a vida privada da pessoa natural e cabendo sempre medidas visando proteger essa inviolabilidade. A intimidade não deve ser concebida somente no plano físico, mas também no plano virtual, do ambiente da internet, sendo inviolável o domicílio eletrônico de uma determinada pessoa, bem como a preservação de sua imagem.

Referências

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ANDRADE, Vander Ferreira. *A Dignidade da Pessoa Humana – valor-fonte da ordem jurídica*. São Paulo: Cautela, 2007. 216 p.

BAKER, Stephen. *Numerati – Conheça os Numerati. Eles já conhecem você*. São Paulo: Sarai-va, 2009, 255 p.

³⁹ “A fundamentação dos direitos fundamentais apresenta-se como uma alternativa à vetusta antinomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. O primeiro, ao tratar os direitos fundamentais como ‘fatos morais já prontos’, retira a possibilidade de os cidadãos serem co-autores e protagonistas na configuração dos direitos fundamentais... O segundo, ao subordinar abstratamente os direitos subjetivos ao direito objetivo, acaba por reduzir a legitimidade à legalidade” Edilson Farias, op. cit. p. 30. E ainda: “Ocorrendo a colisão entre dois princípios, dá-se valor decisório ao princípio que, no caso, tenha um peso relativamente maior, sem que por isso fique invalidado o princípio com peso relativamente menor”, ALEXY, 1993, p. 12, conforme citação no Acórdão da apelação cível n.º 1.0512.07.045727-4/001 – da Comarca de Pira-pora-MG.

BOUDON, Raymond. *A Ideologia – ou a origem das ideias recebidas*. São Paulo: Ática, 1989, 308 p.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em www.planalto.gov.br.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2010, 279 p.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961, p. 17.

DUARTE, Lisa Bastos. *Hermenêutica Jurídica – uma análise de temas emergentes*. Canoas: ULBRA, 2004. 208 p.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304 p.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2011. 346 p.

FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. 208 p.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da violência nas prisões*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1984. 278 p.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003. 158 p.

GUSTIN, Miracy B.S.; DIAS, Maria T.F. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 237 p.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao Estudo do Direito – Lei de Introdução ao Código Civil e Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Método, 2007. 208p.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: A Contribuição de Hannah Arendt*. Disponível em: www.scielo.br/pdf/ea/v11n30a05.pdf. Acesso em 30/05/2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. 8 ed. rev. amp., 2 tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 409 p.

MACHADO, Arlindo. *A ilusão especular*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

MENDONÇA, Nadir Domingues. *O Uso dos Conceitos – uma questão de interdisciplinaridade*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1985. 176 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. v. 1. 40 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROSEVALD, Nelson; CHAVES DE FARIAS, Cristiano. *Direito Civil - Teoria Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008 p. 140-141.

SILVA, A.M.; PINHEIRO, M.S.F.; FRANÇA, M.N. *Guia para Normalização de Trabalhos Técnico-Científicos: projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, dissertações e teses*. 5 ed. rev. ampl., Uberlândia: UFU, 2006. 144 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Malheiros: São Paulo, 6 ed., 3 tiragem, 2004. 277 p.

SILVA, Regina B.T. da; SANTOS, Manoel J.P. dos (org.). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. São Paulo: Saraiva, Col. GV Law, 2007. 494 p.

TARTUCE, Fernando. *Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil*. Em: www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto842.rtf. Acesso em 04/06/2011.

ROUANET, Sergio Paulo. *A Razão Cativa – as ilusões da consciência: de Platão a Freud*. São Paulo: Brasiliense, 1987. 316 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

WATFE, Clarice Garcia de Campos. *A Internet e a Violação da Intimidade e Privacidade*. Maringá: Cesumar, 2006. Dissertação de Mestrado, 120 p.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora da UnB, 1989. 400 p.

