

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
Guilherme Caixeta Borges

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

Impressão e acabamento

Grafipres: (34) 3822-1122

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 (dez. 2012). -- Patos de Minas : UNIPAM, 2012.

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 – dezembro de 2012

Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, (12):1-250, 2012



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

Elizene Sebastiana de Oliveira

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

- 8 | Acesso às informações públicas e mecanismos de participação popular: um estudo no Poder Legislativo de Patos de Minas
Access to public information and mechanisms of popular participation: a study on the legislative power in Patos de Minas
Ana Paula Machado
Fabiana Furtado de Oliveira
Gislene Aparecida P. Rodrigues Araújo
Itamar José Fernandes
Juliano César Alves
- 35 | Os direitos e garantias fundamentais atinentes à intolerância religiosa e sua relação com o terrorismo
The rights and fundamental guarantees concerning religious intolerance and its relation with terrorism
Antonio Baptista Gonçalves
- 66 | A previsão constitucional da “razoável duração do processo” e o Artigo 4º do Projeto de Lei 166/2010: a celeridade como vetor da jurisdição no Brasil
The constitutional provision of the “process reasonable duration” and the Article 4 of the Law Project 166/2010: the celerity as vector of the Brazilian jurisdiction
Cássio Schneider Bemvenuti
- 75 | Delação premiada: seus aspectos éticos e a questão jurídica
Awarded tipoff, its ethical and legal issue
Fernando Martins Fonseca
- 98 | A configuração do direito privado a partir dos direitos fundamentais
The configuration of private law as from fundamental rights
Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães
- 122 | Sentenças que não passam em julgado
Res judicata and its setting in time
Gelson Amaro de Souza Filho
- 150 | A família latino-americana contemporânea
The contemporary Latin-American Family
Júlio Alves Caixêta Júnior
- 160 | Declaração de Estocolmo: estudo dos princípios 10, 11 e 12
The Declaration of Stockholm: a study of the principles 10, 11 and 12
Luciana de Brito Freitas Leite
- 169 | O direito de resposta ou desagravo pós ab-rogação da norma penal especial
The right of response or revenge post abrogation of the special penal norm
Manoel Almeida

- 189 | Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no Direito Constitucional contemporâneo: uma releitura na perspectiva civil-constitucional
Boundaries of the Principle of The Objective Good-Faith in the Contemporary Contract Law: A New Reading Under the Civil-Constitutional Perspective
Michael César Silva
Vanessa Santiago Fernandes de Matos
- 212 | Estacionamento exclusivo destinado a clientes de estabelecimentos empresariais nas calçadas das vias públicas: legalidade desta prática
Exclusive parking destined to clients of commerce establishments in curbs of public streets: the lawfulness of this practice
Paulo Ricardo Braga Macie
- 224 | A investigação social para a aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível em concurso público
Social investigation in Brazilian selections for public careers, to verify good moral character and irreproachable conduct
Roberto Henrique Pôrto Nogueira
Luís Eduardo Pôrto Nogueira

Editorial

É tempo de mudança na *Jurisvox*. Por um bom prazo, a *Jurisvox* foi a única fonte de publicação de conhecimento científico no curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM. Mas com a expansão do curso, e das potencialidades daqueles que o compõem, foi criada a Revista Eletrônica *Ensaio Jurídico*, voltada exclusivamente à divulgação de pesquisas científicas no âmbito da graduação. O objetivo da criação da *Ensaio Jurídico* era, portanto, fomentar a pesquisa ainda na academia, propiciando aos iniciantes da ciência jurídica um meio de apresentar seus trabalhos.

Acontece que a qualidade de alguns trabalhos desenvolvidos na graduação, tanto do UNIPAM quanto de outras instituições, nos despertou para uma realidade: não era mais necessário um nicho específico para divulgação das pesquisas da academia. O talento e competência dos pesquisadores eram tão significativos que seus artigos poderiam estar ao lado dos de pesquisadores já consagrados, como especialistas, mestres e doutores, sem qualquer demérito a qualquer deles. Além disso, por mais que a internet seja cada vez mais presente, e por mais que as revistas eletrônicas ganhem maior força, é certo que a versão impressa de um periódico o diferencia. Muitos cientistas sabem: ter nas mãos o resultado de seu esforço não tem preço.

Por isto, foi decidido que a *Jurisvox* e a *Ensaio Jurídico* se fundiriam. Mantendo-se o primeiro nome e a qualidade da publicação, em razão da tradição, a *Jurisvox* incorporaria a *Ensaio Jurídico* como uma de suas sessões. Assim sendo, a partir do próximo volume (de n.º 14), a *Jurisvox* contará com uma sessão de “Doutrina”, voltada à divulgação de trabalhos científicos de bacharéis e especialistas em geral, bem como a sessão “Ensaio Jurídico”, destinada à divulgação de trabalhos científicos de bacharelados.

Ainda como novidade teremos a periodicidade da publicação. A *Jurisvox* passará a contar, por ano, com duas edições, em regime semestral. Essa mudança se justifica pelo grande dinamismo da produção do conhecimento, bem como pela necessidade de manter sempre atualizada a temática dos artigos. Como o Direito vem mudando com ligeira velocidade, os veículos de reflexão e aprofundamento da ciência jurídica não podem ser diferentes.

Portanto, é com imenso prazer que apresentamos, nesta edição de n.º 13, as novas perspectivas para a *Jurisvox* e a *Ensaio Jurídico*, que no próximo ano deixarão de ser revistas irmãs, filhas do Centro Universitário de Patos de Minas, para ser uma só publicação com consistência, qualidade e modernismo. Boa leitura a todos.

Acesso às informações públicas e mecanismos de participação popular: um estudo no Poder Legislativo de Patos de Minas

*Access to public information and mechanisms of popular participation:
a study on the legislative power in Patos de Minas*

Ana Paula Machado

Graduada em Educação Física pelo Centro Universitário de Patos de Minas. Especialização em Gestão Pública Municipal pela Faculdade de Gestão e Negócios (FAGEN) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em parceria com o Programa Nacional de Formação de Administradores Públicos (PNAP) da Universidade Aberta do Brasil (UAB).
e-mail: papaulamachado@hotmail.com

Fabiana Furtado de Oliveira

Oficial Judiciário pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Especialização em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco e em Gestão Pública Municipal pela Faculdade de Gestão e Negócios (FAGEN) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em parceria com o Programa Nacional de Formação de Administradores Públicos (PNAP) da Universidade Aberta do Brasil (UAB).
e-mail: fabianafurtadooliveira@hotmail.com

Gislene Aparecida P. Rodrigues Araújo

Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário de Patos de Minas. Especialização em Supervisão Escolar pelo Centro Universitário de Patos de Minas e em Gestão Pública Municipal pela Faculdade de Gestão e Negócios (FAGEN) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em parceria com o Programa Nacional de Formação de Administradores Públicos (PNAP) da Universidade Aberta do Brasil (UAB). e-mail: gislenearaujo30@gmail.com

Itamar José Fernandes

Advogado. Procurador e Consultor Jurídico da Câmara Municipal de Patos de Minas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas. Especialização em Direito Público pelo Instituto Praetorium com certificação pela Universidade Cândido Mendes; em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera (UNIDERP) em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (REDE LFG); em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (UNIDERP), em parceria com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (REDE LFG) e em Gestão Pública Municipal pela Faculdade de Gestão e Negócios (FAGEN) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em parceria com o Programa Nacional de Formação de Administradores Públicos (PNAP) da Universidade Aberta do Brasil (UAB). e-mail: itamarjfernandes@gmail.com

Juliano César Alves

Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Especialização em Gestão Pública Municipal pela Faculdade de Gestão e Negócios (FAGEN) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) em parceria com o Programa Nacional de Formação de Administradores Públicos (PNAP) da Universidade Aberta do Brasil (UAB).
e-mail: julianocezaralves@yahoo.com.br

Marcia Freire de Oliveira

Doutora em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de São Carlos. Mestre em Engenharia de Produção pela Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo. Graduada em Administração pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora da Faculdade de Gestão e Negócios da Universidade Federal de Uberlândia.
e-mail: marciafreire@fagen.ufu.br

Resumo: Este artigo tem como objetivo discorrer sobre as principais funções típicas e atípicas do Poder Legislativo e analisar os mecanismos de acesso às informações públicas e de participação popular disponibilizados à sociedade patense no âmbito da Câmara Municipal de Patos de Minas. Para tanto, delinea-se em pesquisa do tipo aplicada e em forma de estudo de campo, mediante abordagem predominantemente qualitativo-descritiva, com exploração de conceitos doutrinários a partir de revisão bibliográfica. Procedeu-se a análise de conteúdo de dados primários e secundários coletados, a partir de entrevistas semiestruturadas realizadas com seis servidores públicos responsáveis por áreas estratégicas e com os onze vereadores da legislatura 2009-2012, e a partir de documentos oficiais do Poder Legislativo de Patos de Minas. Além das funções típicas de legislar, fiscalizar e controlar os atos do Executivo constatou-se postura compatível com as funções educativa e informativa, ante os trabalhos desenvolvidos pela instituição pesquisada e pela Escola do Legislativo de Patos de Minas. Verificaram-se, ainda, os principais mecanismos de acesso às informações públicas e de participação popular, assim como avanços na atual legislatura (2009-2012) em razão da atuação mais proativa de determinados vereadores e comissões permanentes. Finalmente, detectou-se que a existência de modelo informacional eficiente, de aparelhamento administrativo, de adoção de práticas digitais de democracia eletrônica e de qualificação e educação legislativa, assim como a valorização do papel institucional, dos atos públicos e privados e de suas estratégias, são fundamentais para a melhora na quantidade e qualidade das funções exercidas pelo Poder Legislativo de Patos de Minas.

Palavras-chave: *Funções Poder Legislativo. Informações. Participação Popular.*

Abstract: This paper aims to discuss the main typical and atypical features of Legislative Power and analyze the mechanisms of access to public information and the mechanisms of public participation available to society under the Patos de Minas City Council. To do so, it sets by an applied research in the form of field study by predominantly qualitative descriptive approach with exploring doctrinal concepts from literature review. Have been analyzed primary and secondary data, collected in semi-structured interviews conducted with six servants responsible for strategic areas and eleven aldermen from 2009-2012 legislature, as well as official documents of the Patos de Minas's Legislative Power. In addition to the typical functions of legislating, monitoring and controlling the actions of the executive branch, has been observed posture consistent with the educational and informational functions, before the work done by the research institution and by the Legislative's School of Patos de Minas. Have also been checked the main mechanisms of access to information and of public participation, as well as advances in 2009-2012 legislature, cause of the more proactive role of certain aldermen and standing committees. Finally, have been detected the existence of an efficient informational model, administrative apparatus, adopting practices of digital electronic democracy, legislative skills and education, as well as the appreciation of the institutional role of public and private actors and their strategies, which are key to improving in the quantity and quality of functions performed by the Legislature of Patos de Minas.

Keywords: Legislative Power; Information; Popular Participation.

1. Introdução

O professor Marcus Abílio Pereira (2007) com muita propriedade nos lembra, ao discorrer sobre os modelos democráticos deliberativos e participativos, que “atualmente as democracias existentes se veem confrontadas com a necessidade de aumentar a quantidade e a qualidade da participação de seus cidadãos de forma a angariar uma maior legitimidade para o sistema político”. Destaca, ainda, que “a partir da década de 80 temos o que Dryzek (*apud* Pereira, 2007) define como ‘virada deliberativa’ da teoria democrática, que procura resgatar os componentes da deliberação racional dos cidadãos e da *accountability* dentro do processo político” (CHAMBERS, 2003 *apud* PEREIRA, 2007).

Por sua vez, Guilherme Wagner Ribeiro (2012) afirma serem escassas as pesquisas envolvendo as Câmaras Municipais, já que “os trabalhos sobre o Legislativo no Brasil privilegiam o Estudo do Congresso Nacional, em função da sua importância e da facilidade de acesso a dados”. Além do mais, observam-se, na prática, mais trabalhos relacionados às funções do Poder Executivo do que em relação às funções atribuídas ao Poder Legislativo.

Com efeito, visando contribuir com as reflexões esposadas pelos citados professores e também para com a pesquisa no âmbito dos Legislativos Municipais, o presente artigo tem como objetivo discorrer sobre as principais funções típicas e atípicas do Poder Legislativo e analisar os mecanismos de acesso às informações públicas e de participação popular disponibilizados à sociedade Patense no âmbito da Câmara Municipal de Patos de Minas. Dessa forma, busca responder à seguinte questão de pesquisa: o Poder Legislativo de Patos de Minas, na execução de suas funções típicas e atípicas, tem garantido aos cidadãos o exercício do direito de acesso às informações públicas, bem como a utilização dos instrumentos de democracia participativa e deliberativa?

Constituem, ainda, objetivos específicos do presente trabalho: i) identificar e descrever os mecanismos de acesso às informações públicas (transparência pública) e de participação popular existentes na Câmara Municipal de Patos de Minas; ii) identificar eventuais ações desenvolvidas para o aperfeiçoamento dos mecanismos de acesso às informações públicas e de estímulo à participação popular; e iii) investigar e avaliar como se dá o acesso às informações públicas e a participação popular na Câmara Municipal de Patos de Minas.

Para tanto, discorrer-se-á, em caráter não exaustivo e com amparo na melhor doutrina, sobre as funções típicas e atípicas do Poder Legislativo, sobre o direito ao acesso às informações públicas e sobre a participação popular. Em seguida, com amparo no trabalho de campo, baseada em dados primários e secundários, passa-se à explicação dos procedimentos metodológicos utilizados, identificação da estrutura do Poder Legislativo de Patos de Minas, dos mecanismos de acesso às informações públicas, dos mecanismos de participação popular, e por fim, passa-se à descrição e análise dos dados colhidos nas entrevistas realizadas e tecem-se as considerações finais.

Espera-se, finalmente, que a pesquisa sirva para que os agentes públicos – veadores e servidores – em especial os integrantes do Poder Legislativo de Patos de Minas avaliem e, se for o caso, melhorem as ações e mecanismos de acesso às informações e participação popular para maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais, bem como para o aprimoramento das boas práticas legislativas, notadamente pe-

la diretriz da legitimidade decorrentes da transparência pública e da participação popular.

2. Funções típicas e atípicas do Poder Legislativo

2.1. Separação de poderes

Inicialmente, cumpre deixar consignado na linha da clássica lição do constitucionalista Jose Afonso da Silva (2005, p. 106-108) que a expressão “poder” deve ser entendida como poder político ou poder estatal dotado de unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, que se manifesta, preponderantemente, mediante três funções estatais básicas: a legislativa, a cargo do Poder Legislativo, a executiva, pelo Poder Executivo, e a jurisdicional, pelo Poder Judiciário.

Essa divisão funcional e orgânica dos poderes, fruto da evolução da teoria montesquiana, conforme Silva (2005, p. 109), restou expressamente estabelecida no art. 2º da Constituição Federal de 1988 ao proclamar que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” e que as expressões Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário possuem duplo sentido: “expressam a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrito e discriminação no título da *organização dos poderes* (respectivamente, nos arts. 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135)” (SILVA, 2005, p. 106).

Entretanto, como adverte Silva (2005, p. 106), essa divisão de funções não pode ser entendida como absoluta, sob pena de um poder sobrepor aos demais, de modo que, além das funções típicas (precípua ou principais, exercidas com preponderância), cada poder possui também, de forma excepcional, funções atípicas (não principais, exercidas de forma secundária), isto é, funções que originalmente são atribuídas a outros poderes. Vale dizer: a função típica de um órgão é atípica quanto aos demais, sendo que o aspecto da tipicidade se dá com a preponderância.

Com efeito, constitui erro técnico supor que cada um dos Poderes do Estado possui apenas funções típicas, isto é, o Poder Legislativo apenas cria normas gerais, o Executivo única e exclusivamente as executa, enquanto o Judiciário as aplica nos casos concretos para solucionar os conflitos de interesses. Como afirmado, não existe uma separação absoluta entre os poderes, haja vista todos eles legislarem, administrarem e julgarem.

Assim, o princípio constitucional fundamental da separação de poderes não impede que, além de sua função típica (preponderante), cada um dos Poderes exerça atipicamente, isto é, de forma secundária e excepcional, ante o princípio da indelegabilidade, funções aparentemente atribuídas com exclusividade aos outros Poderes.

2.2. Funções típicas e atípicas do Poder Legislativo Municipal

O Poder Legislativo, no âmbito do Município, é exercido pela Câmara Municipal, que é o órgão de representação política, composta por vereadores. Nesse âmbito, as funções típicas e atípicas são delineadas pela Constituição Federal, pela Constituição Estadual, pela Lei Orgânica Municipal e pelo Regimento Interno, de modo que a análise de cada caso específico não pode prescindir da detida leitura destes últimos instrumentos normativos.

Para Carvalho (2008, p. 945), o “Poder Legislativo é indissociável do regime democrático, e se legitima pela Constituição”, cabendo-lhe o exercício das funções típi-

cas de legislar, fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, assim como funções atípicas ao participar da função jurisdicional e executiva, consoante se infere da seguinte lição:

Ao lado das funções típicas do Legislativo, quais sejam, a criação da lei, a fiscalização e o controle dos atos do Executivo, a constituição atribuiu-lhe funções atípicas consubstanciadoras da concepção de freios e contrapesos (*checks and balances*), inerentes às relações entre os Poderes do Estado. Assim, o Poder Legislativo, além de criar o Direito, participa da função jurisdicional e executiva, quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, I, parágrafo único) e aprova a indicação de nomes para cargos na estrutura política da República Brasileira (art. 52, III) (CARVALHO, 2008, p. 947).

Por sua vez, Meirelles (2003, p. 584-591), na conhecida e clássica obra “Direito Municipal Brasileiro”, ao tratar da Câmara de Vereadores, faz referência a quatro funções, *in verbis*:

Como Poder Legislativo do Município, a Câmara de Vereadores tem a função precípua de fazer leis. Mas não se exaurem nessa incumbência suas atribuições institucionais. Desempenha, além da *função legislativa e fiscalizadora*, realçada pela própria Constituição da República (art. 29, XI) a de *assessoramento ao Executivo local e a administração de seus serviços* (MEIRELLES, 2003, p. 584).

Com efeito, no exercício da função típica legislativa (art. 30, I e II da CF/88), a Câmara traça normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta para a comunidade, ressaltando que não pode legislar sobre assuntos que são de competência e de responsabilidade da União (arts. 22 e 24 da CF/88), ou dos Estados (arts. 24 e 25 da CF/88).

No desempenho das funções típicas de controle e fiscalização (art. 31, da CF/88), a Câmara tem o poder e o dever de fiscalizar e controlar os atos do Prefeito. Segundo Meirelles (2003, p. 587), o controle político-administrativo compreende “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, através do julgamento das contas e de suas infrações político-administrativas sancionadas com a cassação do mandato”.

A função típica de assessoramento da Câmara ao Prefeito, também segundo Meirelles (2003, p. 590), normalmente se verifica e se concretiza através da aprovação de indicação, isto é, “sugestão do Legislativo ao Executivo para a prática ou abstenção de atos administrativos da competência exclusiva do prefeito”; portanto, trata-se de ato de colaboração.

No desempenho da função atípica de natureza administrativa, a Câmara dispõe sobre sua organização interna, sobre atos de gestão que, normalmente, independem da participação do Executivo. Já no desempenho da função atípica jurisdicional, promove o julgamento das contas e infrações político-administrativas do Prefeito sancionadas com a cassação do mandato, dentre outros.

Ainda, conforme pondera Carvalho (2008, p. 948-949), considerando “a estrutura, composição, finalidade e as relações do Poder Legislativo com a sociedade política”, é correto elencar como funções não precípua, mas de grande relevância para o Legislativo: a) função mobilizadora do consenso popular; b) função informativa; c) função

educadora; d) função eletiva; e) função representativa; f) função obstrucionista.

3. O direito ao acesso às informações públicas

3.1. Acesso à informação como bem público fundamental e universal

Segundo a Cartilha publicada pela CGU (Controladoria Geral da União, 2012), a informação sob a guarda do Estado se consubstancia em bem público fundamental e universal, cujo acesso é condição essencial para a participação cidadã e, por conseguinte, para a consolidação do regime democrático e fortalecimento dos instrumentos de controle da gestão pública, *in verbis*:

A informação sob a guarda do Estado é sempre pública, devendo o acesso a ela ser restringido apenas em casos específicos. Isto significa que a informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade é um bem público. O acesso a estes dados – que compõem documentos, arquivos, estatísticas – constitui-se em um dos fundamentos para a consolidação da democracia, ao fortalecer a capacidade dos indivíduos de participar de modo efetivo da tomada de decisões que os afeta. O cidadão bem informado tem melhores condições de conhecer e acessar outros direitos essenciais, como saúde, educação e benefícios sociais. Por este e por outros motivos, o acesso à informação pública tem sido, cada vez mais, reconhecido como um direito em várias partes do mundo. Cerca de 90 países possuem leis que o regulamentam.

O acesso à informação como direito fundamental também é reconhecido por importantes organismos da comunidade internacional, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2012, p. 8-9).

Ainda, segundo a referida publicação, a Suécia, em 1766, foi a primeira nação a desenvolver um sistema legal de acesso cuja saudável atitude foi seguida por inúmeras outras nações, relatando o pioneirismo da legislação colombiana editada em 1888, a dos Estados Unidos em 1966 e a do México em 2002. Em verdade, documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 19) e o Pacto Internacional de Direitos Políticos de 1966 (art. 19) já tratavam desse direito.

No Brasil, na Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, tal direito restou expressamente previsto nos arts. 5.º, XXXIII, 37 *caput* e §3.º, II e 216, § 2.º, que assim dispõem respectivamente:

Art. 5.º. [...]

[...]

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

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 3.º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

§ 2.º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (BRASIL, 1988).

Em que pese à previsão constitucional, faltava ainda um marco regulatório, isto é, uma Lei Federal que a regulamentasse. Esse ato legislativo tão esperado e necessário, após mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, finalmente restou editado, qual seja: a Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, denominada de Lei de Acesso à Informação ou Lei da Transparência Pública.

3.2. A necessidade de mudança de paradigma: vencer a cultura do sigilo

A divulgação de informações públicas espontâneas, de forma clara, objetiva, com tradução de dados técnicos e conteúdo acessível, configura-se em tarefa complexa, porém essencial a ser trilhada.

Isso porque não basta a previsão internacional, constitucional ou infraconstitucional e nem mesmo a colocação de algumas ferramentas, tais como os chamados portais de transparência; é necessário vencer a cultura do sigilo, que normalmente prevalece no âmbito da administração pública.

Cultura de Sigilo	Cultura de Acesso
O cidadão só pode solicitar informações que lhe digam respeito direto.	A demanda do cidadão é vista como legítima.
Os dados podem ser utilizados indevidamente por grupos de interesse.	O cidadão pode solicitar a informação pública sem necessidade de justificativa.
A demanda do cidadão é um problema: sobrecarrega os servidores e compromete outras atividades.	São criados canais eficientes de comunicação entre governo e sociedade.
Cabe sempre à chefia decidir pela liberação ou não da informação.	São estabelecidas regras claras e procedimentos para a gestão das informações.
Os cidadãos não estão preparados para exercer o direito de acesso à informação.	Os servidores são permanentemente capacitados para atuarem na implementação da política de acesso à informação.

Figura 1 - Cultura de Sigilo X Cultura de Acesso.

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas informações contidas na Cartilha da CGU (Controladoria Geral da União, 2012, p. 12-13).

Ainda, a referida publicação expressa que, na cultura de segredo, a “informação é retida e, muitas vezes, perdida”, comprometendo, por conseguinte, a eficiência; porquanto, o “cidadão não exerce um direito e o Estado não cumpre seu dever”, ao passo que, na cultura de acesso, “o fluxo de informações favorece a tomada de decisões, a boa gestão de políticas públicas e a inclusão do cidadão”.

Aliás, não custa lembrar que, com a promulgação da Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, em vigor desde 16 de maio de 2012, a efetiva criação, implantação e regulamentação dos serviços de informações aos cidadãos passou a ter cunho obrigatório para entes federados, órgãos públicos da administração direta e indireta, assim como entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos, consoante se vê dos arts. 1.º e 2.º da referida norma, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5.º, no inciso II do § 3.º do art. 37 e no § 2.º do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

- I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;
- II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no *caput* refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas (BRASIL, 2011).

É de se ver que o princípio da publicidade e da transparência, estampado no art. 37 da Constituição Federal de 1988, restou reforçado e realçado também com o disposto nos arts. 6.º e 9.º da citada Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, ao estabelecer que

Art. 6.º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

- I – gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;
- II – proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e
- III – proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

Art. 9.º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:

- I – criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:
 - a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
 - b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
 - c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e

II – realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação (BRASIL, 2011).

Com efeito, o acesso às informações públicas configura direito do cidadão e dever do Estado, bem como mecanismo de fomento e efetividade à participação popular.

4. Participação Popular

4.1. Conceito e considerações iniciais

Não é simples definir um conceito útil de participação popular na administração pública. Em sentido amplo, participar significa “intervir num processo decisório qualquer” (DUARTE, 1996, p.110).

O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, referido no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e proclamado em seu artigo 1.º e reafirmado no parágrafo único, com a regra de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 consagrou, entre seus princípios fundamentais, a “participação popular” na gestão pública como direito à dignidade da pessoa humana. Esse princípio reúne as concepções de democracia direta e democracia representativa, de modo a somar seus efeitos em benefício da coletividade, objetivo final do Estado e da Administração Pública.

Para Dallari, a participação popular prevista na Constituição Federal de 1988, trata-se de

um princípio inerente à democracia, garantindo aos indivíduos, grupos e associações, o direito não apenas à representação política, mas também à informação e à defesa de seus interesses. Possibilita-lhes a atuação e a efetiva interferência na gestão dos bens e serviços públicos (DALLARI, 1996, p. 13-51).

Para Lyra (2000, p. 17), só há participação popular efetiva quando existe democracia participativa, quando o cidadão pode “[...] apresentar e debater propostas, deliberar sobre elas e, sobretudo, mudar o curso de ação estabelecida pelas forças constituídas e formular cursos de ação alternativos [...]”, ou seja, sempre que houver formas de o cidadão participar, decidindo, opinando, direta ou indiretamente, por meio de entidades que integra, a respeito de uma gama diversificada de instituições, no âmbito da sociedade (família, empresas, mídias, clubes, escolas etc.) ou na esfera pública (conselhos, orçamento participativo, plebiscito, referendo etc.).

Nas palavras de Modesto,

a ordem jurídica brasileira não é carente de instrumentos normativos para operacionalização da participação popular na administração pública. Mas a participação permanece escassa, diante da falta de percepção de suas dimensões e a exploração das normas

existentes, pois o ordenamento jurídico brasileiro é rico no plano normativo e pobre no plano da vivência efetiva da participação (MODESTO, 2002).

Portanto, a participação popular é, sobretudo, uma questão política, relacionada ao grau de desenvolvimento e efetivação da democracia.

4.2. Apatia, abulia e acracia política

Moreira Neto (1992) ordenou os problemas relacionados à participação popular em três níveis de dificuldades: a apatia política, a abulia política e a acracia política:

a) apatia política (falta de estímulo para ação cidadã): relaciona-se à falta de informação sobre os direitos e deveres dos cidadãos; à falta de resposta a solicitações; à excessiva demora na resposta de solicitações ou críticas;

b) abulia política (não querer participar da ação cidadã, recusar a participação): relaciona-se com o ceticismo quanto à manifestação do cidadão efetivamente ser levada em consideração pela administração pública;

c) acracia política (não poder participar da ação cidadã): diz respeito ao baixo grau de escolarização dos requerentes; ao formalismo administrativo; à falta de esclarecimento dos direitos e deveres das partes nos processos administrativos; à complexidade das normas administrativas, além dos graves problemas de ordem política e econômica.

4.3. Tipologia da participação na administração pública

Di Pietro (1993) sugere uma classificação dicotômica da participação na administração Pública:

a) participação direta: a realizada sem a presença de intermediários eleitos; como, por exemplo, a iniciativa popular legislativa, o referendo, o plebiscito, o direito de ser ouvido e a enquete (consulta à opinião pública sobre assunto de interesse geral);

b) participação indireta: a realizada através de intermediários, eleitos ou indicados; exemplifica com a participação popular em órgão de consulta, a participação popular em órgão de decisão, a participação por via do Poder Judiciário, a participação por meio de ouvidor, ou através da atuação em conselhos.

4.4. Mecanismos de participação popular

Os instrumentos da participação popular são, de acordo com o artigo 14 da Constituição Federal de 1988, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular (democracia participativa), bem como o sufrágio universal (democracia representativa), que são formas de manifestação da soberania popular. Assim, o povo é titular do poder e o exerce pelos seus representantes ou diretamente, nos termos previstos na Constituição.

Sufrágio Universal: previsto no art. 14 da Constituição, que assegura ainda o voto direto e secreto, de igual valor para todos. Constitui-se no direito de escolha dos representantes e de ser escolhido pelos eleitores.

Plebiscito: a lei ordinária poderá convocar o plebiscito, sendo uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria, a ser posteriormente discutida pelo Congresso Nacional. A decisão do plebiscito tem natureza vinculativa, não podendo ser desrespeitada pelo administrador.

Referendo: também importa na participação do povo, mediante voto, mas com o fim específico de confirmar, ou não, um ato governamental. O ato já existe e deve apenas ser confirmado pelo povo. A decisão do referendo, assim como a do plebiscito, tem eficácia vinculativa.

Iniciativa popular: este procedimento consiste no desencadeamento do processo legislativo pelo povo, mediante proposição de determinado projeto de lei por certo número de eleitores. Em âmbito municipal tem que revelar interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (art. 29, XIII da CF/88).

Outros Mecanismos de Participação Popular:

- a) Participação ou "controle social" mediante ações judiciais: ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, entre outras;
 - ✓ Ação Popular: o cidadão pode provocar o controle jurisdicional na defesa do interesse coletivo (art. 5.º, LXXIII, da CF/88);
 - ✓ Direito à informação (art. 5.º, XXXIII, da CF/88): assegura ao cidadão a possibilidade de conhecer os assuntos que estão sendo tratados no âmbito da Administração Pública;
 - ✓ Mandado de injunção: supre a omissão do Poder Público na regulamentação de normas constitucionais (art. 5.º, LXXI, da CF/88);
- b) Direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2.º, da CF/88);
- c) Consulta pública: ocorre mediante despacho motivado, quando a matéria envolver assunto de interesse geral e desde que não cause prejuízo à parte interessada. Há abertura de prazo para manifestação por escrito de terceiros, antes de decisão, em matéria de interesse geral;
- d) Audiência pública: a critério da autoridade, quando se tratar de matéria relevante, abre-se sessão de discussão, aberta ao público, sobre tema ainda passível de decisão;
- e) Colegiados públicos: reconhecimento a cidadãos, ou a entidades representativas, do direito de integrar órgão de consulta ou de deliberação colegial no Poder Público;
- f) Assessoria externa: convocação da colaboração de especialistas para formulação de projetos, relatórios ou diagnósticos sobre questões a serem decididas;
- g) Denúncia pública: instrumento de formalização de denúncias quanto ao mau funcionamento ou responsabilidade especial de agente público, como, por exemplo, representação administrativa;
- h) Reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos: difere da representação administrativa, pois se fundamenta em relação jurídica entre o Estado ou concessionário do Estado e o particular-usuário;
- i) Colaboração executiva: organizações que desenvolvam, sem intuito lucrativo, com alcance amplo ou comunitário, atividades de colaboração em áreas de atendimento social direto;
- j) Ombudsman: ouvidor;
- k) Fiscalização orgânica: obrigatoriedade, por exemplo, de participação de entidades representativas em bancas de concursos públicos, v.g, OAB.

Vários desses mecanismos procedimentais encontram fundamento constitucional

direto (art. 5.º, XXXIII, XXXIV, “a”, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXVII; arts. 10; 37, 3.º; 58, II; 74, §2.º; 132; 216, §1.º, da Constituição Federal de 1988).

São instrumentos que podem servir à participação popular e à expressão política da coletividade. Neste sentido, como bem assinala Britto (1992, p. 85), a “participação popular somente ocorrerá quando for possível identificá-la como manifestação de poder político e não como simples expressão de direito público subjetivo”.

5. Procedimentos metodológicos e tratamento de dados

5.1. Esclarecimentos preliminares

A presente pesquisa do tipo aplicada e em forma de estudo de campo, desenvolvida mediante abordagem predominantemente qualitativo-descritiva, contou com diferentes bases de dados, em especial revisão bibliográfica, pesquisa documental consistente na análise da Lei Orgânica de Patos de Minas, Regimento Interno da Câmara Municipal de Patos de Minas, leis, resoluções, jornal informativo do Poder Legislativo, site oficial, pautas e atas de reuniões, dentre outros e realização de 17 (dezessete) entrevistas semiestruturadas, sendo 11 (onze) com vereadores componentes da Câmara de Patos de Minas da Legislatura 2009-2012, e com 6 (seis) servidores responsáveis pelas áreas de Processo Legislativo, Controle Interno, Informática, Assessoria de Comunicação e Escola do Legislativo de Patos de Minas.

Segundo Richardson *et. al* (2007, *apud* Zanella, 2009), a abordagem qualitativa possui como características principais: a) predomínio pela utilização de conhecimentos teórico-empíricos (crenças, valores, representações, atitudes, hábitos, opiniões e outros), com atribuição de cientificidade, e pela não utilização de instrumental estatístico na análise de dados; b) tem viés descritivo, já que os fenômenos são descritos a partir dos significados que o ambiente manifesta, gerando resultados na forma de transcrição de entrevistas, declarações, fotografias, diários pessoais, narrativas, desenhos e outros; c) preza conhecer como determinado fenômeno manifesta-se, preocupando-se mais com o processo; d) tendência de analisar os dados indutivamente, de baixo para cima; e) buscam compreender o fenômeno pesquisado do ponto de vista dos participantes, de modo que o significado é a preocupação nuclear.

Entretanto, percebem-se características, mesmo em menor expressão, da pesquisa quantitativa, como, por exemplo, ao se realizar o tratamento dos dados estatísticos disponibilizados no sítio e em Informativo do Poder Legislativo de Patos de Minas (Edição Especial - Dezembro/2011 - Distribuição gratuita), onde consta o relatório de gestão/2011, com número de audiências públicas, reuniões ordinárias, atos legislativos praticados, tais como, projetos de leis, requerimentos, indicações, moções, vetos, etc.

A pesquisa, quanto aos objetivos, é predominantemente descritiva, que, segundo Gil (2007, *apud* Zanella, 2009), busca descrever fatos e fenômenos objetivamente numa determinada realidade, ocorrendo com exatidão a descrição dos fatos e fenômeno da realidade presenciada.

Por sua vez, Triviños (1987, *apud* BEUREN e COLAUTO, 2006 p. 13) aduzem que a entrevista semiestruturada “é a que parte de certos questionamentos básicos, apoiados em teorias e hipóteses, que interessam à pesquisa, e que, em seguida, adicionam-se a uma grande quantidade de interrogativas, fruto de novas hipóteses que surgem no transcorrer da entrevista”.

As entrevistas foram gravadas, transcritas e o tratamento dos dados dar-se-á mediante análise de conteúdo, com construção de quadro comparativo, Figura 2, tendo como foco as funções do Poder Legislativo, os mecanismos de acesso às informações públicas e de participação popular disponibilizados à sociedade Patense no âmbito da Câmara Municipal de Patos de Minas. Assim, de forma indireta, tem-se a percepção da importância da participação popular, conforme dados colhidos no trabalho de campo.

Quanto à análise de conteúdo, segundo Beuren e Colauto (2006, p. 137, citando Bardin, 1997, p. 30), trata-se de

um conjunto de técnicas de análise das comunicações, visando, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo mensagens, obter indicadores quantitativos ou não, que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção variáveis inferidas das mensagens (BEUREN E COLAUTO, 2006, p. 137).

Derradeiramente, visando preservar a identidade dos entrevistados, atribui-se numeração de 1 a 17 na ordem em que foram colhidas as informações, sendo que as entrevistas de nº 1, 2, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 15, 16 e 17 foram prestadas por vereadores e as de nº 6, 7, 8, 9, 10 e 11, por servidores.

5.2. Estrutura organizacional do Poder Legislativo de Patos de Minas

Como pode ser comprovado por meio das informações constantes do sítio da Câmara Municipal de Patos de Minas, em especial pela interpretação da Lei Orgânica Municipal e do Regimento Interno, o Poder Legislativo de Patos de Minas organiza-se institucional e politicamente através da seguinte estrutura:

Plenário: órgão de deliberação máxima, propriamente legislativo, composto por todos os vereadores, com atribuições legislativas e deliberativas. Na legislatura 2009-2012, são onze vereadores, com previsão de dezessete para a próxima legislatura (2013-2016), conforme Emenda à Lei Orgânica Municipal n.º 20, de 29 de junho de 2011.

Mesa Diretora: órgão diretivo com atribuições administrativas e executivas, responsável pela gestão administrativa, financeira e operacional da Casa. Tem por finalidade dar suporte aos vereadores para que possam executar bem suas funções típicas e atípicas. Em Patos de Minas, a Mesa Diretora é composta por cinco membros, a saber: Presidente, 1.º Vice-Presidente, 2.º Vice-Presidente, 1.º Secretário e 2.º Secretário.

Gabinetes de Vereadores: espaço de atuação do dia-a-dia do vereador, com estrutura montada e mantida pela Câmara; cada vereador é assessorado por até dois servidores de sua confiança e de livre nomeação e exoneração;

Comissões Legislativas: compostas por grupos de vereadores para estudar, deliberar, fiscalizar e analisar assuntos mais específicos, em caráter permanente ou temporário. Segundo o Regimento Interno da Câmara Municipal de Patos de Minas, Resolução 001, de 1990, e alterações posteriores, são oito Comissões Permanentes.

Também na data da colheita de dados secundários (maio/2012), estavam em curso duas Comissões Especiais, de caráter temporário, sendo uma para estudar e propor a revisão das resoluções legislativas que dispõem sobre a concessão de homenagens e sobre o Regimento Interno e outra, denominada de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), constituída para apurar desvios de verbas públicas no Ceasa Regional, vinculada à Secretaria Municipal de Agricultura.

Ainda, como serviços auxiliares da Câmara, verifica-se a existência dos seguintes departamentos técnicos: a) Procuradoria e Assessoria Jurídica: responsável pela área jurídica (aconselhamento legislativo, administrativo e contencioso judicial), através de respostas às consultas verbais ou escritas, assim como pela emissão de pareceres técnicos no que tange aos aspectos jurídicos da constitucionalidade e legalidade para as diversas áreas de atuação e interesse do Poder Legislativo como um todo (Plenário, Mesa Diretora, Vereadores, órgãos, departamentos, etc.); b) Diretoria Geral: coordenador dos processos de gestão de funcionamento da Casa, fazendo a interface entre as diretrizes da Mesa Diretora e a execução através dos departamentos e dos servidores efetivos ou comissionados; c) Diretorias Adjuntas Legislativa e Administrativa: responsáveis pela execução e organização dos departamentos respectivos, dos serviços burocráticos; a primeira de suporte a atribuições típicas, legislativa, fiscalizadora e de assessoramento etc., e a segunda como área meio, isto é, às funções administrativas, se reportando à Diretoria Geral e à Mesa Diretora; d) Divisões e Setores: estruturas específicas que cuidam de assuntos mais técnicos, a exemplo, Redação e Revisão, Divisão de Contabilidade, Divisão de Tesouraria, Divisão de Recursos Humanos, Divisão de Informática, Controladoria Interna, Assessoria de Comunicação, Setor de Copa e Cozinha, etc.

Ademais, a Câmara Municipal de Patos de Minas, com o incentivo e apoio da Escola do Legislativo da Assembleia de Minas Gerais, por meio da Resolução nº 255, de 17 de fevereiro de 2009, criou a Escola do Legislativo de Patos de Minas (ELPM), cujos objetivos principais estão elencados no art. 2.º, a saber:

Art. 2.º A Escola do Legislativo tem como objetivos:

- I - oferecer aos Parlamentares interessados e aos servidores da Câmara suporte conceitual e treinamento para a elaboração de leis e para o exercício do poder de fiscalização;
- II - propiciar aos servidores, com quaisquer níveis de escolaridade, a possibilidade de complementar seu aperfeiçoamento profissional;
- III - oferecer aos servidores conhecimentos básicos para o exercício de suas funções, considerando suas lotações e suas atribuições;
- IV - qualificar os servidores nas atividades de suporte técnico-administrativo, ampliando a sua formação em assuntos de interesse do Município;
- V - desenvolver programas de ensino, objetivando a integração da Câmara à sociedade civil organizada;
- VI - estimular a pesquisa técnico-acadêmica voltada às atividades desenvolvidas pela Câmara, em cooperação com outras instituições de ensino;
- VII - integrar e gerenciar convênios, especialmente com o Senado Federal, com a Câmara dos Deputados, com as Assembleias Legislativas, com as Câmaras Municipais e respectivas associações, com os órgãos dos Poderes da União, com os Tribunais de Contas, com o Ministério Público e com as universidades, propiciando, entre outras atividades conjuntas, a participação de parlamentares, servidores e agentes políticos em videoconferências e treinamentos à distância e a realização de cursos de capacitação técnica e de cursos presenciais de formação acadêmica ou pós-acadêmica;
- VIII - incentivar a realização, a elaboração e o desenvolvimento de projetos na área da história política da Câmara, bem como a organização de eventos culturais;
- IX - capacitar a comunidade em temas afins com as atividades institucionais do Poder Legislativo (PATOS DE MINAS, 2009).

Dessa maneira, a Escola do Legislativo de Patos de Minas desenvolve importante papel de educação e qualificação profissional dos vereadores, servidores, assessores

e cidadãos, através de cursos, seminários, debates, palestras, exposições, painéis, visitas orientadas, inclusive com possibilidades de cursos pelo sistema à distância, tudo visando à melhoria dos serviços prestados, assim como incentivo ao exercício da cidadania e da participação popular.

Conforme informações obtidas no sítio da Câmara Municipal de Patos de Minas, entrevista realizada com a Diretoria da referida Escola e até mesmo matérias publicadas no Jornal Informativo da Câmara (Edição Especial, Dezembro/2011), já participaram dos treinamentos e das atividades da ELPM, além dos servidores, assessores e vereadores de Patos de Minas e região, cerca de duas mil pessoas¹, com destaque para as seguintes ações adotadas: 1 - Encontros com a Política em Parceria com a Escola do Legislativo da Assembleia Legislativa de Minas Gerais; 2 - O perfil do profissional do século XXI, a motivação e a autoestima; 3 - Exposição "A Formação do Povo Mineiro"; 4 - Curso de Capacitação em Planejamento e Orçamento Público; 5 - Capacitação em Poder Legislativo Municipal; 6 - Noções Introdutórias de Práticas Arquivísticas; 7 - Processo Legislativo, Técnica Legislativa e Legística; 8 - Orçamento Público Municipal; 9 - Exposição "Espírito das Leis"; 10 - Palestra "A grandeza da vida: talentos, valores e felicidade"; 11 - Palestra "Lidando com pessoas e com situações (in)formais no ambiente de trabalho"; 12 - Exposição "Distritos de Patos de Minas: Amarrando Tijolos com Palavras"; 13 - Painéis e visitas orientadas às escolas e cidadãos etc.

Ademais, segundo informações da Diretoria da Escola, as maiores dificuldades encontradas se concentram na falta de percepção e compreensão de alguns vereadores, servidores, assessores e cidadãos quanto à importância da função educativa legislativa e relevância da qualificação, bem como a escassez da adesão de membros da sociedade civil organizada em refletir sobre noções de ética, cidadania e política.

Constata-se, entretanto, que os resultados são satisfatórios até porque, com a Escola do Legislativo de Patos de Minas, ao invés de os vereadores, servidores, assessores parlamentares se deslocarem para outras cidades em busca de cursos de qualificação, viabilizam-se os cursos e treinamentos em Patos de Minas, com a participação, inclusive, das Câmaras Municipais da região, o que, além do papel de multiplicadora do conhecimento, tem promovido uma troca de experiências muito interessante e proveitosa para a melhora das atividades desenvolvidas e dos serviços prestados.

Vislumbra-se, ainda, que as ações adotadas também têm preocupação com a melhoria dos processos organizacionais, uma vez que os treinamentos e cursos estimulam a troca de informações, a reorganização de departamentos e a mudança de procedimentos internos, numa perspectiva mais colaborativa.

5.3. Mecanismos de acesso às informações públicas

Conforme colocado na segunda seção, o princípio constitucional da publicidade estampado no art. 37 da Constituição Federal de 1988 restou reforçado e regulamentado com a promulgação da Lei de Acesso à Informação, Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Ainda, segundo se depreende do Direcionamento Estratégico Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2010) em ALMG 2010/2020 - Estudos de Boas Práticas: Democracia Eletrônica no Brasil e no Mundo (Dezembro de 2009), "o papel primordial de um site legislativo é aquele de apresentar informações relativas à ação legislativa" e que contemple, na medida do possível, "práticas de interação bilateral e multilateral pelo Poder

¹ Considerando os eventos realizados até junho de 2012.

Legislativo”. Aduz, ainda, em conclusão, que um “projeto de democracia eletrônica encontra seus limites na maneira que servidores públicos e atores políticos se apropriam destas tecnologias”.

Nesse sentido, se faz necessário deixar consignado que a expressão “democracia eletrônica” foi utilizada, no contexto do estudo realizado pela ALMG (Minas Gerais, 2010), como o uso de tecnologias da informação e comunicação (TIC) enquanto meios para: a) aumentar a transparência de processos políticos; b) facilitar a participação cidadã nos sistemas de tomadas de decisão e; c) melhorar a qualidade do processo de formação de opinião na esfera pública a partir da abertura de novos espaços de informação e deliberação.

Nesta pesquisa, restou apurado que os principais meios de divulgação de informações públicas levadas a efeito na Câmara Municipal de Patos de Minas, além da Escola do Legislativo de Patos de Minas citada na seção anterior, são: a) a internet, através do sítio oficial, em especial o Portal da Transparência e do Sistema de Apoio ao Processo Legislativo (SAPL); b) o Jornal Informativo do Poder Legislativo de Patos de Minas; c) o trabalho da Assessoria de Comunicação, na produção e direcionamento das informações à imprensa e; d) os blogs e material informativo de autoria de alguns vereadores.

5.3.1 Portal da Transparência (ou Portal do Cidadão)

Foi implantado em junho de 2009, em cumprimento a Resolução n.º 256, de 8 de abril de 2009, com o objetivo de proporcionar informações ao cidadão sobre a transparência dos atos da Câmara Municipal de Patos de Minas e motivar a participação da população.

O Portal disponibiliza links que possibilitam ao usuário o acesso às informações sobre despesa de pessoal, resultado de votações, número de reuniões realizadas, remuneração e subsídios de vereadores, valores mensais e individuais gastos para manutenção dos gabinetes parlamentares etc.

O site também disponibiliza outras informações, tais como história da Câmara e do Município, dos vereadores, legislação municipal, licitações, contratos, demais atos oficiais, exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, contas públicas, convênios, notícias, pautas, dentre outros atos de interesse coletivo.

Há, inclusive, espaço reservado para enquetes que proporciona a participação da população. A pergunta na data de acesso para fins desta pesquisa (junho de 2012) era a seguinte: “Você acompanha o trabalho do vereador em quem você votou na última eleição?”.

5.3.2 Sistema de Apoio ao Processo Legislativo (SAPL)

Outra ferramenta tida por importante pelos entrevistados trata-se do Sistema de Apoio ao Processo Legislativo (SAPL), obtido mediante convênio com o Interlegis (firmado com o Senado Federal), que organiza e disponibiliza *online* todo o processo de tramitação de projetos de lei e demais atividades político-parlamentares inerentes ao processo legislativo.

Segundo informação publicada no Informativo Interlegis Brasil (ano II, nº 11, Brasília, maio de 2012), atualmente 201 (duzentas e uma) entidades, entre assembleias e câmaras municipais, dispõem do referido serviço.

5.3.3 Informativo do Poder Legislativo de Patos de Minas

A Câmara Municipal de Patos de Minas também disponibiliza aos cidadãos um Jornal Informativo. O presente ensaio pesquisou a Edição Especial (dezembro de 2011), a qual traz um resumo geral dos principais atos praticados em 2011.

Segundo o informativo, na sessão legislativa de 2011, foram praticados 1.826 atos legislativos, a saber: 148 projetos de lei, 33 projetos de lei complementar, 7 projetos de resolução, 36 projetos de decretos legislativos, 3 propostas de emenda à Lei Orgânica Municipal, 500 indicações, 61 moções de aplausos, 230 requerimentos, 54 memorandos, 5 vetos, 13 processos de licitação, 683 ofícios, 87 portarias, realização de um Concurso Público para preenchimento de 11 vagas, 24 Reuniões Ordinárias, 1 Sessão Solene e 18 Audiências Públicas.

Além disso, o documento traz informações destacando as proposições legislativas de maior relevância social segundo a visão de cada vereador, nas quais se observam temas variados, tais como: criação de conselhos (defesa dos direitos da pessoa com deficiência), defesa do meio ambiente e educação ambiental (projeto plantando vida e obrigatoriedade da utilização de embalagens oxibiodegradáveis), proibidade administrativa (ficha limpa para cargos em comissão e funções de confiança), saúde (entrega domiciliar de medicamentos, regulamentação do tratamento fora do domicílio e proibição de fumar em locais públicos), transparência pública (fim do voto secreto), desoneração tributária (isenção de IPTU para idosos de baixa renda) e incentivo ao esporte (institui a corrida e caminhada do milho).

Destaca, ainda, outras matérias sobre o trabalho da Escola do Legislativo de Patos de Minas na qualificação técnica e profissional, realização do concurso público para a otimização das atividades do Legislativo, inovações no site, funções da Câmara Municipal de Patos de Minas e destaque das audiências públicas realizadas para votação do Código de Posturas de Patos de Minas etc.