Regimento da Revista Jurisvox

I – DA IDENTIFICAÇÃO, APRESENTAÇÃO E LINHA EDITORIAL DA REVISTA

Art. 1º. A Revista *Jurisvox*, criada no ano de 1999, pelo curso de Direito da Faculdade de Direito, do Centro Universitário de Patos de Minas, e registrada sob o número ISSN 1516-778X, passa a ser, a partir de 06 de julho de 2001, com a reformulação da estrutura das unidades acadêmicas e com o credenciamento do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM), uma publicação vinculada ao Colegiado do curso de Direito deste mesmo Centro Universitário.

Art. 2º. A Revista *Jurisvox* é um periódico acadêmico e científico, editado anualmente, com apenas um número a sair em data fixada pelo Conselho Editorial, preferencialmente no segundo semestre.

Art. 3º. Além dos números anuais, a Revista poderá extraordinariamente publicar edições temáticas, que serão editadas como números especiais.

Art. 4º. Os números da Revista poderão ser compostos por artigos científicos, resenhas, ensaios, traduções, jurisprudência comentada, editoriais e apresentações com tema central necessariamente vinculado à área jurídica.

§ 1º A responsabilidade científica dos trabalhos acadêmicos publicados é de inteira de seus autores.

§ 2º Os trabalhos submetidos à Revista deverão ser fruto de pesquisa científica sendo, preferencialmente, inéditos e de autoria de bacharéis em Direito ou áreas afins.

§ 3º A coautoria é permitida, mas limitada ao máximo de 3 (três) autores.

§ 4º A linha editorial da publicação é o Direito Positivo Brasileiro, não se limitando a temática a unicamente à legislação vigente, mas sim de forma abrangente sobre os vários ramos que compõe a ciência do Direito, tais como Direito Constitucional, Administrativo, Processual, Civil, Penal, Trabalhista, Empresarial, do Consumidor, Ambiental, Tributário, Internacional dentre outros. Permite-se, também, trabalhos sobre principiologia jurídica e hermenêutica jurídica, bem como Direito Estrangeiro ou Comparado, cujo foco de estudo possa contribuir para o aperfeiçoamento das instituições do Direito Positivo Brasileiro.

§ 5º Serão admitidos, ainda, estudos interdisciplinares que estabelecem diálogo entre os eixos temáticos definidos no parágrafo anterior, bem como publicações de autores estrangeiros que possam servir de apoio ao Direito Brasileiro, conforme decisão do Conselho Editorial.

§ 6º Não serão aceitos trabalhos que versem sobre temas cujo foco central não seja jurídico, tais como Filosofia geral, Sociologia geral, Psicologia geral, Ética geral, Contabilidade geral, Economia geral ou outras áreas afins, mesmo que possuam relação indireta com o Direito.

§ 7º Não serão aceitos trabalhos puramente descritivos, devendo o autor se apoiar no espírito científico e buscar discutir temas atuais e relevantes, que contribuam para o desenvolvimento do Direito e da sociedade.

Art. 5º. Cada número da Revista deverá conter um mínimo de 100 (cem) e um máximo de 400 (quatrocentas) páginas, sendo no mínimo 14 (quatorze) trabalhos por número.

Art. 6º. Serão aceitos trabalhos publicados em língua portuguesa e outras línguas modernas (inglês, espanhol, francês, alemão e italiano).

II – DOS OBJETIVOS DA REVISTA

Art. 7º. A Revista, como periódico acadêmico-científico, tem por princípio e missão os seguintes objetivos:

- I – publicar textos acadêmicos de docentes que queiram apresentar resultados parciais ou finais de seus trabalhos, fomentando assim a pesquisa no âmbito do UNIPAM;
- II – incentivar o intercâmbio acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas com outras instituições nacionais e estrangeiras;
- III – incentivar o sistema de permutas da Revista com outros periódicos nacionais e estrangeiros, com vistas a atualizar o acervo bibliográfico da Biblioteca Central do UNIPAM e publicizar o conhecimento produzido;
- IV – permitir a participação, no âmbito das atividades do Centro Universitário, de estudantes de pós-graduação e docentes de outras instituições do país e exterior, por meio da publicação de suas produções, proporcionando assim a aproximação dos pesquisadores no âmbito do Direito.