5.3.4. Assessoria de Comunicação (ASCOM)

Também, na pesquisa de campo, revelou importante o trabalho desempenhado pela Assessoria de Comunicação da Câmara Municipal de Patos de Minas, que, através de trabalho técnico, promove o acompanhamento dos atos da Câmara Municipal de Patos de Minas, confecciona e publica notícias no sítio da Casa Legislativa e as enviam para os demais órgãos da imprensa local e regional, em especial ao Jornal *Folha Patense*, *Classificados TIMTIM* e principais sites de notícias (*Patos Hoje*, *Patos Urgente*, *Notícias das Gerais*, etc.).

Com efeito, vale transcrever parte das informações prestadas pelo entrevistado n.º 7 (servidor), que assim se manifestou sobre o ponto:

Nós divulgamos diariamente por meio do e-mail, à imprensa, todos os acontecimentos diários aqui da Câmara, então aconteceu alguma reunião [...] saiu algum projeto interessante, foi aprovado, votado, a gente passa diariamente para a imprensa, então eu até queria ressaltar que nossa mídia espontânea, nossa mídia gratuita, ela é muito positiva aqui na Câmara, porque além da nossa publicidade paga a gente consegue ter o nosso nome diariamente no site por meio do envio de e-mails, então não precisa ser gasto muito dinheiro com relação a isso. Por que nós temos um feedback positivo da imprensa, porque nós mandamos as informações e ela diariamente divulga essas informações, isso é muito importante porque é uma mídia gratuita. [...] Nós da imprensa tentamos ao

máximo colocar nossas ideias de forma clara, de modo que todos os públicos entendam. Seja aqueles que tenham menos acesso a informação, ou pessoas mais instruídas, então a gente tenta sempre colocar numa linguagem fácil e até mesmo esclarecer alguns termos que aqui no Legislativo são comuns pra gente, mas talvez pra sociedade ele não seja tão familiar, então nas nossas notícias a gente tenta colocar o máximo de clareza e transparência nas nossas ideias [...].

5.4. Mecanismos de Participação Popular

Como mecanismos de participação popular, a maior parte dos entrevistados mencionou as audiências públicas, a tribuna livre, a possibilidade de acesso aos vereadores nos gabinetes parlamentares, a Comissão de Participação Popular, a iniciativa popular de leis, a participação nas atividades da Escola do Legislativo e os projetos denominados Câmara Itinerante e Câmara Cidadã.

Entretanto, o estudo de campo e análise de dados secundários revelam que apenas as audiências públicas, a tribuna livre, o acesso aos vereadores nos gabinetes parlamentares e a participação nas atividades da Escola do Legislativo de Patos de Minas têm sido uma realidade, porquanto, apesar de existirem, não se constataram exemplos de iniciativa popular de leis na legislatura 2009-2012 e nenhum destaque de relevância na Comissão de Participação Popular, estando paralisados os projetos desenvolvidos no ano de 2006, com realização de reuniões nos distritos e comunidades rurais pela Câmara Itinerante, ou mesmo em 2009, com reuniões nos bairros pela Câmara Cidadã.

Conforme já colocado alhures e informações constantes do Jornal Informativo do Poder Legislativo de Patos de Minas, na sessão legislativa de 2011 foram realizadas 18 audiências públicas, o que demonstra tratar-se de importante mecanismo de participação popular.

Apesar de não terem sido informados dados exatos acerca da utilização da tribuna livre, em consulta às pautas de reuniões realizadas e notícias veiculadas no sítio da Câmara Municipal de Patos de Minas, bem como das observações realizadas pelos autores/pesquisadores, constatou-se que se trata de instrumento utilizado com bastante frequência pelos cidadãos.

A pesquisa revelou, ainda, que já foi instituído pela Resolução n.º 266, de 11 de julho de 2011, no âmbito da Câmara Municipal de Patos de Minas, o projeto “Parlamento Jovem”, que tem por objetivo “incentivar a comunidade estudantil a se organizar como sociedade civil e participar da vida política da cidade de Patos de Minas e do País”. Constatou-se, entretanto, que este projeto ainda não foi devidamente implantado.

5.5. Descrição e análise de dados colhidos nas entrevistas

Destarte, para o tratamento eficiente das informações optou-se pela construção de quadro demonstrativo (Figura 2), em que são filtradas as principais expressões e ideias contidas nos depoimentos sobre os três eixos dos temas pesquisados, quais sejam: funções do Poder Legislativo, mecanismos de acesso às informações públicas e mecanismos de participação popular.

Também, quando necessário e relevante para os fins da presente pesquisa, serão transcritos trechos dos depoimentos, conforme passa a demonstrar.

Temas pesquisados	Principais respostas dos entrevistados
Funções Poder Legislativo	Fiscalizar
	Legislar
	Mediar
	Controlar
	Construção e fortalecimento de políticas públicas
	Soma propositiva
	Busca por recursos/verbas
	Assistência social
Mecanismos de Acesso às Informações Públicas	Site da Câmara
	Jornal Informativo
	Sistema de Apoio ao Processo Legislativo (SAPL)
	Escola do Legislativo de Patos de Minas (ELPM)
	Portal da Transparência
	E-mails, sites vereadores, "blogs"
	Pessoalmente com os Vereadores
	Publicidade de TV e Rádio
Mecanismos de Participação Popular	Audiências Públicas
	Câmara Itinerante
	Tribuna Livre
	Câmara Cidadã
	Acesso aos Gabinetes dos Vereadores
	Comissão de Participação Popular
	Escola do Legislativo de Patos de Minas (ELPM)
Importância da Participação Popular	Importante, embora bastante falha
	Ideias geralmente surgem dos anseios do povo
	Fiscalizar e cobrar ações dos vereadores
	Primordial, Legislativo é a Casa do povo
	Conhecimento das reivindicações da população

Figura 2 - Quadro demonstrativo

Fonte: Elaborado pelos autores com base nas entrevistas realizadas. Contém as principais expressões e ideias extraídas dos depoimentos sobre cada tema pesquisado.

Verifica-se que todos os entrevistados têm conhecimento das principais funções típicas exercidas pelo Poder Legislativo em especial a de legislar e fiscalizar, sendo que alguns fizeram menção a funções atípicas, tais como a busca por recursos e assistência social, consoante se infere do quadro demonstrativo acima e das respostas dos entrevistados n.º 01, 02, 03 e 12 (vereadores), respectivamente:

[...] mediar o desejo do povo entre o povo e o executivo.

[...] ele tem a função inclusive da soma propositiva, afirmativa de mostrar caminhos inclusive da construção e fortalecimento de políticas públicas.

[...] entendemos que a assistência social ela faz parte do trabalho do legislador, do vereador em Patos de Minas.

[...] temos que estar em consonância com as áreas e as instâncias tanto estadual quanto federal para buscar juntamente com os nossos representantes nessas áreas, recursos.

Já quanto aos mecanismos de divulgação espontânea de informações públicas, bem como aspectos de transparência e objetividade, as opiniões foram divergentes; uns consideram satisfatoriamente, outros, entretanto, reputam falhas e sem objetividade, sendo por demais técnicas, o que prejudicaria o entendimento dos cidadãos. Vejamos trechos das respostas dos entrevistados n.º 02 e 12 (vereadores), respectivamente:

A comunicação e a interação da sociedade com relação ao papel do Poder Legislativo ou o que ele produz ela é muito aquém do que deveria ser, primeiro há necessidade de mudança cultural, eu acredito, mais isso é historicamente o parlamento ele não é, ele tem uma liga, ele não tem uma interação com a comunidade, com a população. Historicamente isso tem mudado em função inclusive das novas formas de comunicação. [...] Na verdade o que eu vejo dessa comunicação é o seguinte: tem que trazer mais próximo as informações, mais as informações também tem que mexer com a realidade daquele povo, não adianta trazer informações que entra em dicotomia com a realidade da população, então eu vejo assim que há instrumentos tanto na Câmara Municipal de informar, e tem que ter os instrumentos reais, por exemplo: em tempo real a transmissão das sessões ordinárias, das sessões extraordinárias, das comissões temáticas, enfim tinha de ter essa comunicação mais permanente. Por outro lado também o Poder Legislativo sempre tem as limitações de recursos dessa área, e aí entra uma parte que é uma parte legal, você tem de analisar, você não pode conforme for o jornal, ele tem de ter uma linha editorial, realmente compatível com o que é produzido no Parlamento, então tem toda uma dificuldade também de comunicar, mais o que eu vejo é um amadurecimento com relação a esse papel o Poder Legislativo ele não tem sentido se ele não tiver comunicando e também trazendo a sociedade para participar dos debates e do que é produzido no Poder Legislativo.

[...] Absolutamente não, eu acho que as pessoas tanto assim, por exemplo, me desculpe mas as rádios, eu acho que eles invertem muito as coisas, inclusive, até na própria Câmara Municipal às vezes tem ali algumas pessoas assistindo a reunião e gravando, mas depois distorcem aquele assunto [...].

Apesar de não citado expressamente nas entrevistas semiestruturadas, os pesquisadores puderam constatar que a imprensa – televisão local NTV, *Jornal Folha Patense*, rádios e sites de notícias etc. – normalmente acompanha as reuniões, divulgando informações dos principais atos praticados. Constatou-se, inclusive, que a Rádio Educadora FM, 87,9 por intermédio do programa “Rádio atividade”, apresentado pelo jornalista Cívica Costa, faz transmissão ao vivo dos principais debates e votações de projetos de leis de maior relevância.

No que se refere aos mecanismos de participação popular, grande parte dos entrevistados se mostraram inseguros com suas respostas, demonstrando pequeno conhecimento sobre o assunto, embora alguns tenham citado instrumentos importantes como as audiências públicas, tribuna livre, acesso aos gabinetes dos vereadores, Câmara Itinerante, Câmara Cidadã, Comissão de Participação Popular e Escola do Legislativo de Patos de Minas.

Entretanto, como objeto de consideração anterior, o estudo de campo e a análise

de dados secundários revelam que apenas as audiências públicas, a tribuna livre, o acesso aos vereadores nos gabinetes parlamentares e a participação nas atividades da Escola do Legislativo de Patos de Minas têm sido uma realidade.

Isso porque, apesar de existirem, não se constataram exemplos de iniciativa popular de leis na legislatura em curso (2009-2012); constatou-se a inexpressividade no trabalho da Comissão de Participação Popular, sendo que os interessantes projetos da Câmara Itinerante, realizados com destaque na sessão legislativa de 2006, que consistia em realizar reuniões ordinárias nos distritos e comunidades rurais do Município de Patos de Minas, ou mesmo a Câmara Cidadã, retomado na sessão legislativa de 2009, com realização de reuniões nos bairros da cidade de Patos de Minas, restaram paralisados, em especial pelo esvaziamento provocado por atitudes do Poder Executivo e dificuldades em atender às demandas colocadas pelos cidadãos, que normalmente eram voltadas para melhorias nos bairros, serviços que dependiam diretamente do Executivo.

Nesse aspecto, constatou-se fato interessante e relevante, no sentido de que o Poder Executivo, na sessão legislativa de 2009, após os trabalhos da Câmara Cidadã, também passou a realizar reuniões com a comunidade nos bairros, com participação do Prefeito, do Vice-Prefeito, dos Secretários e dos Assessores. Essa medida foi interpretada como contrária à continuidade do projeto Câmara Cidadã, posto que os cidadãos teriam predileção por conversar diretamente com quem “realiza”, “executa”, enfim, com o Poder que possui a função típica administrativa, executiva. Nesse sentido, tem-se a fala do entrevistado n.º 13 (vereador):

Claro, outro problema, fizemos reuniões da Câmara Itinerante, devido a participação do povo ser muito pequena. E a deturpação de poderes, porque o povo infelizmente é muito leigo nesta questão, como eu ainda sou até hoje que sou vereador exercendo um cargo né, mais falta muito conhecimento do povo, porque o povo ainda não sabe o que que é o Executivo e o que que é o Legislativo, porque muitas vezes perguntam assim “Você ainda tá lá na prefeitura? Você trabalha na Prefeitura?” então quer dizer, as vezes a gente faz aquelas reuniões e o povo sentia que a gente tava lá já pra mandar fazer, e o nome quem executa, já tá bem claro né, é o Executivo que executa, nós não executamos obra nenhuma né, então tava assim, criando até um problema maior, a gente pensando que tava esclarecendo e o povo com o pouco conhecimento que tem dentro da política, acabava que estava era inviável essas reuniões.

Assim, é possível afirmar que os importantes projetos Câmara Itinerante e Câmara Cidadã foram paralisados devido ao desconhecimento e incompreensão das atribuições típicas do Legislativo e do Executivo e, principalmente, às atitudes e práticas levadas a efeito por parte do Executivo, ensejando o esvaziamento de projetos de relevância.

Tais constatações revelam que as funções informativa e educativa realmente se fazem necessárias, tratando-se não de funções secundárias, mas de funções precípuas a serem desempenhadas pelos Legislativos como necessárias a atingir o desiderato de melhorar a quantidade e qualidade dos mecanismos de participação popular e as boas práticas legislativas.

Nesse aspecto, vale lembrar que na Câmara Municipal de Patos de Minas, desde o ano de 2009, criou-se a Escola do Legislativo de Patos de Minas, com o objetivo de capacitação e educação legislativa de agentes políticos, servidores e cidadãos. Veja o

que disse o entrevistado n.º 08 (servidor) sobre a Escola do Legislativo de Patos de Minas e sobre ações por ela desenvolvidas:

[...] é um instrumento que a Câmara utiliza e tá utilizando bem, além de que é a função da escola, capacitar servidores, os agentes políticos, interagir com as escolas, tanto no nível médio como o ensino superior, um dos quesitos dela é a capacitação da população, da sociedade em si na forma de capacitação para que o cidadão, ele, a partir do momento que ele entende o que é política e entende o papel e saber qual é o seu papel como que funciona no controle que ele é um legítimo dono do poder então a escola tem esse poder, então ela não vai até a população, hoje não espera que seja cobrado nos estamos tentando que as pessoas venham até nos para buscar informações.

Cursos técnicos propriamente ditos para os servidores, capacitação técnica, curso de legística, de arquivo, curso de orçamento público, voltado para a população, nos já tivemos exposições [...].

Quando o tema é participação popular, a maior parte dos entrevistados afirmou que é inexpressiva e deixa a desejar, sendo que o povo deveria cobrar e fiscalizar mais os representantes eleitos. Vejam-se os dizeres do entrevistado n.º 13 (vereador):

[...] deveria cobrar mais e cobrar mesmo, cobrar coisas coerentes, coisas que é pra gente tá resolvendo né, porque às vezes o que a gente é cobrado aqui é a cesta básica é o talão de água, de luz, o gás, e isso eu não dou conta, nem se eu quisesse eu não daria conta, então vir cobrar o que realmente é da nossa função [...].

Já quando o assunto é a importância da participação popular, os entrevistados foram convictos em dizer que é de extrema relevância, chegando a mencionar que os projetos vêm do anseio e reivindicação do povo. Nesse sentido, são representativas as declarações dos entrevistados n.º 07 (servidor) e 03 (vereador), respectivamente:

[...] Por meio da participação popular os vereadores eles colhem subsídios para poder elaborar seus projetos de lei com mais propriedade, com mais conhecimento de causa, ou seja, ele não vai pegar um assunto aleatório, tendo a participação popular ele pega o que realmente a população tá necessitando, os problemas reais da sociedade, então é de extrema importância.

[...] as minhas ações, os meus diversos projetos de leis, transformados em leis municipais, as minhas diversas indicações, atendidas ou não, elas vieram da base da sociedade, ou seja, criadas por mim mesmo é muito pouco, ou copiadas também, de outro autor também são poucas, a maioria vem do anseio da população, ou seja, a maioria vem a partir do momento que eu dou a população a sociedade, que eu dou ao cidadão a liberdade dele aproximar e dele buscar trazer as suas reivindicações, as suas sugestões, as suas reclamações [...].

Outro fato importante são os horários das reuniões da Câmara Municipal de Patos de Minas/MG, que ocorrem, quinzenalmente, às quintas-feiras, a partir das 14 horas. Esse horário é tido por alguns dos entrevistados como prejudicial à participação

popular, já que a maioria dos cidadãos trabalha neste período, afirmando que, em algumas oportunidades, são realizadas reuniões no período noturno, mas de forma extraordinária, ou em reuniões especiais de entrega de títulos etc. Vejam-se, a propósito, as respostas dos entrevistados n.º 14 (vereador), 10 (servidor) e 06 (servidor), quando indagados sobre os horários das reuniões:

[...] a maioria das pessoas tem o seu trabalho, tem os seus afazeres, eu acredito que se as reuniões da Câmara fossem à noite daria mais condições da comunidade participar.

[...] as reuniões ordinárias elas acontecem nas quintas-feiras é de 14 as 18 horas [...] a Câmara já trabalhou a um tempo atrás com um processo itinerante, que ia aos bairros [...] nós trazíamos todo o administrativo da câmara juntamente com os vereadores, sai para mostrar para esta população qual era realmente o trabalho, porque a gente sabe que com o horário das 14 as 17:30, 18 horas, a grande maioria da população está em período de trabalho, então elas não tem uma condição de estar presenciando, a câmara já tentou a um tempo colocar esta reunião via web, porém não são todas as pessoas também que tem acesso a internet, que tem acesso a uma banda larga com a qualidade considerável para assistir as reuniões em tempo real, online, por isto a gente tem feito todos os tipos de conclames, para que as pessoas possam vir também, a câmara já tentou reuniões em outros horários, para dar oportunidade para a população em geral também participar destas reuniões.

Hoje as reuniões são quinzenais, às 14 horas, são reuniões normalmente objetivas, não cansam quem assiste, quem participa, terminam dentro do período diurno, e a câmara já teve em outras ocasiões experiências de reuniões noturnas por exemplo, que as vezes avançavam, talvez pela forma mais antiga de discutir, uma forma mais acalorada, que envolvia mais a questão política, e já aconteceu casos de reuniões ir até a madrugada, madrugada a dentro né. Isto realmente tirava muito a possibilidade de um aproveitamento maior daqueles que vinha a câmara participar. Hoje acho que tá bem mais acessível, nós temos um pequeno conflito em relação ao horário de trabalho das pessoas que tem interesse em vir, mas a medida que o tema é interessante que o tema tá atual como um todo, um pouquinho de tempo que a pessoa tira ela tem um aproveitamento muito interessante, então acho que o formato, o modelo que existe hoje na câmara é o mais ideal.

Ainda sobre a questão da participação popular, vale transcrever excertos das entrevistas concedidas pelos entrevistados n.º 15 e 13 (vereadores) que teceram as seguintes considerações sobre o assunto, respectivamente:

[...] a casa aqui é do povo, mais chegamos a conclusão que só vem quando é interesse próprio, quando é de uma empresa [...] quando precisa de uma coisa [...] sendo aprovado aquele projeto imediatamente todos saem da reunião e vão embora.

[...] é a população de uma forma geral que não se interessa em saber o que está acontecendo, porque aquelas pessoas que se interessam, elas vão à Câmara nas reuniões elas vão até o nosso gabinete, elas acessam o Portal da Câmara, então eu acho que quem quer [...] adquirir as informações é só buscar [...]. Nas audiências públicas que a gente tem feito, várias audiências públicas, pergunta se as pessoas aparecem?? Não aparecem [...] fizemos audiências Públicas à noite pra poder não ter aquela desculpa “ah! eu tô trabalhando durante o dia, eu não fui na audiência” [...] então nós passamos a fazer as audiências à noite onde não foi surpresa... não apareceu ninguém nas audiências, só que depois que o problema acontece, eles querem ir lá reivindicar, agora participar, infelizmente não.

É de se ver que a Câmara Municipal de Patos de Minas tem avançado no campo da transparência e educação legislativa, mas, ainda, encontra-se bastante limitada nos mecanismos de participação popular.

6. Considerações finais

Os dados levantados por esta pesquisa revelam que o Poder Legislativo, exercido pela Câmara de Vereadores, possui como funções típicas legislar, fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo Municipal (Prefeitura), que são exercidas com a colaboração da sociedade e auxílio do Tribunal de Contas e, como funções atípicas, a administrativa e a julgadora, assim como “a mobilizadora, a informativa, a educativa, a eletiva, a representativa e a obstrucionista”, conforme esposado por Carvalho (2008, p. 948-949).

Inferre-se na Câmara Municipal de Patos de Minas uma postura compatível com a existência e presença da “função educativa”, conforme lembrado por Ribeiro (2010), em face de algumas práticas adotadas e do caráter nitidamente educativo desenvolvido, em especial pela Escola do Legislativo de Patos de Minas e de alguns servidores da referida Casa de Leis.

A análise dos dados primários e secundários utilizados na pesquisa também permite responder à questão de pesquisa e traçar detidas ponderações sobre os objetivos específicos esposados na introdução deste trabalho.

Com efeito, verificou-se que os principais mecanismos de acesso às informações públicas e de participação popular disponibilizados à sociedade patense no âmbito da Câmara Municipal de Patos de Minas são: i) a internet, através do site oficial e em especial do Portal da Transparência (ou Portal do Cidadão) e Sistema de Apoio ao Processo Legislativo (SAPL), que reúnem informações de caráter legal, obrigatórias e espontâneas, assim como sobre tramitação de projetos de lei e demais atividades político-parlamentares; ii) o Jornal Informativo do Legislativo; iii) o trabalho desenvolvido pela Assessoria de Comunicação Social; iv) os blogs e material informativo de autoria de alguns vereadores; e v) as atividades da Escola do Legislativo de Patos de Minas.

Como mecanismos de participação popular: i) audiências públicas, realizadas principalmente por algumas comissões de mérito; ii) tribuna livre junto ao Plenário, nas reuniões ordinárias da Casa; iii) possibilidade de envio de demandas variadas, críticas e sugestões aos vereadores individualmente, à Comissão de Participação Popular e demais comissões permanentes, à Mesa Diretora e ao próprio Plenário; iv) iniciativa popular de projetos de leis, na forma do art. 70, III da Lei Orgânica Municipal; e v) participação nas atividades da Escola do Legislativo de Patos de Minas.

Constataram-se, ainda, avanços em especial na atual legislatura (2009-2012) em razão da atuação mais proativa de determinados vereadores e comissões permanentes, da melhor estruturação de setores com a mudança da sede da Câmara dos Vereadores, da criação da Escola do Legislativo de Patos de Minas, da posse e exercício dos aprovados no concurso público, dos treinamentos e qualificação dos servidores lotados em especial nas áreas administrativa, do processo legislativo, da tecnologia da informação e da assessoria de comunicação social.

Restou assente a contribuição advinda da Escola do Legislativo de Patos de Minas para tonar efetiva a função educativa e da atuação destacada de alguns vereadores e comissões permanentes para estímulo à participação popular e aprimoramento das

funções parlamentares típicas, a necessidade de desenvolver um planejamento estratégico, o aprimoramento da logística nas diversas áreas de atuação, investimentos nas áreas de tecnologia da informação e comunicação (TIC) para melhora do sistema informacional e participação popular, numa perspectiva, inclusive, de democracia digital, ante as potencialidades e facilidades decorrentes da rede mundial de computadores e tecnologias da informação e comunicação.

Assim, as funções informativa e educativa não podem mais ser encaradas como funções secundárias, mas, sim, como funções precípuas a serem desempenhadas com destaque e competência, eis que necessárias a atingir o desiderato de melhorar a quantidade e qualidade dos mecanismos de participação popular e das boas práticas legislativas, numa tentativa de remover as patologias da apatia, abulia e acracia política.

Nessa ordem de ideias, para uma efetiva disponibilização de informações aos cidadãos e verdadeiro cumprimento do dever Estatal, torna-se imprescindível não apenas a divulgação espontânea das informações de interesse coletivo, mas também a existência de modelo informacional eficiente, aparelhamento administrativo, adoção de práticas digitais de democracia eletrônica, qualificação dos servidores, inclusive para o atendimento das demandas coletivas e individuais.

Também é preciso ter em mente a ponderação tecida por Tiago Peixoto, Diretor de Pesquisa do Centro em Democracia Eletrônica da Universidade de Zurique, ao prefiar o excelente trabalho produzido por Faria (2012), no sentido de que se deve ter cuidado para não cair na tentação da ingenuidade de sobrevalorizar o potencial tecnológico e subestimar o papel de instituições, atores e suas estratégias, o que de certa forma vem corroborar a reflexão contida na conclusão do Direcionamento Estratégico da Assembleia Legislativa de Minas Gerais 2010-2020, qual seja: “projeto de democracia eletrônica encontra seus limites na maneira que servidores públicos e atores políticos se apropriam destas tecnologias”.

Inferem-se, finalmente, como temas interessantes para futuras pesquisas e aprofundamentos: a) analisar os mecanismos de acesso às informações públicas e de participação popular sob o ponto de vista dos cidadãos patenses; b) pesquisar a complexa questão da quantidade e qualidade das ações e serviços desenvolvidos no exercício das funções típicas dos vereadores de Patos de Minas, em especial, as de legislar, fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo Municipal; c) a instituição do projeto “Parlamento Jovem” pela Resolução n.º 266, de 11 de julho de 2011 e a necessidade de sua efetiva implantação no âmbito da Câmara Municipal de Patos de Minas; d) a necessidade de criação de ouvidoria nos legislativos municipais etc.

Referências

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre Controle Social do Poder e Participação Popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

BEUREN, Ilse Maria; COLAUTO, Ronualdo Douglas. Coleta, Análise e Interpretação dos Dados, in: BEUREN, Ilse Maria (org.). *Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 117-144.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em: 8 de maio de 2012.

BRASIL. *Lei Federal nº 12.527*, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Acesso à informação pública: uma introdução à Lei n.º 12.527*, de 18 de novembro de 2011.

Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/cartilhaacessoainformacao.pdf>>. Acesso em: 29 abr. de 2012.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. *Institucionalização da participação popular nos municípios brasileiros*. Instituto Brasileiro de Administração Pública, Caderno n. 1, p. 13-51, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. *Participação Popular na Administração Pública*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 128-139, 1998.

DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. *O parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?* – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. 334 p. (Série temas de interesse do Legislativo; n. 18. Disponível em:

http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/7867/parlamento_aberto_faria.pdf?sequence=. Acesso em: 8 de maio de 2012.

INFORMATIVO DO PODER LEGISLATIVO DE PATOS DE MINAS. Patos de Minas: Dez. 2011. Número Especial.

INFORMATIVO INTERLEGIS BRASIL. Brasília, ano II, nº 11, maio 2012.

LYRA, Rubens Pinto (org.). *A ouvidoria na esfera pública brasileira*. João Pessoa: Universitária, UFPB, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13 ed. atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. M663 *Direcionamento estratégico: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2010-2020* / Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2010. 40 p.

MODESTO, Paulo. *Participação popular na administração pública: Mecanismos de operacionalização*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2586>>. Acesso em: 28 de abr. de 2012.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PATOS DE MINAS: Câmara Municipal. *Regimento Interno da Câmara Municipal de Patos de Minas*. Resolução n.º 001, de 1990, alterada pela Resolução n.º 163, de 2001 e pela Resolução n.º 30, de 2005, 2. ed. Patos de Minas, 2009. 55 p. Disponível em: <http://www.camarapatos.mg.gov.br/downloads/regimento_interno.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2012.

PEREIRA, Marcus Abílio Gomes. Modelos democráticos deliberativos e participativos: similitudes, diferenças e desafios, in: DAGNINO, Evelina; TATAGIBA, Luciana. (org.). *Democracia, sociedade civil e participação*. Chapecó: Argos, 2007, p. 421-452.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. O tamanho do município e o desempenho no exercício da função fiscalizadora. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Escola do Legislativo v. 13, n. 21, p. 111-135 jan./jun. 2012.

_____. A educação legislativa é uma resposta à crise do parlamento? *E-legis*, Brasília, n. 6, p. 96-106, 1.º semestre de 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6224/ribeiro_educa%C3%A7%C3%A3o_legislativa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 abr. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VADE MECUM RT. 4 ed. rev. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZANELLA, Liane Carly Hermes. *Metodologia de estudo e de pesquisa em administração*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009.

Os direitos e garantias fundamentais atinentes à intolerância religiosa e sua relação com o terrorismo

The rights and fundamental guarantees concerning religious intolerance and its relation with terrorism

Antonio Baptista Gonçalves

Advogado. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and ICL's Responses pelo Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Penal – Teoria dos delitos pela Universidade de Salamanca.

Pós-graduado em Direito Penal Econômico da Fundação Getúlio Vargas pela FGV.

Pós-graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. www.antoniongoncalves.com

Resumo: A intolerância religiosa está disseminada no cotidiano das pessoas. A laicidade existe por parte do Estado. No entanto, quem adota uma crença e um culto nem sempre respeita a religião do próximo e as tensões não tardam a ocorrer. O extremismo religioso advindo de um fundamentalismo propicia uma manipulação da crença dos seguidores o que desenvolveu uma arma perigosa: o medo. E o responsável pela fragata religiosa fundamentalista extremada: o terrorismo. Um estudo para compreender mais sobre a relação entre a religião e laicidade, a tolerância e o terrorismo é o objetivo a ser alcançado.

Palavras-chave: intolerância; religião; terrorismo; fanatismo.

Abstract: Religious intolerance is widespread in people's daily life. Laic procedure exists in part of the State. However, those who adopt a belief and a cult do not always respect the religion of others and tensions are soon to occur. Religious extremism arising from fundamentalist provides a manipulation of the beliefs of followers thus developing a dangerous weapon: fear. And the responsible for the extreme frigate religious fundamentalist: terrorism. A study to better understand the relationship between religion and laic procedure, tolerance and terrorism is the purpose to be achieved.

Keywords: intolerance, religion, human rights, terrorism, fanaticism.

1. Introdução

A (in) tolerância está nos debates e na agenda do dia dos atores internacionais. Casos de crises entre Oriente e Ocidente com diferenças religiosas são constantes. E a (in) tolerância é mais presente no cotidiano do que se imaginava.

Nesse contexto, é necessário compreender qual a relação histórica do Estado com a religião para compreendermos questões como laicismo e laicidade e o funda-

mentalismo religioso. Sobre Estado laico destacamos a realidade brasileira e os problemas.

Casos não faltam: Os adventistas e os judeus que não podem fazer o ENEM até o pôr-do-sol no sábado, os conflitos policiais em decorrências de oferendas religiosas pelos umbandistas e adeptos das religiões africanas, a família que não autoriza a transfusão de sangue do filho que tem a saúde severamente comprometida em decorrência da religião, etc.

Com o conhecimento dessa relação Estado-Igreja apresentaremos a questão da liberdade religiosa, sem desviar da questão do que vem a ser religião e qual a sua importância no cenário mundial. Posteriormente, faremos um estudo acerca da liberdade religiosa no Brasil, o trato constitucional e como funcionam os limites legais.

Essas e outras questões suscitam o debate sobre o tema da tolerância religiosa e suas implicações. Afinal, o Brasil, notadamente católico, tem por opção não oprimir nenhum culto religioso e, muito menos, impor a religião católica, ao menos não de forma explícita. Contudo, os Tribunais do País são permeados por questões atinentes à religião, logo, a discussão sobre sermos ou não um Estado laico se faz uma vez mais necessária para compreendermos melhor a relação do Estado com a igreja e com as demais religiões.

Com o avançar do estudo do tema iremos apresentar a questão da tolerância e a relação da religião com o Estado para outros países que não o Brasil. Ademais, também, traremos importantes conceitos acerca da intolerância, do fundamentalismo religioso, para, finalmente relacionar o radicalismo com o fanatismo religioso e, assim, apresentar o terrorismo.

Do ponto inicial, Estado Laico, até o final, terrorismo, teremos as nuances do conflito religioso, a não liberdade, os problemas que os Estados Laicos enfrentam em decorrência da religião, o necessário conflito pelo poder político, etc. De início, trataremos das questões nacionais para evidenciar o Estado laico e suas implicações.

2. Conceito de Estado laico

O Brasil é um Estado laico¹, ou seja, não existe uma restrição a nenhuma religião, culto, credo ou crença, aliás, ao contrário, pois a Constituição Federal é clara ao determinar a liberdade de crença.

Importante notar que laicidade não se confunde com tolerância religiosa², pois

¹ Aquele que não pertence ao clero nem a uma ordem religiosa. Definição in: *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 1714.

² Jean Delumeau: "Doravante, tolerância e laicidade são ligadas. No início do século, a palavra "laicidade" também se revestiu de um significado polêmico. Surgida no fim do século XIX, ela exprimiu, primeiro, a vontade de combater a religião, excluindo a Igreja católica de o exercício de todo poder político ou administrativo e, em particular, da organização do ensino. O resultado desse confronto foi a separação das Igrejas e do Estado em 1905. Hoje o laicismo está morto ou moribundo, mas a laicidade conserva todo o seu valor, e a maioria dos cidadãos, crentes ou não, dos Estados democráticos adotaram sua filosofia. Laicidade significa, certamente, que a religião não deve procurar controlar o Estado e que a escolha de uma religião ou de uma não religião é livre; mas também que o Estado deve admitir que as religiões continuem suas atividades e não deve maltratá-las. Ela é o contrário da irreligião de Estado da ex-União Soviética e da China comunista. Portanto, a laicidade permite a liberdade de crença e o

um Estado verdadeiramente laico não possui uma religião preponderante, afinal não há submissão a nenhuma religião específica, quase que a adoção de uma posição de neutralidade. No entanto, o preâmbulo da Constituição Federal já sinaliza a orientação religiosa do Legislador Constituinte:

Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a *proteção de Deus*, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil [grifo nosso].

Ora, no próprio preâmbulo constitucional já existe uma ilação clara e explícita acerca de Deus no texto, como se fosse um dogma a ser seguido pelos mortais e seres humanos habitantes no cenário nacional, numa submissão clara à Igreja e a seus mandamentos.

Celso Bastos critica a expressão sob a proteção de Deus por entender se tratar de uma soberba do próprio legislador constituinte, como se estes estivessem acima da própria divindade que “concordaria” com seus atos (BASTOS & MARTINS, 1988, v. 1, p. 410).

O fato é que um Estado laico na acepção do termo não pode invocar a proteção divina em seus atos, pois, ao fazê-lo, já sinaliza uma inclinação religiosa, independentemente do credo a que se filia, mas denota a influência religiosa nitidamente. Isso se contrapõe à definição clássica de Estado laico, na qual o Poder Público não se vincula a qualquer confissão religiosa, com uma nítida separação entre Estado e Igreja (SILVA, 2008, p. 461).

Essa separação entre Estado e religião não está presente em nenhuma das Constituições brasileiras, senão vejamos.

3. A influência da religião na Constituição Brasileira

A Constituição do Império, de 1824, já mostrou claramente a influência religiosa quando D. Pedro I invocou a graça de Deus e a unânime aclamação dos povos. Além, é claro, da citação expressa, logo após o preâmbulo, da manifestação de que em nome da santíssima trindade a Constituição é decretada.

A Constituição de 1891 não fez uma menção clara acerca da religião, por conta do período ter se notabilizado por uma ruptura clara entre Estado e Igreja. A Constituição de 1934 faz menção expressa no preâmbulo com a expressão: “Pondo a nossa confiança em Deus”. A Constituição ditatória de 1937 suprimiu uma citação explícita. Já a Constituição de 1946 seguiu o mesmo da Constituição de 1934 ao apresentar a expressão “Sob a proteção de Deus”. E, por fim, as Constituições de 1967 e 1969 invoca-

“viver junto”. Ela faz com que o outro seja aceito em sua diferença” (DELUMEAU & MELCHIOR-BONNET, 2000, p. 378).

ram pela proteção de Deus em seus textos.

4. As Constituições e a herança histórica da religião

O Brasil tem uma grande participação ou referência à religião em seus textos constitucionais e existe uma razão histórica que não pode ser jamais desprezada para tal resultado; afinal, o Brasil foi colonizado por jesuítas que tinham como missão fundamental disseminar a palavra de Deus para os demais povos colonizados³.

E também deve se acrescentar o fato de que houve uma contribuição direta do envolvimento das cruzadas⁴ no território nacional. Uma vez que se tratava de agentes religiosos que também lutavam em nome do criador, toda essa carga religiosa não pode ser desprezada na cultura do brasileiro e de seus antepassados.

Interessante o relato acerca da primeira cruzada, que já relatava os indícios dos saques e a grande religiosidade envolta nas missões: “Tendo entrado na cidade, nossos peregrinos perseguiram e massacraram os sarracenos até o templo de Salomão, onde estes estavam reunidos e onde travaram com os nossos o mais furioso combate durante todo o dia, a ponto de ficar banhado de seu sangue o templo inteiro. [...] Os cruzados correram logo por toda a cidade, apoderando-se rapidamente do ouro, da prata, dos cavalos, dos mulos e saqueando as casas. Depois, muitos contentes e chorando de alegria, os nossos foram adorar o Sepulcro de nosso Salvador Jesus e se desoneraram da dívida para com ele. Na manhã seguinte, os nossos escalaram o teto do templo, atacaram os sarracenos, homens e mulheres e, puxando a espada, decapitaram-nos. Alguns se lançaram do alto do templo. Vendo isso, Tancredo encheu-se de indignação. Então, os sacerdotes decidiram em conselho que todos dariam esmolas e fariam orações, para que Deus elegesse aquele que ele gostaria que reinasse sobre os outros e governasse a cidade” (DELU-MEAU & MELCHIOR-BONNET, 2000, p. 171).

E, também, como se esquecer das inúmeras tentativas de catequizar os índios que as companhias holandesas tanto promoveram no Brasil-colônia?

Todo esse ranço religioso se misturou e perpetrou na formação dos colonos que vieram morar no Brasil, seus descendentes e, principalmente, nos convertidos, os denominados novos cristãos.

O que devemos analisar é se a existência da inferência concreta acerca de Deus

³ Entre os séculos 15 e 16, com a ocupação de colônias na Ásia e nas Américas, Portugal e Espanha empenharam-se em retomar as perseguições que marcaram a Idade Média. O objetivo era garantir que as novas terras se tornassem obedientes à fé europeia e controlar com rédea curta a crescente população de cristãos-novos (descendentes de judeus convertidos), in: *Revista Aventuras na História para Viajar no Tempo* n. 88. *Inquisição no Brasil*, p. 28.

⁴ As cruzadas foram movimentos religiosos, políticos e militares, liderados pela Igreja Católica, apoiados e patrocinados pela nobreza europeia, com a finalidade de dominar a cidade de Jerusalém, considerada “santa” por judeus, cristãos e muçulmanos e lugar de peregrinações para estes povos. Quando Jerusalém foi tomada pelos turcos otomanos, no ano de 1071, por estes serem muçulmanos e intolerantes, proibiram aos cristãos as peregrinações aos lugares sagrados. Por essa razão e pela crise do feudalismo europeu, em 1095, o papa Urbano II conclamou a população a defender o cristianismo contra os infiéis “árabes muçulmanos”, afirmando ser esta a vontade de Deus, in: WOLOSZYN, 2009, pp. 47 e 48.

pode ou não macular o conceito de Estado laico numa inferência ao domínio da Igreja em relação ao Estado. José Cretella Jr. afirma que não existe problema ou envolvimento religioso nessa questão: “É da tradição do povo brasileiro a religiosidade, mas para o não-religioso e, dizemos mais ainda, para o ateu e o materialista, nenhuma contradição haveria se tivessem votado pela inserção do vocábulo “Deus” no texto. Lembramos, para os que *não sabem* e para os que *conhecem o fato* (“*indocti discant, ament meminisse periti*”), que Bertrand Russel, declarando-se ateu, sustentou polêmica com pensador cristão, aceitando ambos, no início da discussão, a definição de Deus como “algo que criou o mundo e não se confunde com o mundo” (CRETELLA JÚNIOR, 1992, v. 1, pp. 110 e 111).

Para compreendermos melhor a discussão devemos separar a análise em dois momentos: o primeiro é verificar se o uso da invocação a Deus nos textos constitucionais se deve exclusivamente à religiosidade do brasileiro, como defende Cretella Jr. Ou em uma segunda análise se, de fato, existe uma influência da igreja sobre o Estado brasileiro e, assim, não se trata de um Estado laico, mas sim, de um Estado Democrático de Direito regido com a participação da Igreja Católica.

A conclusão somente poderá ser possível com o estudo do que vem a ser um Estado democrático de direito e com uma posterior análise, mais detida e apurada acerca da relação entre Estado e Igreja.

5. Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988 é clara em seu artigo 1.º ao determinar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. E coaduna tal pensamento através do parágrafo único do mesmo artigo ao ratificar que o poder emana do povo e que esse o exerce através do voto elegendo seus representantes eleitos.

Carlos Ari Sundfeld identifica os elementos que determinam um Estado Democrático de Direito:

- a) criado e regulado por uma Constituição;
- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;
- c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros;
- d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes;
- e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado;
- f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social (SUNDFELD, 2009, pp. 56 e 57).

O que não se pode confundir é a diferença básica e fundamental entre Estado e o povo. Afinal Estado se trata de um ente personificado responsável por emanar a vontade do povo por meio de seus representantes eleitos. Esses representantes irão ser responsáveis por prover a educação, a segurança, o bem-estar social como fielmente determina a Constituição Federal. Nesse sentido se manifesta Fino Beja:

Em teoria, como de facto, o Estado é tudo, pode tudo; a lei é o que êle quere; a sua autoridade soberana é irresponsável; a justiça, o direito, a paz, a liberdade e a consciência não podem prevalecer contra a sua vontade; o seu poderio tem limites apenas a *sua* justiça, o *seu* direito, a *sua* humanidade, o *seu* interesse (BEJA, 1941, pp. 23-24).

A missão do Estado Democrático de Direito é promover o bem estar social a todos os membros da sociedade para uma convivência pacífica e harmônica. E, no maior País católico do mundo, é possível se afirmar que existe uma participação, ou melhor, uma relação do Estado com a Igreja? À primeira vista, a resposta é positiva; no entanto, ao aprofundarmos a questão da influência da igreja no Estado, encontraremos outro cenário, senão vejamos.

6. Estado e Igreja

A história nos mostra que a relação entre Estado e Igreja sempre foi próxima, em especial, com o advento do cristianismo. Contudo, a influência da religião é muito maior do que a existência da própria igreja, visto que no Egito antigo bem como na Grécia não se fazia uma nítida distinção entre o domínio religioso e o Estado em si.

Como já dissemos, o cristianismo teve papel decisivo para inserir a igreja como protagonista nas relações de governança, como relata J. Vasconcelos:

À medida em que o Cristianismo avançava por toda parte do Império Romano, a Igreja Católica foi se organizando como uma poderosa força institucional, salientando-se uma poderosa classe sacerdotal. Com o vazio deixado pela queda do império, a Igreja enveredou por uma política de expansão e destruição das crenças nativas das regiões europeias, para tanto usando da persuasão e da força (*Revista Conhecimento Prático Filosofia* n. 26. *Filosofia e guerra*, p. 18).

O Império Romano chegara a seu ápice e como em todas as situações que se encontra o topo da subida, o caminho natural é a queda. Após conquistar praticamente tudo o que era possível, o Império Romano viu sua estrutura ruir, por isso, com várias culturas mescladas e subjugadas, a perda da referência seria inevitável.

A Igreja surgiu como um caminho de salvação pelos romanos, mas não só isso, a manutenção do próprio Império era a palavra de ordem, portanto, a aderência foi imediata e as comportas se abriram para o cristianismo. Como acrescenta Jean Delumeau:

Quando os imperadores romanos se tornaram cristãos, continuaram, como seus antecessores pagãos, a intervir na vida religiosa de seus súditos. Foram eles que convocaram os primeiros concílios. Assim como os imperadores romanos haviam perseguido os cristãos porque se recusavam a prestar culto ao soberano divinizado, os sucessores de Constantino logo acabaram por não mais aceitar, em seu império, outras religiões além do cristianismo. No passado a regra era essa (DELUMEAU & MELCHIOR-BONNET, 2000, p. 101).

E a clara influência da igreja se fez notar em vários governos ao longo do tempo

e com notado destaque para a Igreja Católica que, por intermédio da figura do Papa, sempre participou ativamente da coroação de Reis com o transcurso do tempo.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, após o declínio do Império Romano, a herança espiritual e política do poder político romano passou para a Religião cristã (FERRAZ JÚNIOR, 2003, pp. 63-65).

Essa influência teve uma redução com o transcorrer das décadas e, por que não dizer, de alguns séculos. E a perda de poder se mostrou clara quando da coroação de Napoleão Bonaparte, pois, através de pinturas existe a retratação do Papa coroando Napoleão. Isso é uma inferência clara ao domínio da Igreja sobre o Estado; contudo, em outra tela temos Napoleão retirando a coroa das mãos do soberano religioso e se auto-coroadando, numa separação entre Estado e Igreja.

Sobre esse episódio iremos nos aprofundar um pouco mais, afinal na França de Napoleão tínhamos os maiores avanços em termos de liberdade, igualdade e fraternidade. Então, como a Igreja reagira às atitudes de Napoleão? O relato nos é trazido por E. Beau de Loménie, primeiro sobre a tentativa de reconciliação entre Bonaparte e a Igreja e depois a cisão definitiva:

Bonaparte compreendeu que lhe era necessário achar um acôrdo com a Igreja, isto é, com o papado. Logo que subiu ao poder procurou entrar em negociações com Roma. Mas chocou-se imediatamente com muitas resistências. Os homens bem colocados, comprometidos por seu passado anticlerical, e com êles os eclesiásticos que tinham aderido à constituição civil do clero, temiam as represálias. As negociações foram longas e difíceis (LOMÉNIE, 1958, pp. 116 e 117).

O acordo firmado ficou conhecido como a concordata de Bonaparte e teve uma curta duração como nos relata, em um segundo momento, Loménie:

E outras complicações tinham surgido. Bonaparte não se contentara de negociar com a Igreja. No mesmo espírito de conciliação, êle procurara aliar a si, dando-lhes lugares em seus quadros administrativos, alguns dos membros da antiga nobreza que tinham voltado da emigração logo que a ordem interior fôra restabelecida. [...] O assunto cujas conseqüências iam ser as mais catastróficas foi o Bloqueio Continental, destinado em princípio a impelir a Inglaterra à ruína, fechando ao seu comércio todos os portos da Europa.

Na Itália, o Papa recusou fechar seus portos aos ingleses. Napoleão ocupou então os Estados Pontificais. Daí surgiram irritações que; ajuntando-se às dificuldades já suscitadas pela aplicação da Concordata, levaram Napoleão a deportar o Papa Pio VII para Savana" (LOMÉNIE, 1958, p. 118).

Era a ruptura entre a Igreja e o Estado⁵...

Aliás, importante registrar o que significa o vocábulo *igreja*, este tem sua origem no termo grego *ekklesia*, e pode ser entendido como *ek*: para fora e *klesia*: chamados e, como Josias Jacintho de Souza descreveu em sua tese de Doutorado, significa o chamado de um mundo descrente para um mundo crente em Deus (SOUZA, 2009, p. 71).

⁵ Uma nova ruptura para dizer a verdade, pois a ruptura Igreja e Estado ocorrera em 1905, como relatado na nota n.º 2.

Nessa definição, temos a Igreja como a portadora da palavra de Deus e no qual a Igreja Católica determinou a figura representativa do Papa como “vigário de Deus”, expressão utilizada em torno de 1200 para designar o sucessor de Pedro, tido como o representante de Deus na terra (DELUMEAU & MELCHIOR-BONNET, 2000, p. 103).

Assim sendo, por essa compreensão não é difícil perceber que a Igreja Católica elegeu a figura do Papa não apenas como o representante dos ideários do catolicismo, mas também como o fiel representante de Deus na terra. Eis o domínio que o catolicismo tenta impor sobre as demais religiões.

6.1. Estado e Igreja x Estado e Religião

Quando se trata da influência da Igreja sobre o Estado temos apenas uma parte do trato religioso, afinal, não se podem reduzir todas as religiões à Igreja, porque seria uma inferência clara ao domínio do catolicismo sobre os demais, o que em nada se coaduna com a realidade. Em verdade, se trataria de um sutil gesto cristão e, por que não dizer preconceituoso em se reduzir todas as religiões ao catolicismo. E este não é o escopo dessa obra, logo, devemos analisar a relação entre o Estado e a Religião.

O fato concreto é que a Religião sempre teve um papel decisivo no Estado como relata Josias Jacintho de Souza:

Assim como a Religião fundia-se e confundia-se com o poder político na antiguidade, as seitas faziam a mesma coisa. Assim como a concepção moderna de Estado tem o seu embrião na antiguidade, a ideologia da união de propósitos religiosos com propósitos políticos também perpassa pelas religiões e seitas antigas. Se há controvérsias sobre a concepção real do poder político no período das sociedades rudimentares, a mesma discussão não existe sobre a relação-união entre as religiões-seitas e a política antiga. Portanto, é razoável afirmar que naquele período a Religião e as suas facções eram o “poder-político”, eram o “Estado”, e o “poder-político” e o “Estado” eram a Religião (SOUZA, 2009, p. 73).

De fato, na antiguidade o poder advindo da Religião era tanto que a mesma se confundia com o próprio Estado; contudo, com o avançar da sociedade essa mistura e confusão foi se diluindo e reduzindo com uma nítida perda de espaço da Religião em detrimento do Estado. Isso que não quer dizer que a religião tenha deixado de influenciar os poderes decisórios do Estado e que o tema Religião x Estado esteja completamente superado. Aliás, no próximo item veremos que a Igreja ainda possui uma influência decisória e, assim, com cunho político em alguns países no planeta, em especial os que adotam uma religião de forma oficial.