III – DA DIREÇÃO, ORGANIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO DA REVISTA

Art. 8º. A Revista *Jurisvox* será constituída por um corpo editorial composto por um Editor responsável, um Conselho Editorial composto pelos Conselhos Administrativo e Consultivo, um Bibliotecário responsável e um Corpo de Revisores.

§ 1º A editoria geral da Revista está restrita a professores que tenham pelo menos 1 (um) ano de docência junto ao UNIPAM.

§ 2º O bibliotecário deve pertencer à Biblioteca Geral do UNIPAM.

§ 3º A participação no Conselho Administrativo é restrita a professores que pertençam ao quadro docente do UNIPAM.

§ 4º A participação no Conselho Consultivo é restrita a professores que não pertençam ao quadro docente do UNIPAM, permitida ainda a participação de juristas de renome que não exerçam atividade docente.

§ 5º O Corpo de Revisores deverá ser composto por professores do UNIPAM, podendo estes também fazer parte do conselho editorial, aceitando-se revisores *ad hoc* por decisão do editor.

§ 6º O Editor responsável tem gestão de 4 (quatro) anos, permitido-se renovação.

§ 7º Os cargos de Bibliotecário, membro de Conselho Administrativo, membro de Conselho Consultivo e de Revisor Técnico têm caráter permanente, ressalvando-se o direito de renúncia à função e o disposto no parágrafo único dos artigos 11 e 12.

Art. 9º. São atribuições do Editor responsável:

- I – convocar e presidir reuniões do Conselho Administrativo, quando necessário;
- II – coordenar os trabalhos de edição dos números da Revista, em especial definindo e dando publicidade às chamadas de trabalhos;
- III – encaminhar os trabalhos recebidos a membros do Conselho Consultivo, ou Administrativo quando for o caso, com sigilo da autoria, respeitando as especialidades de cada membro e a pertinência com sua área de atuação acadêmico-científica;
- IV – encaminhar os pareceres recebidos pelos membros do Conselho Consultivo, ou Administrativo quando for o caso, com sigilo dos pareceristas, aos autores dos trabalhos encaminhados à Revista;
- V – arquivar os pareceres emitidos pelos membros do Conselho Consultivo, e administrativo quando for o caso;
- VI – arquivar os trabalhos recebidos e aprovados para a edição seguinte;
- VII – propor a criação de dossiês para cada número da Revista, ouvidas as sugestões do Conselho Consultivo;
- VIII – providenciar a editoração, a divulgação e a comercialização dos números da Revista, trabalho que ficará a cargo do Núcleo Editorial do UNIPAM;
- IX – resolver os casos omissos neste Regimento, recorrendo ao Conselho Administrativo e/ou Consultivo quando julgar necessário.

Art. 10. São atribuições do Bibliotecário:

- I – indexar a Revista, com número de ISSN, junto ao órgão nacional responsável;
- II – responsabilizar-se pela permuta da Revista com outros periódicos nacionais e internacionais;
- III – responsabilizar-se pela comercialização da Revista nas dependências do *campus* do UNIPAM.

Art. 11. São atribuições dos membros do Conselho Administrativo:

- I – auxiliar o Editor Geral nas decisões de caráter administrativo, quando necessário;
- II – zelar pela integridade científica e ética e pela qualidade técnica dos trabalhos a serem publicados;
- III – sugerir a criação de dossiês para os números regulares ou temáticas para números especiais da Revista;
- IV – auxiliar a divulgação da Revista no âmbito acadêmico e jurídico, em especial quando da abertura de chamada de trabalhos;
- V – comparecer às reuniões administrativas designadas pelo Editor;
- VI – emitir parecer técnico sobre os trabalhos acadêmicos encaminhados à Revista, em caráter subsidiário ao Conselho Consultivo, em prazo definido pelo Editor e seguindo os interesses da Revista expostos no art. 4º deste regimento;

Parágrafo único. O membro do Conselho Administrativo que, por 3 (três) vezes consecutivas, não atender a solicitação de parecer ou faltar injustificadamente as reuniões designadas pelo Editor será desligado automaticamente, salvo caso fortuito ou de forma maior.

Art. 12. São atribuições dos membros do Conselho Consultivo:

- I – emitir parecer técnico sobre os trabalhos acadêmicos encaminhados à Revista, justificando as razões de seu parecer, em prazo definido pelo Editor e seguindo os interesses da Revista expostos no art. 4º deste regimento;
- II – zelar pela integridade científica e ética e pela qualidade técnica dos trabalhos a serem publicados;
- III – sugerir a criação de dossiês para os números regulares, ou temáticas para números especiais da Revista;
- IV – auxiliar a divulgação da Revista no âmbito acadêmico e jurídico, em especial quando da abertura de chamada de trabalhos;
- V – auxiliar o Editor nas decisões de caráter científico.

Parágrafo único. O membro do Conselho Consultivo que não atender, por 3 (três) vezes consecutivas, a solicitação de parecer ou demais incumbências designadas pelo Editor, será desligado automaticamente, salvo caso fortuito ou de forma maior.

Art. 13. É atribuição do corpo de revisores fazer revisão técnica e de linguagem de todos os números da Revista, em prazo a ser estabelecido pelo editor geral.

IV – DAS NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

Art. 14. Os artigos deverão ser encaminhados à Revista pelo *email* jurisvox@unipam.edu.br, conforme os seguintes critérios:

- I – Os originais devem ter até 25 laudas (excluídas as destinadas a referências), digitadas em fonte Times New Roman tamanho 12, espaço entre linhas 1,5, margens superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2 cm, papel tamanho A4. O limite poderá ser extrapolado quando imprescindível à qualidade do trabalho e mediante aprovação dos pareceristas;
- II – O título deverá ser centralizado, em caixa alta e negrito, sendo indicado o(s) autor(es) logo após, com as informações sobre sua titulação, instituição a que esteja vinculado, seu endereço eletrônico (*email*) e demais qualificações;
- III – Após o nome do(s) autor(es) deverá ser apresentado resumo em português, com até 250 palavras, bem como sua versão em língua estrangeira, preferencialmente inglês. Após, deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, nas mesmas línguas, dando-se preferência a palavras-chave que não estejam no título do trabalho;
- IV – Aplicam-se, quanto ao conteúdo, as normas da ABNT, observando-se em especial as seguintes diretrizes:
 - a) Citações curtas (até 3 linhas) deverão estar inseridas no texto, entre aspas. Citações longas (mais de 3 linhas) deverão constituir parágrafo independente, digitadas em espaço simples (um), fonte tamanho 11, com recuo da margem esquerda em 4 cm;
 - b) As citações deverão ser feitas no estilo autor-data, com indicação do sobrenome do autor em maiúsculas, ano da publicação e página (se for o caso) entre parênteses: Ex: (NOVAIS, 1998, p. 175).
 - c) As notas de rodapé estarão restritas a observações pessoais, no sentido de prestar esclarecimentos sobre informações que não estejam no corpo do texto, e deverão ser numeradas sequencialmente;
 - d) As referências deverão aparecer no final do texto, em ordem alfabética de sobrenome do autor, da seguinte forma:

- 1) para livro: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título (em itálico). Edição. Local: editora, ano. Ex.: SILVA, José. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Jurídica, 2000.
- 2) para artigos: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título do artigo. Título do periódico (em itálico). Local, volume, número, página inicial e página final do artigo, mês e ano. Ex.: SILVA, José. Aspectos de Direito Constitucional. *Revista de Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 10-30, jan./2001.