6.2. Quando a Religião ainda se mistura com o Estado

Embora a separação entre Estado e Religião seja mais flagrante nos dias atuais, ainda existem países em que essa separação não é tão nítida, mesmo em tempos de globalização e de um capitalismo tão exacerbado como temos em pleno século XXI. O exemplo mais evidente é encontrado no Irã, cujo modelo perdurou até a morte de Aiatolá Khomeini, em 1989. Nesse país, temos um governo tido como ditatorial representado por seu Presidente Mahmoud Ahmadinejad, no poder desde 2005, mas nem sempre foi assim, pois o poder de decisões circulou por muitos anos de acordo com a von-

tade e entendimento de Ruhollah Khomeini, o representante religioso naquele País.

Segundo relatos históricos (*Revista Historia y Vida* n. 501, p. 44), o Aiatolá tinha como ideia fundamental que a religião deveria estar acima da política e que ambas deveriam atuar unidas, de forma indissolúvel. E mesmo com a autonomia existente entre a atividade política e a administração pública, era impensável o Irã ter um ato externo ou uma guinada de decisões sem a consulta e aprovação de seu líder religioso.

Desde a grande ruptura da Igreja com o Estado, a influência política ficara em segundo plano, mas em especial nos países de tradição islâmica ainda é possível se notar uma inspiração, ou melhor, uma aglutinação dos interesses políticos com os religiosos, sendo que os segundos atuam decisivamente para a consecução dos primeiros.

A própria Igreja Católica pode não ter mais papel decisivo nas decisões políticas, mas usa de sua força religiosa para impor seus dogmas através da fé e quando da presença de assuntos em que envolvem religião o catolicismo impõe uma realidade que o próprio Estado não consegue ignorar.

Nesse diapasão, decidir questões religiosas sensíveis de forma contrária ao pensamento da Igreja pouco surtiram efeito prático, pois a população, em geral, continua a seguir os mandamentos e a posição católica.

6.3. A separação entre Estado e Religião

O Estado sempre buscou uma autonomia de decisões em relação à Religião, afinal dividir a soberania não é um interesse almejado pelos representantes do povo.

Inúmeras foram as ações de governantes para afastarem a influência da Igreja, ou melhor, da Religião de seus governos. Entretanto, a resistência religiosa também existiu e, por conseguinte, os estratagemas de manter o vínculo ativo.

Sobre o tema nos ensina Lucy Risso Moreira César:

Contra as pretensões dos Estados de se afastarem da influência do sacerdócio e da Igreja, os Papas Gregório XVI e Pio IX começam a combater as conseqüências do novo direito público, surgido das teorias protestantes, da Revolução Francesa, do século das luzes, do naturalismo e laicismo modernos (CÉSAR, 1982, p. 13).

E demonstra qual foi o contra remédio adotado pela Igreja:

Neste sentido, inauguram as encíclicas, novo exercício do magistério que substitui o poder sobre a sociedade temporal. Trata-se de ensinamentos que ultrapassam o testemunho da fé, desenvolvendo as razões e conseqüências da doutrina, através da teologia, para esclarecer os problemas da Igreja e da sociedade (CÉSAR, 1982, p. 13).

Esse relato histórico nos mostra que a Igreja nunca deixou de tentar manter seu poder político, independente da sua força religiosa; afinal, a expansão territorial e o acúmulo de riquezas da igreja se deveu muito em parte ao estratagema de unir fé e política. Entretanto, Marco Aurélio Cassamano em sua tese de Doutorado (CASAMASSO, 2006, p. 94 e segs.) apresenta três acontecimentos fundamentais para a queda da Igreja e a ascensão do Estado: a) o Estado Moderno, b) a Reforma e o Protestantismo e c) a secularização. Ele justifica o porquê desses três eventos:

O Estado Moderno representa a supremacia da força política, concentrada nas mãos do monarca absolutista, em detrimento da Igreja. A Reforma e o Protestantismo ocasionaram a quebra do monopólio religioso mantido até então pelo Catolicismo, provocando uma profunda mudança nos laços que prendiam a política à religião. Já a secularização é o processo pelo qual as pessoas, perdendo confiança num outro mundo ou no sobrenatural, abandonaram suas crenças religiosas, ou pelo qual a religião perdeu a sua influência na sociedade (CASAMASSO, 2006, p. 94 e segs.).

Quando os governantes se conscientizaram dessa influência buscaram a todo o custo uma forma de afastar a Igreja do centro de decisões. Com o transcorrer das décadas, a Igreja voltou a ocupar o seu papel fulcral, portanto, a disseminação da Religião, mas nem por isso perdeu força, como veremos a seguir.

6.4. Existe autonomia entre Estado e Religião?

Apesar de nos dias presentes a figura do Estado estar completamente autônoma em relação à religião, essa relação de modo algum se mostrou silenciosa e tranqüila, porque foram muitos os momentos em que houve embates entre a Igreja e o Estado e, até hoje, esses conflitos ainda se verificam, mesmo em Estados laicos como o caso do Brasil.

Flávia Piovesan alerta:

Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois é parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico (PIOVESAN, 2006, p. 20).

Sempre que ocorre um caso de pedofilia, de eutanásia e de aborto temos algum tipo de manifestação ou envolvimento da Igreja Católica. E não apenas nesses tipos de casos, como também de questões sobre as quais a Igreja se posiciona: como o não uso de camisinha pelos fiéis da Igreja Católica⁶. O Estado não consegue sobrepor sua vontade aos dogmas defendidos pela Igreja. O Estado cria a conduta, mas quando envolve a religiosidade a Igreja necessariamente irá ratificar...

Como afirma Josias Jacintho de Souza a Religião tem uma força poder:

A Religião tem revelado através dos atos das pessoas públicas e privadas que, assim como em outras formas de força-poder, ela também possui poder, inclusive sobressaindo sobre muitos deles que, direta ou indiretamente, estão dependendo e dependentes da Religião; quando não estão do lado de “dentro dela”, estão do lado de “fora”, e em ambas as situações são por ela influenciados (SOUZA, 2009, p. 92).

⁶ Sobre esta questão houve uma mudança significativa de posicionamento por parte do Papa Bento XVI que reconheceu a importância da camisinha em relações com prostitutas a fim de evitar a proliferação da AIDS, como retrata reportagem do Jornal *Folha de São Paulo*, de 21 de novembro de 2010, p. A 18.

6.4.1. A relação entre o Estado e a Igreja no Brasil

Em um passado bem recente, a eleição brasileira teve a Igreja, ou melhor, a religião como pano de fundo para um áspero debate acerca do aborto que gerou uma série de embates entre os candidatos. Há, inclusive, uma manifestação do Papa Bento XVI sobre o tema, em uma clara demonstração de força ou de poder através da Religião.

Mesmo que o Estado tenha sua independência e autonomia, ainda assim, não se pode pensar num Estado livre da influência e das orientações religiosas que determinam, sim, a tomada de decisões em questões religiosas sensíveis.

E toda vez que o Estado se manifesta contrário a algum dogma religioso as reações são fortes, como esse depoimento de Dom Macedo Costa, relatado por Nilo Pereira:

O que se esboçava nisso tudo era uma luta entre a Igreja e o Estado. Uma luta surda, mas profunda. Num verdadeiro desabafo escrevia Dom Macedo Costa essa palavra veemente: - "A Religião não é alfândega, a Religião não é eleição, a Religião não é guarda nacional, a Religião não é repartição civil que o Governo possa dirigir, mandar e arranjar a seu jeito (PEREIRA, 1982, p. 26).

Esse entrave de poder entre Estado e Igreja não é novo e está longe de ter uma solução definitiva. No passado, a disputa era ainda mais acirrada, quando a Igreja ainda amealhava terras e realmente detinha um poder real.

O Brasil mesmo enfrentou problemas com a Igreja Católica na época do Império⁷ e o poder clérigo fora reduzido na época. Tirante a discussão da batalha pelo poder que ainda perdura, o que devemos analisar é a questão da Religião em si, a diversidade de cultos e como funciona a tolerância, a laicidade, em especial no Brasil.

Importante analisar como se produziram as relações entre Estado e religião, e no caso brasileiro, como a Igreja Católica influencia mais a população. Como já demonstramos anteriormente, as Constituições indicam uma orientação religiosa ainda que sem favorecer esta ou aquela religião.

Após analisar o Estado Democrático de Direito e como funciona a relação deste com a Religião, iremos aprofundar a análise para as minorias, isto é, para a diversidade religiosa e como o Brasil reage, por meio da Constituição de 1998, à tolerância religiosa. Após essa análise, estaremos prontos para sairmos da realidade nacional para enfrentarmos os problemas religiosos em um cenário global e, assim, desenvolvermos o tema do fanatismo religioso e o fundamentalismo.

7. O direito de crença no Brasil

A Constituição Federal de 1988 protege o direito de crença no artigo 5º, VI⁸, com a liberdade de cultos e da religião em si, mas esse dispositivo não pode ser analisado

⁷ Como relata Roberto Romano (1979, pp. 92-93), a Igreja, na época do Império, partilhou com os fazendeiros o domínio de grandes quantidades de terras e de bens. Em contrapartida o Estado ameaçava com medidas de expropriação contra a Igreja.

⁸ Art. 5º, VI. É inviolável a liberdade de consciência de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.

como o único sobre o tema. Por isso, devemos apresentar também os demais dispositivos que envolvem a liberdade religiosa no Brasil: CF, art. 5.º, VII⁹ e VIII¹⁰, art. 19, I¹¹, 150, VI, b¹² e 210, §1º¹³.

Esse conjunto de dispositivos constitucionais é o que determina a laicidade do Estado Democrático de Direito brasileiro. E, segundo seus regramentos, todos têm direito a ter uma religião e essa deve ser respeitada independentemente da religião do próximo.

Segundo Luiz Alberto David Araújo, a laicidade do Estado brasileiro está presente por uma série de elementos conceituais: liberdade de fé e de confissão religiosa, direito ao exercício de qualquer religião (liberdade de culto), liberdade de associação religiosa, dever de neutralidade do Estado, ensino religioso facultativo (ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2004, p. 114).

Os dispositivos constitucionais preveem a liberdade religiosa de uma maneira geral, pois disciplinam acerca da liberdade de culto, de crença e de organização religiosa, isto é, as formas possíveis de expressão religiosa estão garantidas constitucionalmente.

José Afonso da Silva diferencia os dispositivos:

Fez bem o constituinte em destacar a liberdade de crença da de consciência. Ambas são inconfundíveis, pois o “descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito”, assim como “a liberdade de crença compreende a liberdade de ter uma crença e a de não ter uma crença (SILVA, 2008, p. 94).

Sobre o tema, é fundamental destacar que uma pessoa não é obrigada a ter uma religião e, muito menos, ficar fiel aos dogmas religiosos para todo o sempre. É possível ser ateu, agnóstico e, também, modificar sua preferência religiosa com o transcurso do tempo, por isso as liberdades de crença e de culto são importantes para a garantia da tolerância e a laicidade.

Acerca da liberdade de culto, invocamos novamente os pensamentos de José Afonso da Silva:

A religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo

⁹ Art. 5.º, VII. É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

¹⁰ Art. 5.º, VIII. Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

¹¹ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

¹² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI – instituir impostos sobre: b – templos de qualquer culto.

¹³ Art. 210. §1.º. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no *culto*, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidade aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida (SILVA, 2008, p. 94).

É exatamente nessa temática que reside o cerne desse artigo: o direito à liberdade de culto expressa as peculiaridades e as particularidades de cada religião e cabe ao ser humano respeitar as diferenças de credo, de crença¹⁴ e de culto.

No entanto, na prática, não é o que acontece, pois os cultos são desrespeitados, pessoas são hostilizadas, ridicularizadas, humilhadas, etc. Em países laicos, como o Brasil, a diferença é ainda mais acentuada, o que gera uma rivalidade, quase que uma competição, não das religiões, mas sim de seus componentes em tentar convencer o próximo de que a sua religião, a sua fé é a mais importante; em detrimento da crença e da religião de outro.

Se uma pessoa gosta dos rituais ocultos, se é simpatizante com os rituais de magia ou com as oferendas das religiões africanas não existe motivo de não cultuar essa adoração. O que não se pode permitir é que um cristão desdenhe dessa fé, ridicularize seus rituais, simplesmente por ter outra orientação religiosa.

O ser humano cataloga a religião entre maioria ou minoria e a tendência é sempre considerar que aquele que não faz parte de sua crença é a minoria, logo, como não existe uma religião melhor do que outra, teremos de analisar o direito das minorias para assim estabelecer como funciona o tênue limite entre a tolerância e a intolerância religiosa.

7.1. O uso de símbolos religiosos em entidades do Estado

Antes de passarmos à defesa e respeito às minorias religiosas é importante destacar o uso de símbolos religiosos em entidades do Estado. É comum vermos numa repartição pública brasileira uma cruz. A questão é: não seria isso o sinal da adoção de uma religião do Brasil?

Thales de Azevedo comenta a questão dos símbolos religiosos em repartições públicas:

Os crucifixos não são apostos apenas às paredes das salas de funcionamento dos tribunais, dos comandos militares, das escolas públicas, das prisões. Aí figuram como fontes de inspiração para as decisões, a orientação, o sentido a imprimir aos atos públicos. O que inspira essa entronização dissocia-se, no cotidiano, de qualquer culto ou de ações coerentes com aqueles objetivos (AZEVEDO, 1981, p. 120).

Na verdade, o nosso entendimento é que não se trata de uma inclinação religiosa a qualquer religião por parte do Estado, mas sim de uma demonstração de fé por parte dos indivíduos que coabitam naquele ambiente comum, independente da vanta-

¹⁴ Um relato histórico acerca da crença: “Nos primórdios da humanidade, antes mesmo da aquisição da fala, o homem distinguiu-se dos animais ao passar a enterrar seus mortos. Essa prática remete à idéia de que há algo além do corpo que se decompõe e se funde a terra – uma alma, uma conexão com o divino”, in: *Revista Grandes Temas: Mente e Cérebro*, n. 1: *Fé: O lugar da divindade no cérebro*, p. 3.

de estatal. Portanto, não há que se falar em macula a laicidade estatal ou num catolicismo mascarado por parte do Brasil.

Além disso, o fato de um Estado ser laico, não significa ser omissivo nas questões religiosas, o que não se confunde com a adoção de uma inclinação religiosa para essa e para outra religião. Veremos que, na prática, a mediação é mais complexa do que parece e que cabe ao Estado dirimir conflitos e proteger os cidadãos.

8. Defesa e respeito às minorias religiosas

É usual do ser humano quando indagado sobre o que vem a ser religião usar como exemplo uma igreja, uma mesquita, um templo, etc., não se consegue definir por palavras o que é religião em si, pois, como já dissemos no capítulo anterior uma coisa é a religião em si, a crença, a fé, e outra bem diferente é o culto. Portanto, quando se exemplifica através de locais sacros, na verdade, se ilustra o local do culto, não a fé em si. Então, para desenvolvermos a defesa e o respeito à religião e suas facetas, é necessário compreender o que vem a ser religião.

O correto é definir religião como culto da fé? Robert Crawford sinaliza um caminho:

Talvez seja útil considerar donde provém o termo “religião”. *Religio* é uma palavra latina, que significava originalmente uma espécie de temor supersticioso. Evoluiu para escrúpulos ou consciência moral, implicando sentimento religioso e culto aos deuses. O caráter aterrador da divindade foi captado por Otto, que apontou para a experiência desse fenômeno em todas as religiões. Suas ideias exerceram grande influência, mas sofreram oposição da parte dos que consideram a religião uma ilusão ou uma criação humana. Seja qual for à origem da religião, ela logo desenvolveu um culto com coisas sagradas e pessoas sagradas, formando um sistema religioso. Assim, as definições que surgem procuram abarcar estes elementos ou concentrar sua atenção num deles (CRAWFORD, 2005, p. 19).

Sendo assim, não é possível dissociar a figura representativa da religião. Por exemplo, como pensar no islamismo sem a figura de Alah ou Muhammad? Da mesma forma temos o hinduísmo com seus mais de três mil deuses, o Catolicismo com a figura de Deus e Jesus Cristo, do Budismo com Buddah e Sidarta Gautama, etc.

No mesmo viés, a religião conecta seu seguidor com seus cultos e assim desenvolve sua crença incorporando-a a seu dia a dia, como se já estivesse arraigado em seu estilo de vida. Cada um se identifica mais com uma filosofia, com uma palavra diferente e, portanto, não existe uma religião melhor ou pior do que outra, mas sim visões diferentes com crenças diferentes.

Temos de levar em conta também a influência cultural e histórica dos países para compreender um pouco melhor a questão da religião e, nesse contexto, temos também as colonizações. A Índia representa bem essa diversificação religiosa; afinal, por decorrência direta da colonização, o sul daquele País é predominantemente cristão, ao passo que o norte tem em sua maioria os adeptos da religião hindu.

O próprio Brasil pode ser considerado o maior País católico existente em decorrência direta da colonização dos portugueses e, em especial, das cruzadas com as missões de cristianizar a maior quantidade possível de colonos.

Temos ainda os Estados Unidos com uma forte influência da Igreja Batista e dos ideários fiéis ao protestantismo que caracterizam e predominam na Inglaterra, país que colonizou os americanos.

E não se pode confundir a influência religiosa com a adoção de uma religião de forma oficial. Países como Brasil, os Estados Unidos, França, Portugal e Espanha são exemplos de alguns países considerados laicos, isto é, que possuem uma neutralidade religiosa.

Robert Crawford define religião de uma forma que concordamos inteiramente como sendo um estilo de vida, resultado de crença em um Deus, uma salvação ou uma iluminação que pode, inclusive conter seres espirituais, nos quais temos os rituais, as comunidades e as adorações (CRAWFORD, 2005, p. 220).

Quando de nossa pesquisa para a produção deste artigo, qual não foi a nossa surpresa que a percentagem das pessoas consideradas não religiosas é de 12,44% (Dados de acordo com a *Revista Curiosidades, Política, Cultura e Geografia de Povos e Nações*, 2009, p. 12). Por isso resolvemos, apesar de não ser escopo desse trabalho, apresentar não todas as religiões existentes, mas sim apresentar, segundo as estatísticas¹⁵, as que possuem a maior quantidade de seguidores, sem nenhum tipo de demérito às demais: cristianismo, islamismo, hinduísmo, budismo e judaísmo.

Cada uma dessas religiões possui peculiaridades, ritos, crenças, mantras, cultos próprios que se, filosoficamente, podem ter algum tipo de afinidade, a mesma não se observa do ponto de vista da crença.

E como afirmar que uma é melhor do que outra? Impossível, assim como não se pode reduzir a importância de uma em detrimento de outra. Da mesma forma, o respeito deve continuar a existir quando uma pessoa decide mudar sua visão religiosa, isto é, se simpatizou mais com outra crença, ou era um cético e aderiu a alguma religião.

O fundamental é a pessoa conseguir se reconectar, ou nos dizeres dos religiosos, *religare*¹⁶, ou seja, o religamento com o divino. Nesse sentido, concordamos com Eduardo Rosa:

Dizer que há uma diferença entre religião, espiritualidade e espiritualidade cristã já virou lugar comum. Mas é sempre conveniente estabelecer os limites entre elas. A religião resulta sempre de um caldo de crenças, convicções, definições e marcos concretos capazes de definir com certa precisão quem são os de dentro e os de fora. Religião e cultura estão intrincadas de tal maneira que, em muitos casos, não se sabe onde começa uma e termina outra. Conquanto sua etimologia – a origem é o termo latino *religare* – proponha a conexão, o religamento com o divino, a religião nem sempre pode ser considerada um ponto de contato com Deus (*Revista Cristianismo Hoje*, n. 19: *Decepcionados com a Igreja*, p. 58).

¹⁵ Cristãos 32,84%, muçulmanos 19,9%, hindus 13,29%, budistas 5,92% e judeus 0,23%, in: *Revista Curiosidades, Política, Cultura e Geografia de Povos e Nações*, 2009, p. 12.

¹⁶ No decorrer da evolução, diferentes povos e etnias cultuaram variadas entidades. Civilizações inteiras foram construídas com base na devoção e, em nome da crença, foram (e ainda são) talhados costumes, deflagradas guerras, preservados mitos e rituais. Ao longo dos séculos, bilhões de vidas têm orbitado em torno da religião, no sentido original da palavra, do latim *ligar novamente*, *religar* – resgatar o vínculo do indivíduo com o “todo”, in: *Revista Grandes Temas Mente e Cérebro*, n. 1. *Fé: O lugar da divindade no cérebro*, p. 3.

O ser humano não é obrigado a acreditar em Deus ou em outra figura divina; pode ser um ateu ou um agnóstico. Contudo, se entender que algo superior existe, tampouco precisará se identificar com essa ou com aquela religião, o que lhe basta é ter consciência de sua escolha e, se decidir mudar novamente, não há razão para discriminação ou intolerância. Não existe verdade absoluta ou posicionamento estanque, se o ser humano mudar sua visão sobre a fé, que a exerça livremente, desde que respeitados os limites da cidadania e da civilidade.

Voltando à questão do Estado: Quando um Estado adota oficialmente uma religião existe um problema acerca da tolerância, como veremos um pouco mais adiante, pois pode ocorrer algum tipo de norma ou regra a ser respeitada por parte dos não adeptos da religião oficial. Já em um Estado laico como o Brasil, como se processa a questão da defesa das minorias? Pode o Estado se intrometer se um adepto da religião hindu discute asperamente com um católico? Até que ponto deve o Estado intervir se um católico quebra as oferendas religiosas de um ritual de candomblé?

Essas e tantas outras perguntas permeiam a questão da tolerância religiosa. A função do Estado é harmonizar as relações sociais e garantir o bem de uso comum, como a própria ordem pública. Portanto, se uma manifestação religiosa depredar patrimônio público, cabe responsabilização sobre os envolvidos.

Se houver desrespeito, agressão ou qualquer tipo de violência, também deve intervir o Estado em proteger o agredido, ainda que apenas no plano moral.

Não se pode confundir liberdade religiosa com libertinagem, se respeitar todas as crenças não é sinônimo de agressão, depredação, ou de violação do direito de terceiro. Sobre liberdade religiosa contribui Milton Ribeiro: “Daqui se segue claramente que nenhum indivíduo, nenhuma coleção de indivíduos, nenhuma autoridade humana, por mais legítima ou respeitável que seja, é competente para se interpor entre o homem e Deus e para obrigar pela força o mesmo homem a ter esta ou aquela Religião” (RIBEIRO, 2002, p. 35).

A civilidade deve permear sempre as relações sociais e cabe ao Estado através do poder de polícia determinar que as relações sejam feitas com a maior lisura. E quando aparecem dúvidas sobre comportamentos e modos de agir cabe ao Estado intervir, como no caso da aplicação da prova do ENEM, quando o exame começa na manhã de sábado e, de acordo com as orientações religiosas; nem judeus e nem os adventistas podem participar até o pôr-do-sol. A solução encontrada foi recepcionar os alunos adeptos dessas duas religiões e colocá-los em locais separados dos demais para que pudessem esperar o pôr-do-sol para começar a prova.

Da mesma forma temos a necessária intervenção estatal quando ocorre algum problema hospitalar envolvendo os religiosos do credo conhecido como Testemunhas de Jeová. Segundo seus dogmas religiosos, não é possível um Testemunha de Jeová receber transfusão de sangue. Logo, se não houver o consentimento, haverá a discussão ética se o médico pode realizar o procedimento, independentemente da vontade do paciente¹⁷, e caberá ao Estado, via judicial, decidir a questão ética envolvida¹⁸.

¹⁷ Caso recente que tramita na justiça nacional, segundo o qual o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) decidiu em 18 de novembro de 2010, que o casal Helio Vitoria da Silva e Ildelir Bonfim de Souza irá a júri popular em decorrência da morte da filha de 13 anos em 1993 por não receber uma transfusão de sangue. O casal é Testemunha de Jeová, seita religiosa que se opõe a esse tipo de procedimento. Um médico, amigo da família, também foi denunciado.

A liberdade religiosa possui uma série de nuances que determinam e concedem direitos que devem ser respeitados pelos demais. Por isso, quando tratarmos de grupos de intolerância como os antissemitas, os grupos terroristas; deveremos analisar como que a resposta do Estado deve ser eficiente não apenas para reprimir as condutas que não se coadunam com os preceitos sociais, como também para garantir os direitos dos demais cidadãos da sociedade.

Em Estados que adotam uma religião de forma oficial é mais comum a existência de conflitos religiosos em decorrência da influência política, como afirma Marco Aurélio Lagreca Casamasso, em sua tese de doutorado:

Ainda que a laicidade tenha contribuído decisivamente para o esvaziamento político de valores religiosos nas sociedades onde foi praticada, parece-nos precipitado e questionável considerá-la, *per se*, instrumento político encarregado de instaurar e propagar o relativismo ético-religioso (CASAMASSO, 2006, p. 165).

Em Estados com zonas de conflito é mais fácil de visualizar a mescla da questão religiosa com a questão política. Temos dois exemplos: o conflito Israel e Palestina e o conflito Irlanda e Irlanda do Norte. Países que envolvem judeus contra árabes, logo, judaísmo x islamismo e católicos contra protestantes. Não se pode dizer que nesses dois conflitos a questão envolve exclusivamente religião, entretanto, esta é usada em larga escala como elemento motivador do conflito entre os países.

O fundamental, como veremos a seguir, é o respeito dos direitos das pessoas como forma de assegurar sua liberdade de crença, de credo e de culto, afinal, não se trata apenas de um direito, mas sim de um complexo conjunto de direitos.

Milton Ribeiro determina: “Se a liberdade religiosa for tomada em sua acepção ampla, ela engloba momentos e situações específicos que a tornam não *um* direito, mas na verdade um *complexo de direitos*, todos relacionados à questão da liberdade em razão da religião” (RIBEIRO, 2002, pp. 33 e 34).

O fundamental é a não-confusão entre Estado laico e Estado sem lei ou proteção de direitos. O fato de existir uma neutralidade no que tange às questões religiosas, em momento algum, autoriza o desrespeito ou o cometimento de infrações por parte dos membros da sociedade brasileira.

O Estado assegura as liberdades individuais e coletivas, o direito de culto e tudo o mais que envolva questões religiosas, o que não se traduz em uma permissibilidade para que tudo seja executado. Que a intolerância seja feita, quase que numa tradução de um Estado acéfalo.

Os direitos e garantias individuais e coletivos estão preservados e garantidos pela Constituição Federal de 1988 como garantia da ordem e da paz social e cabe ao Estado atuar como um mediador, o ente que irá harmonizar as condutas e irá propiciar a solução para casos de intolerância religiosa, ou, ainda, disseminar dúvidas sobre procedimentos éticos e morais envolvendo a tolerância religiosa.

Importante salientar que a atuação do Estado em nada se mistura ao poder decisório próprio de cada religião; afinal, existe uma relação muito clara entre religião e direito que não se confunde e, tampouco, se mistura com a figura do Estado e seu po-

¹⁸ Três dos cinco desembargadores da 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP votaram pela manutenção de sentença de primeira instância dada, em 2006, pela Vara do Júri de São Vicente. Dois magistrados se manifestaram a favor da absolvição do casal.

der de atuação. É a figura do direito religioso¹⁹, criado e desenvolvido por algumas religiões, e que decide, segundo regras próprias, questões internas e atinentes à religião. Nos dizeres de Maria Luisa Jordan Villacampa:

A relação existente entre religião e direito se personifica em um duplo marco, por um lado são muitos os grupos religiosos que desenvolvem normas internas de caráter jurídico e, inclusive alguns geram um verdadeiro sistema de direito, de direito religioso. Definitivamente, criam *ab intra* suas próprias normas, seus próprios sistemas jurídicos, com direito substantivo, processual e Tribunais próprios, como o Direito islâmico, o Direito talmúdico e o Direito canônico (VILLACAMPA, 2004, pp. 45-46. Tradução minha).²⁰

Passaremos, agora, a estudar como que a tolerância religiosa se transforma em intolerância e adentraremos mais profundamente nas questões de conflitos e terrorismo. E, para tanto, agora, o cenário de estudo e análise extrapolará as fronteiras brasileiras e adquirirá um aspecto mais global, para a melhor compreensão do tema.

9. A (in)tolerância religiosa

A questão da tolerância religiosa passa por dois aspectos: o pessoal e o social. O primeiro se refere a sua crença no plano individual, a forma como se dedica a sua religião, se existe algum altar em sua casa, uma imagem, um espaço próprio para orações, um livro de leitura religiosa, etc. Já o segundo se refere ao trato coletivo da questão, como se portam os grupos de pessoas em relação à tolerância religiosa. Analisemos os aspectos separadamente.

9.1. O plano individual

No plano individual não existem melhores exemplos do que a Declaração dos Direitos do Homem²¹ e do Cidadão de 26 de agosto de 1789²², e a Declaração Universal dos Direitos do Homem²³, de 10 de dezembro de 1948²⁴, que garantem a liberdade de

¹⁹ Não adentraremos no estudo do Direito religioso por não ser o escopo dessa obra, no entanto, faremos uma breve referência acerca do tema.

²⁰ La relación existente entre religión y derecho se incardina en un doble marco, por una parte son muchos los grupos religiosos que desarrollan normas internas de carácter jurídico e, incluso algunos generan un verdadero sistema de derecho, de derecho religioso. En definitiva, crean “*ab intra*” sus propias normas, sus propios sistemas jurídicos, con derecho sustantivo, procesal y Tribunales propios, como el Derecho musulmán, el Derecho talmúdico o el Derecho canónico.

²¹ “Art. 10. Ninguém pode ser criticado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”

²² Do original: “Article 10. Nul ne doit être inquiete pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l’ordre public établi par la loi”.

²³ Art. 18. Toda homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, esse direito inclui a liberdade de manifestar essa religião ou de crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

²⁴ Article 18. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa

crença ao homem e o dever de respeito por parte dos demais.

E no plano individual, ainda temos uma contribuição preciosa de Rafael Llano Cifuentes:

Declarar um direito não é suficiente. É necessário que, de fato, esse direito possa ser exercido de maneira mais conveniente. Não basta, por exemplo, que o Estado afirme na sua Constituição que todo cidadão tem direito ao ensino primário se realmente não fornece os instrumentos educacionais necessários para tanto. De igual maneira o direito à liberdade religiosa será mais pleno e efetivo, se o Estado não se limita exclusivamente a proclamá-lo, mas se dedica vigorosamente a promover medidas que favoreçam o seu exercício de fato. Por exemplo: ajudando econômica e socialmente para que os cidadãos consigam uma formação intelectual e uma ilustração cultural que os capacite a uma autodeterminação religiosa consciente, libertando-os assim do agnosticismo e do ceticismo paralisantes e em geral de qualquer tipo de deformação patológica da consciência (CIFUENTES, 1989, p. 190).

No plano individual, no cenário nacional, temos a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ter seus direitos e garantias protegidas constitucionalmente, afinal, o Estado tem o dever de garantir a dignidade da pessoa humana em consonância com o artigo 1.º, III da CF²⁵.

Sobre o tema, manifesta-se Paulo Hamilton Siqueira Jr.: “A tolerância é o respeito à diversidade. Esse paralelo tolerância é o principal aspecto do direito do século XXI. Precisamos desenvolver a solidariedade, além da técnica. A solidariedade é o caminho para a cidadania” (SIQUEIRA JR., in: FARIA & SILVA [coord.], 2008, p. 266). Nesse sentido, o autor acredita que a tolerância reafirma o preceito da dignidade da pessoa humana.

A defesa da dignidade da pessoa humana implica não apenas na ratificação dos direitos e garantias fundamentais garantidos constitucionalmente, mas também na defesa dos direitos humanos e a proteção do indivíduo no convívio social.

9.2. O plano social ou coletivo

Já no plano social existe o convívio com os demais, o respeito e a civilidade que devem preponderar sempre, por ambas às partes tanto por aquele que deseja expressar sua fé para os demais como para aquele que presencia este ato.

A Constituição Federal no Capítulo I, do Título II reza: “da proteção dos direitos e deveres individuais e *coletivos*” (grifo nosso). Sempre que um grupo de pessoas se sentir ofendido ou hostilizado e ter seus cultos religiosos afetados de alguma forma é necessário buscar a devida proteção do Estado.

Fundamental para a compreensão do tópico será a distinção entre Estado laico, caracterizado pela neutralidade religiosa, e tolerância religiosa. O fato de o Estado ser neutro, religiosamente falando, não significa que deve ser condescendente com atos de desrespeito à religião. E, também, como já dissemos anteriormente, não pode ser omis-

religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

²⁵ Art. 1.º. 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: III – a dignidade da pessoa humana.

so em caso de divergência religiosa ou da falta de um procedimento por conduta religiosa diversa, como os casos já citados do ENEM.

9.3. Conceito de (in)tolerância religiosa

E o que seria tolerância religiosa?

De Plácido e Silva caracteriza tolerância como condescendência ou suportabilidade.²⁶ Particularmente não gostamos do termo tolerância religiosa, pois mais parece que a religião alheia não é respeitada, mas sim suportada, e esse não é o objetivo de um Estado laico e muito menos deve ser a atitude de seus membros.

Jean Delumeau e Melchior-Bonnet explicam:

A palavra “tolerância”, que não consta do Editó de Nantes, teve uma história atormentada. De início, ela assumiu um significado negativo. No *Dictionnaire de l'Académie de 1694*, a tolerância é definida como a “indulgência para com o que não se pode impedir”. Mas, em sentido contrário, a *Encyclopédie* qualifica-a de “virtude”. Em nossos dias, ela se tornou base essencial das democracias atuais, isto é, o respeito pelas opiniões do próximo, quando ele não procura fazê-las triunfar pela força ou pela astúcia” (DELUMEAU & MELCHIOR-BONNET 2000, p. 378).

Josias Jacintho de Souza conceitua:

Tolerância não pode ser sinonimizada com aceitação. John Locke defendia a tolerância com base no princípio grego da indiferença, ou seja, para tolerar não se faz necessário aceitar como legítima ou verdadeira a crença alheia, basta simplesmente tolerar os diferentes cultos. E na esfera da tolerância o Estado deve ser o mediador dos eventuais conflitos, e não o instigador (SOUZA, 2009, p. 269).

Essa noção de tolerância religiosa denota certa irritabilidade iminente que qualquer mínimo movimento pode resultar em alguma calamidade. E, de fato, é o que acontece no mais das vezes. O liame entre a tolerância e a intolerância é muito fino. Mesmo o Brasil, um País sem tradição de conflitos religiosos registra o grave caso da Guerra de Canudos, marcado pela intolerância religiosa do Estado e de uma Religião contra um líder espiritual (Antônio Conselheiro).

A questão da intolerância se faz mais presente quando se trata de cultos religiosos, uma vez que os cultos e seus ritos são criados e desenvolvidos justamente para solidificar a adoração comum dos membros daquela comunidade.

Nos dizeres de Thales de Azevedo,

²⁶ Tolerância. Do latim *tolerantia* (atuar), em significação jurídica significa a *condescendência*, a *liberalidade*, a *permissão*, em virtude do que se consente a prática de um ato, ou o aproveitamento de alguma coisa, sem que semelhante concessão importe em se atribuir ao *favorecido*, ou *tolerado*, a aquisição de um direito. Por essa razão, os *atos de tolerância* indicam-se os que são *aturados*, *suportados*, *sofridos*; mas que não implicam na *intenção de alterar* um estado sobre as coisas, ou mesmo sobre os fatos, em que recaem os mesmos atos, in: *Dicionário Jurídico Conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 702.

A religião civil não são somente idéias e as normas: se expressa igualmente nos ritos desde quando a estes se reconhece a função alimentar o senso de unidade entre os membros das coletividades e de atribuir vitalidade às crenças e às doutrinas. A dramatização dos símbolos e das místicas em palavras, em gestos, em rituais, a reiteração constante dessas encenações e a renovação dos mesmos para diferentes auditórios atuam como meios de comunicação indispensáveis à consolidação dos grupos (AZEVEDO, 1981, p. 113).

Nesse cenário, o grupo de pessoas também pode motivar a intolerância religiosa, pois, se um grupo de pessoas não suporta os ideários de um culto, pode muito bem se valer do fato de estar com seus pares e desafiar a legitimidade do outro grupo. E, inclusive, acarretar danos físicos, afinal, é mais encorajador desafiar o próximo quando se está na presença de seus amigos de fé.

Quando se trata de grupos de pessoas no culto a um Deus ou a uma religião, temos a possibilidade de grupos mais fechados em sua própria fé e outros menos. Como veremos mais adiante, os grupos radicais têm uma vertente fundamentalista que subverte a realidade religiosa em motivação política e caracteriza, assim, a guerra da religião contra o Estado através do terrorismo.

E a relação entre Estado e religião também determina os limites da tolerância. Nos dizeres de Josias Jacintho de Souza,

a Religião e o Estado são sem ponto comum um com o outro ou, de preferência, eles não deveriam ter nenhum ponto em comum, se cada um se mantivesse estritamente em seu domínio. Apenas este mundo e seus bens interessam ao Estado; ele só pode agir sobre eles e só tem o direito de se ocupar deles. Apenas a salvação eterna e o cuidado das almas interessam à igreja; ela só pode agir sobre as almas e ela só tem o direito de se ocupar delas. A tolerância é a consequência direta dessa separação, já que cada igreja deve ser independente do Estado e não dispor de nenhum dos meios temporais de coação que ele pode ativar, já que, por outro lado, o Estado não está interessado na fé e na salvação das almas, sendo nessas matérias tão ineficaz quanto incompetente (SOUZA, 2009, p. 268).

O Estado é o responsável pelo controle das atividades religiosas para que estas estejam dentro de uma normalidade sem ofensas ao princípio da dignidade da pessoa humana, do bem público e da diferença de crenças. Quando existe uma maior permissibilidade ou uma falta de um maior controle, as atividades religiosas podem crescer e ganhar contornos que no futuro poderão se voltar contra o próprio Estado. Eis o que deveremos estudar mais detidamente.

O Estado deve atuar como agente da paz social interna e também contribuir, via cooperação internacional, para que a harmonia religiosa seja alcançada entre os países. Nesse cenário, a ONU e os Tratados Internacionais exercem papel decisivo para combater a intolerância religiosa, bem como os atos terroristas.

9.4. O cenário internacional e a questão da (in)tolerância

A linha tênue que separa um Estado laico de um Estado tolerante pode se romper no mais leve desalinhar de interesses, como foi o caso da França com o recente caso dos romenos, como já havia sido outrora com a Turquia e o véu muçulmano. Aliás,

sobre a questão francesa existe ainda agravante de intolerância com a introdução da Lei nº 228/2004²⁷, que proíbe o uso de sinais e vestimentas religiosas ostensivas nas escolas públicas de primeiro e segundo graus em todo o território Francês.

A questão religiosa envolvendo conflitos internacionais não é nova, mas tem se tornado cada vez mais frequente, em especial após os atentados terroristas promovidos contra os Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001.

Aliás, os Estados Unidos já previam a liberdade religiosa na sua Constituição (DELUMEAU & MELCHIOR-BONNET, 2000, p. 105) através da 1ª Emenda²⁸, de 1791. E, mesmo com inclinações notadamente batista, aquele País também adota a neutralidade religiosa ou a laicidade. Entretanto, a laicidade não protegeu os Estados Unidos da intolerância religiosa, pois uma série de atentados terroristas é desferida sistematicamente contra aquele País desde a metade do século passado.

Cabe-nos, então, analisar primeiramente a influência da religião nos conflitos bélicos e verificar também, ainda que superficialmente, a questão dos movimentos migratórios como forma de intolerância religiosa, para, na sequência, verificar como que a motivação política se mistura à religião e se transforma em terrorismo.

9.5. *Religião, conflitos armados e migração*

São muitos os casos de conflitos religiosos que ultrapassam a barreira das ideias e se transformam em atos armados. As motivações podem ser políticas ou sociais, mas a religião está presente e atua como mola propulsora de condutas entre o conflito armado. E aqui é necessária uma separação entre o fundamentalismo, o terrorismo e os movimentos migratórios que motivam a luta pela independência. Inicialmente, traremos a visão da independência territorial, para depois adentrarmos no fundamentalismo e, por fim, no terrorismo.

Por conta do expansionismo territorial que se desenvolveu fortemente ao longo dos séculos, muitas raças, etnias e religiões foram subjugadas aos povos dominantes e seu, outrora, livre poder de manifestação, crença, credo, culto e até pensamento foi suprimido. Alguns povos se calaram por não terem em sua formação o gosto pela revolta ou pelo movimento belicoso, porém, muitos foram os conflitos originados pela busca da independência.

Santiago Petschen retrata a questão dos conflitos armados conforme uma relação direta ou indireta com a religião:

São, na atualidade, numerosos os conflitos relacionados – muito ou pouco – com a religião. Perto de nós temos o caso da Irlanda do Norte, ainda que agora este seja um processo de pacificação que parece que irá ocorrer de forma concreta. Nos Bálcãs, o conflito nacionalista que tem ocorrido, em parte, é devido, pela religião. Em suas manifestações, usam também, a favor ou contra, dos símbolos religiosos. O mesmo acontece nos confli-

²⁷ Art. 1º que insere no Código de Educação o art. L. 141-5-1 – Dentro das escolas, dos colégios e dos liceus públicos, o uso de sinais ou vestimentas por qualquer aluno manifeste ostensivamente seu posicionamento religioso é proibido. A regulamentação de um procedimento disciplinar é precedida de um diálogo com o aluno.

²⁸ O Congresso não poderá fazer nenhuma lei a respeito da instauração de uma religião ou que proíba sua livre prática, restrinja a liberdade da palavra ou da imprensa, ou sobre o direito dos cidadãos de se reunirem tranquilamente e de encaminharem petições ao governo para que repare seus prejuízos.

tos do Cáucaso: Chechenia, Nagorno-Karabaj, Abjasia, Adjaria, Osetia. Os conflitos civis ocorridos no Líbano foram produzidos entre comunidades de diferentes crenças religiosas. Tudo isso sem mencionar o terrível e permanente conflito de Israel de ampla e profunda dimensão religiosa (PETSCHEN, 2007, p. 201. Tradução minha)²⁹.

Existe uma diferença sensível entre a busca pela independência e a busca por um conflito armado tendo como incitação popular o uso da religião. De um lado temos uma cultura, um povo que está subjugado ou suprimido em detrimento de outro, como foi o caso da Tchecoslováquia, Iugoslávia, etc.; de outro, temos a utilização da religião como forma de conflito, como os casos de ataques ao Líbano, o conflito da Irlanda, etc.

Temos ainda um terceiro movimento que é motivação política que se aproveita e utiliza da religião como forma de combate bélico e, nesse caso, temos o conflito Israel e Palestina³⁰, Israel e Líbano, os Bascos em relação à Espanha, etc.

São três situações distintas. E não nos cabe discutir ou debater qual é legítima e qual não o é. Contudo, a religião é um elemento muito eficaz na persuasão para uma guerra e muitos governos usam habilmente essa questão para manipular a opinião pública e, assim, obter a chancela moral da população em retificar o conflito armado.

Como salienta Santiago Petschen (2007, p. 203),

Em toda a guerra é muito importante a persuasão. Persuasão dos governantes. Persuasão dos combatentes. Persuasão do povo. Sem persuasão, a guerra não pode ser conduzida a um resultado positivo. Para conseguir tal persuasão, sempre é necessária a propaganda. Com muita frequência a religião ocupa uma parte nessa persuasão. E de uma maneira mais profunda. Exemplos históricos são inúmeros em todas as épocas. No mundo romano, Escipião foi expulso como um favor do deus Netuno ao que não era mais que uma circunstância comum na evolução das marés. Na campanha do Egito, Napoleão utilizou a religião islâmica para vencer os cairetas. Na II Guerra Mundial, Stalin modificou sua política por respeito à Igreja Ortodoxa porque via nela um instrumento profundo para impedir os nazistas desde as bases populares russas (tradução minha)³¹.

²⁹ Son en la actualidad numerosos los conflictos que tienen que ver – mucho o poco, con la religión. Bastante cercano a nosotros es el caso de Irlanda del Norte, aunque ahora esté en un proceso de pacificación que parece va a imponerse de una forma sólida. En los Balcanes, las nacionalidades que se han enfrentado tienen basada, en parte, su identidad, en la religión. En sus manifestaciones, se sirven también, a favor y en contra, de los símbolos religiosos. Lo mismo ocurre en los conflictos civiles tenidos en el Líbano se han producido entre comunidades de diferente signo religioso. Todo ello sin mencionar el terrible y permanente conflicto de Israel de amplia y profunda dimensión religiosa.

³⁰ Sobre o conflito separamos um dos inúmeros conflitos: o massacre de Sabra e Shatila. O brutal assassinato de centenas, talvez milhares de pessoas inocentes no massacre de Sabra e Shatila em 1982 foi uma das piores atrocidades durante a guerra no Líbano. As hostilidades ganharam força quando a OLP começou a atacar a fronteira de Israel a partir de sua base no sul do Líbano, até que, em 1982, Israel invadiu o país mais uma vez com o propósito de expulsar os palestinos. Foi então que sucedeu o massacre de Sabra e Shatila, numa atmosfera de caos generalizado e violência em meio a uma ausência de leis, in: WILLIAMS & HEAD, 2010, pp. 229 e 230.

³¹ En toda guerra es muy importante la persuasión. Persuasión de los dirigentes. Persuasión de los combatientes. Persuasión de los pueblos. Sin persuasión, la guerra no puede ser conducida a un resultado demasiado positivo. Para conseguir tal persuasión, siempre es necesaria la pro-

Muitos usam da religião como pano de fundo ou pretexto para uma Guerra. Foi assim com Saddam Houssein, ao usar o conflito dos xiitas contra os sunitas para se impor no poder e controlar as supostas tensões religiosas. E esse uso indiscriminado da religião pode atingir em cheio os ideários de grupos religiosos mais extremistas que usam largamente do fundamentalismo religioso para obterem sucesso em suas cruzadas políticas.

9.6. Tensão entre laicidade estatal e fundamentalismo religioso

Nem sempre ser um Estado laico significa que a tensão religiosa não irá lhe afetar. Os Estados Unidos são um exemplo de como a intolerância internacional reflete sobre outras nações, inclusive as tidas como laicas.

O fundamentalismo religioso é um assunto complexo e se refere ao uso extremo da fé de seus praticantes. Esse uso pode ser positivo ou negativo. No primeiro caso, temos a ratificação da própria crença e dos cultos que se fortificam e assim incrementam a fé do grupo. Contudo, no segundo caso, é possível usar da fé como instrumento de combate.

Ao se direcionar o fundamentalismo religioso para um alvo certo sob a égide de proteger o seu Deus, a sua crença e o seu culto, os fiéis atacam o inimigo por acreditarem na causa. O fundamentalismo pode se desenvolver através de conflitos regionais, com fulcro basilar na própria religião, ou num plano externo com o uso indevido da fé através do medo e da insegurança por um movimento que o mundo conheceu como terrorismo.

O sucesso ou o fracasso do fundamentalismo religioso varia de acordo com a forma que o líder espiritual trata a informação para seu grupo, ou, em outras palavras, realiza a propaganda da informação. Se o líder demonstrar que o inimigo é, de fato, o Satã e que esse precisa ser combatido para a manutenção da unidade religiosa e a segurança das famílias, o seguidor irá aderir a tal pensamento. No mesmo sentido temos o exemplo de Cass R. Sunstein:

Suponha que você esteja em um grupo de pessoas cujos membros tendem a pensar que Israel é o verdadeiro agressor do conflito do Oriente Médio, que comer carne não é saudável ou que casamentos homossexuais são uma boa idéia. Em um grupo como esse, você vai ouvir muitos argumentos sobre o assunto. Por causa da distribuição inicial das opiniões, você vai ouvir relativamente menos opiniões contrárias. É muito provável que você já tenha ouvido alguns, mas não todos os argumentos que vão aparecer na discussão. Depois de ouvir tudo o que foi dito, você provavelmente desviará no sentido de acreditar que Israel é o verdadeiro agressor, contra comer carne e a favor dos casamentos homossexuais. E mesmo que você não mude de idéia – mesmo que seja imune ao que os outros pensam –, a maioria dos membros será provavelmente afetada (SUNSTEIN, 2010, pp. 23-24).

paganda. Con mucha frecuencia la religión da hecha en gran parte la persuasión. Y la da de una manera más profunda. Ejemplos históricos hay muchos en todas las épocas. En el mundo romano, Escipión expuso como un favor del dios Neptuno lo que no era más que una circunstancia normal de la evolución de las mareas. En la campaña de Egipto, Napoleón utilizó la religión islámica para ganarse a los cairotas. En la II Guerra Mundial, Stalin cambió su política con respecto a la Iglesia Ortodoxa porque veía en ella un instrumento profundo para frenar a los nazis desde las bases populares rusas.

A informação e, principalmente, a manipulação da mesma será determinante para o sucesso do terrorismo. E, no que tange à situação do mundo árabe e, em especial, às tensões do mundo islâmico e também do conflito palestino, importante salientar o processo histórico para compreender os conflitos presentes.

A perda de Jerusalém gerou muito revolta por parte do mundo islâmico, por se tratar de um território sagrado também para os árabes e que foi seguidamente desrespeitado pelos cristãos, como se constatou através dos movimentos religiosos impingidos pela Igreja Católica e que tiveram a denominação de “As cruzadas”.

As cruzadas foram movimentos religiosos, políticos e militares, liderados pela Igreja Católica, apoiados e patrocinados pela nobreza europeia, com a finalidade de dominar a cidade de Jerusalém, considerada “santa” por judeus, cristãos e muçulmanos e lugar de peregrinações para estes povos. Quando Jerusalém foi tomada pelos turcos otomanos, no ano de 1071, por estes serem muçulmanos e intolerantes, proibiram aos cristãos as peregrinações aos lugares sagrados. Por essa razão e pela crise do feudalismo europeu, em 1095, o papa Urbano II conclamou a população a defender o cristianismo contra os infiéis “árabes muçulmanos”, afirmando ser esta a vontade de Deus (WOLOSZYN, 2009, pp. 47 e 48).