§ 1º Aplicar-se-ão subsidiariamente a estas instruções e normas da ABNT e as diretrizes fixadas no Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos do UNIPAM (disponível em <http://alunos2.unipam.edu.br/PortalCorporeRM/normas_UNIPAM.pdf>).

§ 2º A partir de 2009 o sistema de avaliação será obrigatoriamente o “*duplo blind peer review*”.

Art. 15. A Revista *Jurisvox* reserva-se o direito de alterar os originais, no sentido de adequá-los às normas de seu padrão editorial.

Art. 16. Ao encaminhar seu artigo para publicação, o autor estará automaticamente abrindo mão de seus direitos autorais, concordando com as diretrizes editoriais da Revista, recebendo em troca pela colaboração 2 (dois) exemplares da edição em que o trabalho for publicado. Parágrafo único. A responsabilidade pelos artigos, trabalhos e opiniões é exclusivamente de seus respectivos autores.

Art. 17. Os autores que tiverem seus artigos recusados ou com parecer técnico “favorável com restrições” poderão reelaborar seus textos, caso não se atinja o mínimo de artigos aprovados sem ressalvas, admitindo-se, no caso, uma nova avaliação a critério do Editor.

Art. 18. Os trabalhos recusados não serão devolvidos.

V – DAS NORMAS PARA AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

Art. 19. A avaliação sempre será feita por meio de duplo *blind peer review*, no qual o nome do autor é retirado do trabalho, permitindo-se aos pareceristas que julguem apenas a qualidade da pesquisa, em caráter objetivo.

Art. 20. A avaliação será, preferencialmente, feita pelos membros do Conselho Consultivo, podendo o Editor, contudo, designar pareceristas *ad hoc* ou membros do Conselho Administrativo para opinar sobre a qualidade das contribuições, quando for necessário ao bom andamento dos trabalhos.

Art. 21. A avaliação, que poderá recomendar a publicação com restrições, recomendar a publicação sem restrições ou não recomendar a publicação levará em conta os seguintes critérios:

I – Relevância do tema, através da qual se analisará a importância do tema tratado, sua atualidade e possível impacto perante a comunidade acadêmico-científica;

II - Qualidade da abordagem, através da qual se analisará o modo como o autor tratou do tema proposto, em termos de argumentação e raciocínio jurídico;

III - Qualidade do texto, através da qual se analisará a redação empregada pelo autor, em termos de clareza, coerência e coesão;

IV - Qualidade da pesquisa, através da qual se analisará se o método empregado foi adequado, verificando-se se as fontes/referências foram satisfatórias e/ou suficientes.

Art. 22. Caso um ou mais avaliadores opine pela não publicação, ou estabeleça ressalvas à publicação com as quais não concorde o autor, poderá este solicitar ao Editor a solução da divergência, sendo neste caso autorizado ao Editor solicitar novo parecer, solicitar correção do trabalho e autorizar ou rejeitar em definitivo a publicação.

VI – DA EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DA REVISTA

Art. 23. A composição gráfica e a impressão dos números da Revista ficarão a cargo de uma gráfica a ser escolhida por processo de licitação, a cargo da mantenedora financeira do UNIPAM.

Art. 24. Será de responsabilidade da mantenedora do UNIPAM, ouvido o conselho editorial da Revista, fixar o valor de comercialização de cada número da Revista, bem como os reajustes necessários.

Parágrafo único. O valor de comercialização será fixado com base no valor do custo de cada exemplar, sempre considerando um preço acessível aos alunos do UNIPAM e de outras instituições.

Art. 25. Todas as decisões relativas à Revista *Jurisvox* ficam sob responsabilidade do Editor, auxiliado pelos Conselhos Administrativo e Consultivo, no que couber em conformidade com as competências de cada conselho.