A perda de sua terra sagrada nunca foi bem aceita pelos islâmicos e as atitudes dos cristãos e dos judeus somente acentuaram o confronto, como no conflito entre Israel e Líbano, como retrata Anne Williams:

O conflito Israel-Líbano é uma pendência constante desde 1978, mas suas raízes são muito mais profundas. Em 1948, cinco nações árabes, incluindo o Líbano, decidiram invadir Israel na esperança de impedir a formação da nação judaica na terra que acreditavam pertencer aos árabes. Os árabes chamaram a terra que ocupavam de Palestina e seus habitantes de palestinos. Porém, devido às guerras constantes, milhares fugiram para os países vizinhos. Um exército de guerrilheiros palestino foi formado e, usando táticas terroristas, esse grupo passou a retaliar atacando Israel (WILLIAMS, 2010, p. 388).

Esse grupo fundou um movimento que ficou conhecido como Organização de Libertação da Palestina, e teve em seu líder Yasser Arafat um dos mais fervorosos combatentes contra Israel. Paralelamente ao movimento de Arafat, alguns grupos fundamentalistas islâmicos impõem o terror contra grupos menores no próprio mundo árabe, como forma de acentuar o radicalismo religioso e intensificar a retomada da Palestina. Manuel da Silva acrescenta o dado relevante:

Como factores importantes para o ressurgimento do radicalismo islâmico, alguns analistas islamistas moderados apontam a utilização, por parte de alguns governos muçulmanos, de métodos coercitivos contra os movimentos islamistas moderados, incluindo a perseguição histórica de alguns dos seus líderes tradicionais e por vezes a sua prisão e morte (SILVA, 2005, p. 504).

O fundamentalismo religioso passou a ser usado como uma verdadeira arma contra os inimigos sejam religiosos ou não dos movimentos denominados terroristas. A manipulação da fé é determinante para que esse novo modelo, baseado no terror, tenha sucesso em sua cruzada contra seus inimigos.

9.7. Terrorismo

A fundamentação religiosa motiva e fomenta o ódio impingido pelas células terroristas, como se o inimigo não fosse um País, uma Nação, mas sim, o mal, o Satã³². E com base nessa argumentação, algumas células terroristas se desenvolveram e usam da religião como meio de propalar o terror: Hamas, Hezbollah, Al Qaeda, Talibãs, Jihad, etc., são apenas algumas das muitas células que usam da sublimação da fé e do fundamentalismo religioso para impor seus ideais políticos.

Essa argumentação é clara nos movimentos religiosos terroristas fundamentalistas contra os Estados Unidos, como retrata Pinsky: “Buscando referências no tradicionalismo religioso mais obtuso, determinados grupos terroristas passaram a ver nos EUA, e nos aliados ocidentais destes, a representação do Grande Satã a ser eliminado da Terra” (PINSKY & PINSKY, 2004, p. 242).

E não apenas as células terroristas passaram a mostrar a seus seguidores que os Estados Unidos são o inimigo a ser combatido, como também ofertaram um “incentivo”, visto que se o seguidor lutasse pela causa, seria abraçado pelas virgens quando de sua morte, ou seja, uma inferência clara ao uso da religião como “arma” fundamentalista que arregimenta milhares de seguidores dia após dia.

Com a motivação religiosa o terrorismo impingiu uma série de ataques ao mundo ocidental, como afirma Jaime Pinsky:

No decorrer dos anos 70, praticamente todos os países ocidentais tiveram de enfrentar episódios traumáticos vinculados a atos terroristas, ocorrências que invariavelmente causaram forte comoção na opinião pública mundial. Desde então, as sociedades ocidentais tiveram de conviver com o medo constante, causado pela perspectiva sempre presente de um ataque terrorista (PINSKY & PINSKY, p. 228).

Os Estados têm perdido a batalha contra o terrorismo³³ reiteradamente por conta do sentimento de medo e pela insegurança propiciada pelos atentados, em especial após 11 de setembro de 2001, quando, então, a maior potência econômica do planeta teve seu símbolo maior, as torres gêmeas, destruído.

Esse ato, acompanhado pelo ataque ao pentágono e uma série de atos menores, desencadeou uma revolução mundial em termos de segurança e, novamente, municiados pelo terrorismo, como o ataque a Madrid e há Londres nos anos seguintes. Como afirma Joseph S. Nye Jr.: “Os americanos sentem-se cada vez mais afetados por fatos originados fora do país. Terroristas do outro lado do mundo semearam a destruição

³² No mesmo sentido temos Santiago Petschen: La dimensión religiosa es inconfundible y con ella se puede llegar con más profundidad a las convicciones de la opinión pública. En el ámbito musulmán sucede lo mismo. Las expresiones tienen idéntica carga religiosa: el imperio del mal; los mártires; el Gran Satán, in *Religión, conflictos bélicos y migraciones. Revista de Ciencias de Las Religiones*, nº 21. Madrid, 2007, p. 204.

³³ André Luís Woloszyn defende que os objetivos do terrorismo são: derrubada e ou substituição de um governo ou de um modelo; político-ideológico e religioso; obtenção de autonomia política para um grupo subnacional; alteração da política externa de um governo; defesa do meio-ambiente e dos direitos dos animais; purificação da humanidade e confirmação de previsões apocalípticas; inconformismo com o processo de globalização, a exclusão social e a consequente desumanização da sociedade; instrumento de poder entre os grupos em conflito; e propaganda e marketing (WOLOSZYN, 2009, p. 72).

em Nova York e Washington” (NYE JR, 2002, p. 135). A própria resposta do então Presidente Bush ao terrorismo também se fundou na religião, pois argumentos como cruzada contra o terror, erradicação do mal foram apenas algumas das expressões para propalar e insular a nação americana contra os muçulmanos no combate infrutífero contra o Afeganistão.

Conclusão

O futuro da intolerância religiosa pode ser a extinção do próprio homem. A intolerância extremada, que tem como pano de fundo a religião, não é a solução para a redistribuição territorial, para o movimento migratório ou para a ratificação dos ideários religiosos das nações. É necessário existir um diálogo das civilizações; afinal, as diferenças culturais, as tradições e os hábitos diversos datam da existência do próprio homem e a imposição de um dogma em detrimento de outro somente irá propalar mais discórdia, mais reações extremadas, sem, contudo, resolver a problemática.

As religiões, assim, funcionam como pano de fundo para semear a discórdia entre as nações. No entanto, poderá ser usada como elo entre os povos e, para isso, o convite à descoberta da religião dos outros se juntará a uma grande aspiração de nossos contemporâneos: suprir a atual pobreza espiritual que circunda as nações ao longo do globo.

Não há uma religião que esteja mais filosoficamente correta em detrimento de outra. Logo, respeitar uma muçulmana otomana que não usa as mesmas vestes de uma muçulmana do Marrocos é o respeito às variações culturais que identificam e personificam os cultos religiosos e propicia a grandeza da diferença. Não há certo ou errado, mas sim, pontos religiosos diferentes sobre os mesmos temas.

A influência da modernidade e do capitalismo assusta sobremaneira os povos islâmicos, porém não são todos que desejam aniquilar o inimigo ocidente e, com base nessa ilação, Oxalá possamos restabelecer um debate em torno da tolerância para que os povos possam conviver em harmonia, sem interesses políticos escusos e mascarados numa defesa estéril de interesses religiosos.

O futuro é a integração dos povos e o conhecimento e aceitação religiosa é o norte a ser seguido rumo à tolerância, ou melhor, ao equilíbrio das relações sociais.

Referências

ALVES, Rubem. *Dogmatismo & Tolerância*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *O que é religião?* São Paulo: Edições Loyola, 2008.

AMÉRIGO, Fernando. Libertad religiosa, laicidad del estado e inmigración islámica. *Revista de Ciencias de Las Religiones*, n.º 21. Madrid, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Guila. *Histórias de (in)tolerância*. São Paulo: Larousse Jovem, 2009.

- AZEVEDO, Thales de. *A religião civil brasileira: um instrumento político*. Petrópolis: Vozes, 1981.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *International terrorism: multilateral conventions (1937-2001)*. Ardsley: Transnational Publishers, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1 e 3.
- BEJA, Mons. Fino. *A Igreja e o Estado*. Lisboa: Livraria popular de Francisco Branco, 1941.
- BINGEMER, Maria Clara Lucchetti (org.). *Violência e Religião: Cristianismo, Islamismo, Judaísmo. Três religiões em confronto e diálogo*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.
- CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. *Política e Religião: O Estado laico e a liberdade religiosa à luz do constitucionalismo brasileiro*. Tese de Doutorado na área de concentração de Direito, Estado e Sociedade pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.
- CÉSAR, Lucy Risso Moreira. *Relacionamento igreja-mundo no Brasil contemporâneo*. Tese de Mestrado na área de concentração de Ciências Humanas pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1982.
- CHARLESWORTH, Max & INGPEN, Robert. Trad. de Elda Nogueira. *Religiões no mundo*. São Paulo: Global, 2003.
- CRAWFORD, Robert. *O que é religião?* Trad. de Gentil Avelino Titton. Petrópolis: Vozes, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 1.
- DELUMEAU, Jean & MELCHIOR-BONNET, Sabine. *De Religiões e de Homens*. Trad. Nadyr de Salles Penteado. São Paulo: Ipiranga, 2000.
- DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- GALDINO, Elza. *Estado sem Deus a obrigação da laicidade na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GIRARD, René & VATTIMO, Gianni. Trad. de Antônio Bicarato. *Cristianismo e relativismo: verdade ou fé frágil?* Aparecida: Editora Santuário, 2010.
- GUERREIRO, Sara. *As Fronteiras da Tolerância Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2005.
- HAINCHELIN, Charles. *As origens da religião*. Trad. de Clara Alterman Colotto e Walde- rez Martins. São Paulo: Editora Hemus, 2005.

HARRIS, Sam. *A morte da fé: religião, terror e o futuro da razão*. Trad. de Cláudio Carina, Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

HUME, David. *História natural da religião*. Trad. de Jaimir Conte. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

JOHNSON, Phillip E. *Ciência, intolerância e fé: a cunha da verdade: rompendo os fundamentos do naturalismo*. Trad. Elizabeth Gomes. Viçosa: Ultimato, 2007.

KINTZLER, Catherine. *Tolerancia y laicismo*. Trad. de María Elena Ladd. Buenos Aires: Ediciones del signo, 2005.

KIRCHNER, Luís. *Religião: Quem pode me explicar?* Aparecida: Editora Santuário, 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

LOMÉNIE, E. Beau de. Trad. de Valeriano de Oliveira. *A Igreja e o Estado: um problema permanente*. São Paulo: Flamboyant, 1958.

LOREA, Roberto Arriada & KNAUTH, Daniela Riva. *Cidadania sexual e laicidade: um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MICHEL, Thomas, S. J. A contribuição dos crentes religiosos ao diálogo das civilizações, in: *Cadernos Adenauer*, n. 4, 2004.

MOREIRA, Alberto da Silva & OLIVEIRA, Irene Dias de (org.). *O futuro da religião na sociedade global: uma perspectiva multicultural*. São Paulo: Paulinas, 2008.

NYE JR., Joseph S. *O Paradoxo do Poder Americano: por que a única superpotência do mundo não pode prosseguir isolada*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

O'DONNELL, Kevin. Trad. de Andréa Mariz. *Conhecendo as religiões do mundo*. São Paulo: Edições Rosari, 2007.

O'FARRELL, Pablo Badillo (org.). *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo: Reflexiones para un mundo plural*. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Soares de (org.). *Candomblé Diálogos fraternos contra a intolerância religiosa*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

PEREIRA, Nilo. *Conflitos entre a igreja e o Estado no Brasil*. 2 ed. Recife: Editora Massangana/ Fundação Joaquim Nabuco, 1982.

PETSCHEN, Santiago. Religión, conflictos bélicos y migraciones. *Revista de Ciencias de Las Religiones*, n.º 21. Madrid, 2007.

PINHEIRO, Douglas Antonio Rocha. *Direito, Estado e Religião: A Constituinte de 1987/1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.

PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *Faces do fanatismo*. São Paulo: Contexto, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

REVISTA *Aventuras na História para Viajar no Tempo* n. 88. *Inquisição no Brasil*.

REVISTA *Conhecimento Prático Filosofia* n. 26. *Filosofia e guerra*.

REVISTA *Cristianismo Hoje* n. 19. *Decepcionados com a Igreja*.

REVISTA *Curiosidades, Política, Cultura e Geografia de Povos e Nações*, 2009.

REVISTA *Grandes Temas: Mente e Cérebro* n. 1. *Fé: O lugar da divindade no cérebro*.

REVISTA *Historia y Vida* n. 501. *La revolución que cambió Irán Del Sah Reza Pahlevi a la República Islámica*.

REVISTA *Superinteressante* n. 284. *Deus, uma biografia*.

RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.

RODRIGUES, Fabíola Emilin. Princípio da Laicidade, Liberdade de Consciência e Neutralidade do Poder Político, in: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROMANO, Roberto. *Brasil: Igreja contra Estado (Crítica ao Populismo Católico)*. São Paulo: Kairós Livraria e Editora, 1979.

ROUANET, Luiz Paulo. *Paz, justiça e tolerância no mundo contemporâneo*. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

SCARPI, Paolo. *Egito, Roma, Grécia, Mesopotâmia, Pérsia Politeísmos: As religiões do mundo antigo*. São Paulo: Hedra, 2004.

SELF, David. *Religiões do mundo*. Trad. de Bárbara Theoto Lambert. São Paulo: Paulinas, 2009.

SEN, Amartya. Trad. De Maria José de La Fuente. *Identidade e violência: a ilusão do destino*. Lisboa: Tinta da China, 2007.

SILVA, Carlos Eduardo Lins da (org.). *Uma nação com alma de Igreja: Religiosidade e políticas públicas nos EUA*. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

SILVA, Clemildo Anacleto da. *Educação, Tolerância e Direitos Humanos: a importância do*

- ensino de valores na escola. Porto Alegre: Editora Universitária Metodista, 2009.
- ____ & RIBEIRO, Mario Bueno. *Intolerância Religiosa e Direitos Humanos: mapeamentos de Intolerância*. Porto Alegre: Editora Universitária Metodista, 2007.
- SILVA, De Plácido e. *Dicionário Jurídico Conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Manuel da. *Terrorismo e Guerrilha: das Origens à Al-Qaeda*. Lisboa: Silabo, 2005.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A Dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade: O Direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania, in: FARIA, José & SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SOUZA, Josias Jacinto de. *Separação entre Religião e Estado no Brasil: Utopia Constitucional?* Tese de Doutorado em Direito, Estado e Sociedade pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUSTEIN, Cass R. *A era do radicalismo: Entenda por que as pessoas se tornam extremistas*. Trad. Luciene Scalzo Guimarães. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- VILLACAMPA, Maria Luisa Jordan. Religión y derecho en la España de la primeira década del tercer milenio. *Revista de Ciencias de Las Religiones*, nº 11. Madrid, 2004.
- WILLIAMS, Anne & HEAD, Vivian. *Ataques terroristas a face oculta da vulnerabilidade*. Trad. Débora da Silva Guimarães Isidoro. São Paulo: Larousse, 2010.
- WOLOSZYN, André Luís. *Terrorismo Global: aspectos gerais e criminais*. Porto Alegre: Est Edições, 2009.

A previsão constitucional da “razoável duração do processo” e o Artigo 4º do Projeto de Lei 166/2010: a celeridade como vetor da jurisdição no Brasil

*The constitutional provision of the “process reasonable duration” and the Article 4 of
the Law Project 166/2010: the celerity as vector of the Brazilian jurisdiction*

Cássio Schneider Bemvenuti

Pós-graduando pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC;
Bolsista diplomado pela FESDEP (Fundação Escola Superior da Defensoria Pública/RS).
Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.
Advogado. e-mail: cassiobemvenuti@gmail.com

Resumo: Em dezembro de 2004, foi promulgada pelo Congresso Nacional Brasileiro a Emenda Constitucional 45. Uma das mais relevantes alterações trazida por esta refere-se à inserção do inciso do LXXVIII no art. 5º do texto constitucional, contemplando a previsão da razoável duração do processo. O citado preceptivo refere que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Já em 13 de abril de 2009, os três Poderes (União, Estados e Municípios) assinam o II Pacto Republicano Brasileiro por um Sistema de Justiça mais “Célere, ágil e efetivo”. Nesta esteira, observa-se a referida Emenda e sua relação com o II Pacto Republicano de Estado Brasileiro. Ainda observando este paradigma, resta analisar o texto do artigo 4º do Projeto de Lei 166 de 2010 (que prevê o estabelecimento de um Novo Código de Processo Civil brasileiro) que traz novamente a previsão legal da razoável duração do processo. A preocupação com a celeridade da Jurisdição do Estado brasileiro mostra-se um vetor das referidas modificações legislativas.

Palavras-chave: Emenda Constitucional 45; celeridade; jurisdição; projeto de Lei 166/2010

Abstract: In December 2004 the Constitutional Amendment 45 was enacted by the Brazilian National Congress. One of the most significant changes brought by this refers to the insertion of the item LXXVIII art. 5 of the Constitution, considering the forecast of the reasonable duration of the process. The mandatory cited concerns that “everyone in the judicial and administrative are assured a reasonable length of process and ways to ensure the speed of its progress”. In April 13th 2009, the three powers (federal, states and municipalities) signed the Brazilian Republican Pact II, in favor of a “swifter, agiler and more effective” justice system. Considering this, we intend to observe the Amendment and its relationship with the Republican Pact II of the Brazilian State. Still observing this paradigm, we may also analyze the text of Article 4 of the Bill 166 by 2010 (which provides for the establishment of a new Code of Brazilian Civil Procedure) that brings back the legal provision of the reasonable duration of the process. The concern with the speed of the Jurisdiction of the Brazilian state shows to be a vector of these legislative changes.

Palavras-chave: Constitutional Amendment 45; celerity; jurisdiction; Law Project 166/2010.

1. Introdução

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo assim o Estado Democrático de Direito brasileiro, segundo o artigo 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O artigo 5.º da referida Constituição diz em seu inciso XXXV que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”¹. O Monopólio da jurisdição exercido pelo Estado Juiz é um símbolo do Estado Democrático de Direito. O Estado, assim, substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve. Trata-se de poder exclusivo do Estado.

Contudo, o abarrotamento do Poder Judiciário brasileiro neste início de século XXI fez com que o Legislador buscasse alternativas para solucionar conflitos antes que os mesmos chegassem ao Poder Judiciário, diminuindo, assim, a demanda de processos no mesmo. Esta abertura democrática do acesso ao Poder Judiciário fez com que o Poder Legislativo entendesse pela necessidade de estabelecer reformas na Legislação brasileira, a fim de dar mais celeridade à prestação jurisdicional.

Nesse sentido, pode-se destacar a promulgação da Emenda Constitucional 45, em 2004, que inseriu em nosso sistema jurídico a ideia de “*prazo razoável do processo*”, através do inciso LXXVIII do artigo 5.º de nossa Constituição. A partir daí, foram diversas as modificações do Legislador brasileiro, principalmente no âmbito processual, a fim de dar maior celeridade à prestação da tutela judicial.

Cumprido, portanto, analisar como os Poderes da República Federativa do Brasil pretendem exercer de forma mais célere o monopólio da Jurisdição que lhe foi constitucionalmente conferido. Mas foi em 13 de abril de 2009 que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário assinaram o “*II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo*”. Entre os objetivos traçados no referido pacto, é o denominado “*objetivo II*” que revela a preocupação do Estado brasileiro (aqui entendido nos seus três poderes) em buscar medidas que deixassem a prestação jurisdicional mais célere.

Como o Estado Brasileiro pretende resolver esta sua morosidade na resolução dos conflitos? Estabelecer metas para julgamentos de processos é uma via adequada para a realização da Justiça no Brasil? São alguns dos questionamentos que se pretende fazer quando se reconhece a dificuldade do Poder Judiciário de efetivar, por exemplo, o mandamento Constitucional da “*razoável duração do processo*”.

Nesta esteira, cabe também analisar a formação do Conselho Nacional de Justiça, instituído pela mesma Emenda Constitucional 45 e que vem estabelecendo metas de julgamentos de processos, a fim de diminuir o notório abarrotamento de demandas em nossos Tribunais e o artigo 4.º do projeto de Lei 166/2010 que pretende estabelecer o Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

2. A Emenda Constitucional 45 e a “razoável duração do processo”

Não é de hoje que o confronto entre a necessidade de uma decisão célere entra em aparente conflito com a busca de uma jurisdição que garanta ao indivíduo um Processo que respeite suas garantias fundamentais.

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Também não é nova a tentativa do Estado, detentor do monopólio da Jurisdição, de garantir uma resolução rápida dos conflitos. Contudo, o paradigma enfrentado pelo Poder Judiciário brasileiro neste início de século XXI é verdadeiramente intrigante. O Monopólio da Jurisdição é uma característica essencial do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Guimarães Ribeiro (2008, p. 102-103) destaca que

o monopólio da jurisdição é resultado natural da formação do Estado, que traz consigo conseqüências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses.

A busca de uma Jurisdição mais célere é, portanto, um objetivo traçado pelos três Poderes da República. Desde a Emenda Constitucional 45, que estabeleceu profundas modificações na estrutura do Poder Judiciário, até a assinatura do II Pacto Republicano, muitas foram as reformas Legislativas que buscaram acelerar o andamento dos processos.

Cumprir destacar o “objetivo II” do referido Pacto, que diz: “Aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflito”. Na esteira das modificações instituídas pela reforma do judiciário trazida pela Emenda Constitucional 45, o II Pacto Republicano revelou uma clara preocupação com a celeridade da prestação da tutela jurisdicional.

O Estado brasileiro demonstrava sua preocupação com a morosidade na solução dos conflitos levados até seu Poder Judiciário. O Estado Democrático de Direito promulgado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se depara com uma sociedade cada vez mais veloz em seu consumo e necessidade. A explosão das relações econômicas ocorridas nesse início de século XXI e o estabelecimento de metas de produtividade pelo capital privado demonstram a sociedade de consumo instaurada hodiernamente. É o que destaca Arendt (2004, p. 332-333):

O movimento é a meta, mas não porque houvesse uma beleza ou um significado no “movimento”. Antes porque parar de se mover, parar de desperdiçar, parar de consumir cada vez mais sempre mais rápido e mais rápido, dizer a qualquer momento que basta, é o suficiente, significaria a ruína imediata. Esse progresso, acompanhado pelo incessante barulho das agências de propaganda mantem-se as custas do mundo em que vivemos e dos objetos com sua obsolescência embutida, que já não usamos mas abusamos, que empregamos mal e jogamos fora.

Um Estado que assume o monopólio da jurisdição passa a ter como exigência exercê-la dentro da velocidade instaurada pela sociedade atual. Öst (2007, pp. 12-13) ensina que o tempo, mais do que o curso das estrelas e a relação subjetiva do ser humano com ele, é uma construção social:

O tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Sem dúvida, ele apresenta uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento de um ser vivo. Do mesmo

modo, ele depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode viver um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora com instante fulgurante. Mas quer o apreendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico.

A contribuição de Öst é imprescindível para que compreendamos o paradigma atual das metas e objetivos instaurados pelo Estado brasileiro para a produtividade de nossos Tribunais. A Sociedade brasileira nesse início de século XXI urge por um judiciário que atue de acordo com o seu tempo. A preocupação com a celeridade do processo passa a ser um vetor da atuação do Judiciário brasileiro. O tempo aqui, visto como uma construção social, permeia a atuação do judiciário que precisa se adaptar à ideia de celeridade.

Sendo assim, ao assumir a necessidade de aprimorar a prestação jurisdicional, efetivando o princípio constitucional insculpido pela Emenda Constitucional 45, que versa acerca da duração razoável do processo, o Estado brasileiro estabeleceu como vetor de seu Poder Judiciário a preocupação de dar maior celeridade à resolução de demandas que chegam ao mesmo.

Portanto, ao aceitar a necessidade de estabelecer uma forma de acabar com a morosidade na solução dos processos por parte do Poder Judiciário, o Estado brasileiro revela a “crise” já destacada por Baptista da Silva (2008, p. 89):

A crise do Poder Judiciário tem sido uma questão recorrente que nos ocupa, seja quando lamentamos as atribulações diárias na atividade forense, seja quando procuramos, através de reformas legislativas, reduzir suas proporções. Diria que a crise é da modernidade e de seus sonhos, dentro da qual tem curso a chamada crise do Poder Judiciário. Minha opinião, porém, é de que essa crise não decorre de um inadequado ou insuficiente desempenho funcional da jurisdição.

O II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Ágil, Célere e Efetivo buscou demonstrar uma harmonia entre os três Poderes, a fim de planejar o Poder Judiciário para enfrentar esse novo paradigma democrático vivido após a Constituição de 1988. Um tratado de intenções que buscou estabelecer objetivos comuns aos três poderes. Afinal, como refere Ellscheid (2002, p. 86): “Na democracia representativa com separação de poderes, a autoridade incondicional da lei constitui, em si, a garantia da democracia”.

A ideia de aprimorar a prestação jurisdicional, o planejamento administrativo e o acesso à justiça são os principais objetivos que se extraem da leitura do referido Pacto. Contudo, chama a atenção que o vetor dos objetivos é a celeridade para a resolução de processos que lotam nossos Tribunais nesse início de século XXI.

O Estado Democrático de Direito brasileiro demonstrava sua fragilidade em exercer o monopólio de sua jurisdição de forma célere. Como bem destaca Taruffo (2009, p. 32),

dar protección judicial a los derechos privados se convierte en una de las obligaciones fundamentales del Estado frente a los ciudadanos. Este cambio cultural comporta importantes consecuencias, relativas a la naturaliza de la protección judicial de los dere-

chos. Por una parte, el procedimiento va no se entiende sólo como una especie de extensión auxiliar del derecho privado y se convierte en asunto de derecho público. Por la otra, proteger y aplicar los derechos de los ciudadanos se concibe como una función social fundamental que tiene que ser desempeñada por el Estado de manera efectiva, económica y equitativa.

Fica, portanto, configurado de que o Estado não está simplesmente no dever-poder de dizer o direito tutelado, mas sim no dever-poder de dizer este direito de forma célere e eficaz, sob pena deste tornar-se ineficaz em sua jurisdição.

3. A formação do Conselho Nacional de Justiça e o estabelecimento de metas de produtividade aos magistrados no Brasil

Depois de mais de uma década tramitando no Congresso Nacional, finalmente foi promulgada a Reforma do Judiciário, em 31 de dezembro de 2004. Dentre as modificações introduzidas pela reforma, sobressai a criação de um órgão de controle administrativo e financeiro de todos os órgãos do Poder Judiciário, denominado Conselho Nacional de Justiça.

A Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004 introduziu no ordenamento constitucional brasileiro o órgão como aquele competente para controlar a “*atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário*” e o “*cumprimento dos deveres funcionais dos juízes*”². Instalado em 14 de junho de 2005, o Conselho é um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça.

É nesse paradigma que surge o Conselho Nacional de Justiça. Um órgão de representação social, composto por quinze integrantes e que possui uma série de competências e atribuições. O Estado brasileiro passa a ter um órgão que estabelece resoluções e metas para a prestação jurisdicional.

A criação do conselho, mais que um mandamento constitucional, revela um paradigma de preocupação do Estado brasileiro com a morosidade que atinge o Poder Judiciário, quando se observa a estrutura e o funcionamento do mesmo. O tempo da prestação da Tutela Jurídica começa a ser um dos alvos das metas impostas pelo Conselho. A celeridade na resolução dos conflitos é claramente uma prioridade da atuação do órgão, quando do estabelecimento das metas anuais de julgamento de processos.

O Estado brasileiro, portanto, cria um órgão com o objetivo de solucionar a crise da morosidade da prestação jurisdicional. O século XXI mostra como característica de suas relações econômicas a exacerbação do individualismo, como bem destaca Baptista da Silva (2004, pp. 49-50):

² Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 61, de 2009) (...)

Par. 4.º *Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura*” (grifo não original).

É necessário reconhecer que os problemas enfrentados pelo processo civil, na cultura do capitalismo desorganizado, radica na crise de legitimidade da democracia representativa. A crise do Direito mostra sua cara a partir do momento em que o Estado perde legitimidade, ante o ataque impiedoso do neoliberalismo, em seu empenho de privatizá-lo ainda mais, destruindo metodicamente o sentido de coletividade, nem a exasperação do individualismo que é, como se sabe, o pilar da modernidade.

A Justiça começa a ter o tempo como principal objeto das preocupações do Conselho Nacional de Justiça, o que reflete, também, em diversas reformas Legislativas que atingem principalmente os Códigos de Processo Civil e Processo Penal brasileiros.

A celeridade e sua relação com a qualidade da prestação jurisdicional é amplamente abordada por Magendie, em sua obra *Célerité et qualité de la Justice: La gestion du temps dans le proces*. Para ele, a imposição “tirânica” da sociedade desse início de século por decisões céleres confronta com a morosidade dos Tribunais: “Notre société, qui privilegie l’instant présent et impose la tyrannie de l’urgence, dénonce souvent les lenteurs de la justice” (MAGENDIE, 2004, p. 17).

O Poder Judiciário brasileiro, portanto, estabeleceu como seu vetor as metas de produtividade impostas aos Tribunais pelo Conselho Nacional de Justiça para que acelerem as resoluções dos processos estocados em seus gabinetes.

3.1. O artigo 4º do projeto de lei 166/2010 – a previsão da razoável duração do processo

O Projeto de Lei 166/2010 estabelece o Novo Código de Processo Civil brasileiro. Com a clara intenção de dar mais celeridade ao processo, punindo eventuais recursos protelatórios, por exemplo, o projeto traz em seu artigo 4.º a previsão de “prazo razoável do processo”.

Como já referido, foi introduzido no art. 5.º de nossa Constituição, através do inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional 45, com o objetivo de combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e garantir o acesso à justiça que, por sua vez, pressupõe não apenas a tutela adequada, mas também a tempestiva, a previsão da razoável duração do processo.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, além de incluir o direito à duração razoável do processo entre os direitos fundamentais do indivíduo, qualificando-o como cláusula pétrea, estabeleceu no artigo 92, inciso I-A, a criação do Conselho Nacional de Justiça, ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, bem como a elaboração de relatório estatístico de processos e de relatório anual. Os Direitos Fundamentais do cidadão brasileiro, constitucionalmente protegidos, como o da *razoável duração do processo* devem se realizar na rotina de nosso Poder Judiciário. É nesse sentido o ensinamento de Picó I Junoy (1997, p. 42):

El carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestros días, comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos; requiriendo un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de las cuales se hay la exigencia dirigida a los jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales.

A preocupação com a maior celeridade processual demanda maior racionalização e planejamento do aparato jurisdicional, sendo essencial a elaboração de indicadores para avaliar o funcionamento da justiça e a eficácia da prestação jurisdicional. Com a elaboração dos relatórios estatísticos, é possível ao Conselho Nacional de Justiça averiguar quais áreas necessitam de maior atenção, devendo, então, propor as providências que entender pertinentes, buscando-se um Judiciário eficiente.

Contudo, esta preocupação com a celeridade revela uma característica da filosofia liberal do Iluminismo. Ainda na esteira da crítica feita por Baptista da Silva (2008, p. 91),

ao contrário de priorizar o valor segurança, inspirada em juízos de certeza, como uma imposição das filosofias liberais do Iluminismo, o sistema renunciou a busca de efetividade – que nossas circunstâncias identificam com celeridade –, capaz de atender as solicitações de nossa apressada civilização pós-moderna.

Vale lembrar que o Poder Judiciário, para gozar de eficiência, não deve apenas julgar com celeridade, mas, acima de tudo, combinar essa qualidade com outros atributos, sem negligenciar os aspectos relacionados aos custos, à equidade e ao acesso dos cidadãos. Uma resposta célere em direito, não pode, contudo, estar calcada em uma filosofia que visa decisões rápidas e sem qualidade.

É nesse paradigma que surge o Projeto de Lei 166 de 2010, que prevê a instituição do Novo Código de Processo Civil brasileiro. No artigo 4.º do referido Projeto de Lei aparece a seguinte redação: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”. Cumpre ressaltar duas obviedades que saltam aos olhos: a) o texto tem sentido idêntico ao inserido no inciso LXXVIII do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988; b) o texto não define parâmetros para estabelecer como estipular o *prazo razoável do processo*.

A demora na prestação jurisdicional submete os sujeitos do processo, muitas vezes, a lesões de ordem patrimonial. Por outro lado, a prestação jurisdicional precisa de um tempo mínimo, a fim de garantir que os mecanismos de processamento dos feitos seja realizado de modo a garantir que elementos inerentes a um Estado Democrático de Direito sejam preservados.

4. Conclusão

A necessidade de prestar uma tutela dentro de um prazo razoável de duração do processo é um dever do Estado no exercício do monopólio de sua jurisdição. Contudo, o choque da morosidade dos Tribunais brasileiros com o paradigma neoliberal, bem destacado pelo ilustre Ovídio de Araújo Baptista da Silva, desperta no Estado brasileiro a necessidade de estabelecer metas de produtividade aos seus Tribunais, exatamente como ocorre dentro dos padrões que as grandes empresas privadas estabelecem.

Os Tribunais, aqui, assumem a responsabilidade de atingir um determinado número de resolução de processos, sem uma avaliação da complexidade e da dificuldade que isto importa. A morosidade de nossos Tribunais seria simplesmente a falta do estabelecimento de metas, ou devemos observar com mais atenção a profundidade do problema? Em outras palavras, o mesmo Poder Judiciário que não deu conta de solucionar suas demandas com celeridade, será capaz de cumprir suas metas, mantendo

do a qualidade de sua prestação jurisdicional?

Por outro lado, cumpre atentar para a realidade de nossa sociedade. Os litígios que abarrotam nossos Tribunais só aumentam, a estrutura do Poder Judiciário não acompanha a evolução da própria sociedade civil privada, o que faz com que os processos demorem para chegar a seu fim. O Estado brasileiro, por sua vez, cria órgãos de controle modifica legislações a fim de solucionar o problema da morosidade de sua jurisdição.

Nesse sentido, é que a Emenda Constitucional 45 inaugurou uma série de medidas que buscam aliviar as prateleiras de nossos tribunais e assegurar uma tutela célere ao cidadão brasileiro que busca nossos Tribunais. Aspecto que não deixa de causar preocupação na incessante busca da celeridade processual é o da compatibilização desta com a qualidade da prestação jurisdicional e com a segurança jurídica.

Com efeito, parece que a simplificação dos procedimentos e a restrição às vias recursais para determinadas causas, assim como outras medidas tendentes a conferir celeridade à tramitação, não podem conduzir a uma queda na qualidade da prestação jurisdicional, tampouco violar o direito à ampla defesa e contraditório.

Deve-se atentar, portanto, para a qualidade de nossa Jurisdição. A necessidade de proferir decisões de forma célere para atingir as metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça pode fazer com que a preocupação de nosso Judiciário se volte para atingir os objetivos de julgar determinado número de processos em um prazo menor.

Contudo, a celeridade, agora erigida a garantia fundamental do cidadão, só terá eficácia se for compatibilizada com o princípio do devido processo legal, insculpido na Constituição Federal. Em outras palavras, a preocupação em prestar uma tutela célere e atingir as metas de produtividade impostas pelo Conselho Nacional de Justiça não pode se sobrepor às garantias judiciais do processo.

Assim sendo, o que se propõe é uma ponderada interpretação do inciso LXXVIII do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, cotejando as demais disposições constitucionais, como aquelas assecuratórias do devido processo legal (Art. 5.º, LIV, Constituição Federal), ampla defesa e contraditório (Art. 5.º, LV, Constituição Federal), fundamentação das decisões (Art. 93, IX, Constituição Federal)³, dentre inúmeras outras, empregando-se os métodos hermenêuticos da interpretação sistemática e teleológica, de modo a não se sacrificar valores jurídicos de primeira água em favor de uma apologia desmedida à celeridade.

Convém recordar ainda, na esteira dos ensinamentos do mestre, que a parte, ou seja, o jurisdicionado em questão possui o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado de acesso ao judiciário, traduzido no Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (Art. 5.º, XXXV, Constituição Federal), que pressupõe a prestação de Tutela Jurisdicional adequada, efetiva e de qualidade. Parece evidente que a atual morosidade enfrentada pelo processo não é exatamente fruto do fator segurança jurídica, mas das carências estruturais do Poder Judiciário e do exacerbado número de ações, crescente ano a ano, dentre outros fatores.

Igualmente, o que se tem visto é uma queda na qualidade da prestação jurisdicional e, por conseguinte, da segurança jurídica, em virtude de certas tentativas de deixar mais célere a resolução das demandas que chegam ao Judiciário. A promulgação da Reforma do Judiciário através da Emenda Constitucional 45, a assinatura do II Pacto Republicano de Estado e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça revelam uma clara preocupação do Estado brasileiro com a celeridade em sua jurisdição.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*

A previsão constitucional da “razoável duração do processo” e o Art. 4.º do Projeto de Lei 166/2013

O que se discute é como esse paradigma interfere nessa jurisdição. O estabelecimento de metas que ilustra o paradigma individualista e neoliberal de nossa sociedade confronta com a necessidade de uma prestação jurisdicional de qualidade.

O tempo da sociedade do século XXI se confronta com o tempo necessário para a jurisdição brasileira ser efetiva e adequada. Urge, portanto, discutir se este paradigma de metas será realmente efetivo para a prestação da tutela jurisdicional do Estado brasileiro.

5. Referências

ARENDETT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da Função a Estrutura: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário 2008, n. 5. Organizadores Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes. Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Processo e Ideologia: O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

ELLSCHIED, Günter. *O problema do direito natural. Uma orientação sistemática*. Trad. Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

GUIMARAES RIBEIRO, Darci. *Acesso aos Tribunais como pretensão a tutela jurídica*. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário 2008, n. 5. Organizadores Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes. Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003.

MAGENDIE, Jean-Claude. *Celerité et qualité de la justice: La gestion du temps dans le proces*. Paris: Relatório ao Ministro da Justiça, 2004.

ÖST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2007.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Editor Jose Maria Bosch, 1997.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Editora Marcial Pons, 2009.

Delação premiada, seus aspectos éticos e a questão jurídica

Awarded tipoff, its ethical and legal issue

Fernando Martins Fonseca

Servidor do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (2007), Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá – RJ, e em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Gama Filho – RJ. Aluno do Curso de Pós-Graduação “*Lato Sensu*” em Direito Civil e Direito Processual Civil do Uniasselvi/Verbo Jurídico em Porto Alegre/RS.
e-mail: fernandojurista@hotmail.com

Resumo: Este trabalho enfoca o estudo sobre o instituto da Delação Premiada no seu aspecto ético e analisa a questão jurídica no ordenamento brasileiro, considerando os diplomas legais que tratam do tema, porém sem a pretensão de esgotá-los. Verifica-se, através de estudo normativo, a falta de padronização no que concerne aos requisitos de admissibilidade da Delação Premiada. Traz uma abordagem inicial sobre a nova lei sobre defesa da concorrência, em especial a hipótese sobre o programa de leniência. Faz-se referência sobre a questão ética mencionando os pontos mais relevantes, mostrando-se que a discussão ainda é atual, principalmente sobre o ponto de vista de até onde o Estado poderia fomentar a traição entre os indivíduos. Mostram-se as falhas que apresentam as leis vigentes, principalmente sobre a questão referente aos aspectos subjetivos da delação (voluntariedade e espontaneidade). Outro ponto debatido diz respeito ao momento que se deveria celebrar o acordo de delação premiada. Refere-se com menção rápida sobre a Convenção de Palermo, onde prevê a necessidade de que os Estados signatários tomem medidas de incentivo para o fomento de hipóteses de colaboração por parte de membros dos grupos investigados. Ao final, sistematiza, segundo a doutrina, os pontos positivos e negativos que tem a delação premiada.

Palavras-chave: Delação. Criminalidade. Ética. Leniência. Proporcionalidade.

Abstract: This paper focuses on the study on the institution of denunciation Awarded in its ethical aspect and analyzes in the Brazilian legal question, analyzing the legal texts that deal with the subject, but without the pretension of exhausting them. It is through normative study, the lack of standardization regarding the admissibility requirements of informing Awarded. Brings an original approach on the new law on protection of competition, in particular the hypothesis about the leniency program. Reference is made on the ethical issue by mentioning the most important points, showing that the discussion is still present, especially on the point of view of how far the state could encourage betrayal among individuals. Show up the faults that have the laws, especially on the question of the subjective aspects of the informer (voluntariness and spontaneity). Another debate concerns the moment that we should conclude the award of denunciation. Refers to mention fast on the Palermo Convention, which provides for the need for States Parties to take measures to encourage the promotion chance of cooperation from members of the groups investigated. At the end, according to the doctrine systematizes the positives and negatives that have the whistleblower award.

Keywords: denouncements. Crime. Ethics. Leniency. Proportionality.

1. Considerações iniciais

O grande incômodo em que a sociedade vive, senão o maior deles, é o que se refere à criminalidade. O Estado, diante do grau de organização dos criminosos, lança mão de todos os meios para o combate deste mal que se prolifera por toda parte. Na busca de mais um mecanismo que ajude no combate à criminalidade, lança-se mão do instituto da “delação premiada”, com o propósito de ser instrumento eficaz. Tal instituto se vale da contribuição do próprio agente do ato investigado e, com a sua ajuda, chegar-se-á aos demais participantes, para que se identifique e penitencie os envolvidos na medida em que concorreram para o crime.

Recentemente, teve-se a aprovação da Lei 12.529 de 30/11/11 em que se estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo que em seu art. 86 dispõe sobre o Programa de Leniência. Na sua essência, é uma “delação premiada” com outra nomenclatura, admitindo-se, porém, doutrina que o trata como institutos diversos. Tal artigo traz a possibilidade de um envolvido com a atividade criminosa vir a se beneficiar, caso colabore com as investigações.

Assim, com a aprovação da nova legislação sobre o tema de “delação premiada”, surge novamente o debate sobre a incitação à traição entre membros de grupos criminosos, como ferramenta de combate à criminalidade. É inegável que a “delação premiada” e/ou acordo de leniência trata iguais de maneira diferente, sendo este um dos seus maiores entraves.

Tais institutos (“delação premiada” e acordo de leniência), para quem os entenda como diversos, podem funcionar bem e podem ser instrumentos que ajudem o Estado no combate ao crime. Porém, a suposta traição ou deslealdade deverá ocorrer inicialmente entre os membros do grupo, ou seja, algum deles deve se sentir traído, não ter mais interesse em continuar na atividade ilícita. Assim, com esta quebra de harmonia entre os membros do grupo, o que estiver mais fragilizado poderá ser um potencial “colaborador”, que se predisporá a falar tudo que sabe. Tal se dará não como uma forma de arrependimento, mas sim como uma forma de vingança contra os outros comparsas. Esta situação não foi imaginada pelo legislador quando tratou do tema, mas mesmo assim tem que ser admitida, pois o interesse maior do Estado deve ser no combate ao crime e não na real intenção do agente.

No que se refere aos aspectos jurídicos a “delação premiada” vem sofrendo desde o seu surgimento críticas de toda ordem. As principais delas talvez sejam a falta de uma padronização das hipóteses normativas e a falta de regulamentação de alguns aspectos, principalmente no que se refere à questão do procedimento de celebração do acordo de “delação premiada”. Falta ainda uma sistematização sobre o aspecto subjetivo, no ponto que se refere ao comportamento (iniciativa) do delator.

Quanto às omissões legislativas, estas têm o caso mais emblemático, qual seja o que se refere ao tempo em que é ou não possível se valer do instituto. Aqui é possível ter bons argumentos para qualquer fase processual, já que o legislador não se atentou para isso, a não ser em alguns casos específicos.

Ainda um grande problema envolvendo a “delação premiada” é o que se refere à segurança que o “colaborador” deverá receber por parte do Estado após entregar toda a trama delituosa ao seu poder punitivo. No mundo do crime a pena de morte é “instituto” perfeitamente possível e passível de ser aplicado a qualquer momento contra aquele que trai o grupo ou deixa de servir aos seus interesses.

O fato de ser ou não ético tal instituto, perpassando pelo próprio conceito de

justiça, leva à reflexão se seria mesmo eficaz ou não a aplicação da “delação premiada” e, ainda, se não haveria outras formas de se combater o crime organizado é também circunstância que se impõe para análise.

2. Conceito de Delação Premiada

Com relação ao termo “delação”, nada mais é do que em sua acepção natural o ato de denunciar, acusar, imputar a alguém alguma coisa. Já o termo “premiada” se refere simplesmente à recompensa, prêmio. Assim, “delação premiada” é instituto de direito processual penal, consistente no fato de estimular um indivíduo integrante de determinado grupo criminoso que, com o intuito de ver sua pena reduzida ou em alguns casos até mesma afastada, celebre um acordo com autoridades estatais, onde irá prestar informações sobre a trama delituosa de que é parte para, ao fim das investigações, obter um benefício pela participação nestas.

A doutrina de um modo geral, não diverge na conceituação. Com bastante propriedade, pode-se citar a contribuição de Guilherme de Souza Nucci, que ao discorrer sobre o assunto, traz que

delatar significa acusar ou denunciar alguém, no sentido processual, utilizando o termo quando um acusado, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. O valor da delação, como meio de prova, é difícil de ser apurado com precisão. Por outro lado, é valioso destacar que há, atualmente, várias normas dispostas sobre a delação premiada, isto é, sobre a denúncia, que tem como objeto narrar às autoridades o cometimento do delito e, quando existente, os coautores e partícipes, com ou sem resultado concreto, conforme o caso, recebendo, em troca, do Estado, um benefício qualquer, consistente em diminuição da pena ou, até mesmo, em perdão judicial (NUCCI, 2007, p. 1024).

Conforme se observa, trata-se de um ato de incriminação de um sujeito feito por outro que tem participação no mesmo evento criminoso, independente de já haver ou não investigação em curso.

Assim, pode-se ter, a partir do conceito acima exposto, que a “delação premiada” aparece como mais uma tentativa por parte do Estado de ter uma ferramenta que o leve a obter informações a que o próprio Estado dificilmente teria acesso, condescendendo com aquele que até então delinquia e agora se mostra arrependido e disposto a colaborar efetivamente nas investigações.

3. A questão ética da delação premiada

Muito se discutiu e ainda há vozes que debatem a respeito da questão ética que submerge o estatuto da “delação premiada”. A pergunta que se põe é se o Estado estaria promovendo a infidelidade e, por decorrência, causando um comportamento antiético e totalmente reprovável, o que, por implicação, não seria bem aceito pela sociedade, já que os exemplos mais elementares de ética deveriam partir deste.

Tem-se como conceito de ética o seguinte:

O termo ética deriva do grego *ethos* (caráter, modo de ser de uma pessoa). Ética é um conjunto de valores morais e princípios que norteiam a conduta humana na sociedade. A ética serve para que haja um equilíbrio e bom funcionamento social, possibilitando que ninguém saia prejudicado. Neste sentido, a ética, embora não possa ser confundida com as leis, está relacionada com o sentimento de justiça social. (Disponível em: http://www.suapesquisa.com/o_que_e/etica_conceito.htm. Acesso em 28 fev. 12)

A respeito do assunto, têm-se as exposições de André Gonzalez Cruz, sobre o instituto da “delação premiada” e a ética. Com bastante propriedade aponta para o seguinte:

O ponto de partida da delação premiada provoca a mais atávica repulsa moral. Com efeito, a história abomina traidores. Muito embora a finalidade deste trabalho não seja teológica, impossível não citar o nome daquele que, até que se prove o contrário, destaca-se como um dos maiores traidores de toda a história, Judas Iscariotes, que entregou Jesus aos soldados romanos em troca de 30 moedas de prata. Quanto à nossa história, os brasileiros associam a imagem de traidor a Joaquim Silvério dos Reis, que denunciou os planos dos inconfidentes mineiros em troca do perdão de sua dívida junto à Fazenda Real.

[...]

E não para por aí. Qualquer tipo de apologia à traição é vista como uma agressão aos objetivos expostos no preâmbulo de nossa própria Constituição, isto é, um atentado à construção de um Estado Democrático de Direito e à própria dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, da CF).

Indubitável a estreita ligação entre a delação e o espírito antidemocrático, visto que na Alemanha nazista os alemães recebiam de 2 a 3 mil delações por dia, destinadas a expor a origem judaica de compatriotas e os hábitos subversivos de alguns indivíduos, bem como no governo ditatorial do Brasil, marcado por inúmeras prisões efetuadas com base em denúncias infundadas feitas ao Departamento de Ordem Política e Social (Dops). (Delação premiada é mal necessário que deve ser restrito. *Consultor Jurídico*, 30 out. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-out-30/delacao_premiada_mal_necessario_restrito. Acesso em: 09 mar. 2012)

Mesmo com estas considerações bastante respeitáveis, não se pode considerar a “delação premiada” como um mal descomedido, com denúncias e mais denúncias sem qualquer fundamento. Neste diapasão, não se pode conceber que a ética entre os grupos de criminosos seja a própria com que se depara na sociedade de pessoas de bem.

Outro ponto que se faz necessário considerar é o fato de que na grande maioria das vezes o colaborador só está contando tudo que sabe, porque foi traído antes pelo grupo e decidiu se vingar. Aqui, trata-se de um ponto em que a “delação premiada” é bastante censurada, pois não é para isso que ela foi idealizada. O fato que se deve levar em apreço é o de que o indivíduo que igualmente permanecia unido ao crime se inclina a contribuir, revelando toda a trama delinquente, mesmo que para isso tenha que se incriminar também.

4. A nova lei sobre o Programa de Leniência

Invertendo a ordem cronológica de surgimento do instituto na esfera normativa interna, opta-se por primeiramente tecer determinadas exposições sobre a previsão trazida pela lei do CADE (Lei 12.529/11), por entender que seja o diploma normativo mais completo em nosso ordenamento jurídico.

O “acordo de leniência” ou “programa de leniência” é concepção do direito norte americano, como lembra Marcelo Ferreira de Camargo (s. d.), “*in verbis*”:

Os acordos de leniência, em âmbito concorrencial, surgiram nos EUA, em agosto de 1993, e passaram por várias alterações culminando no chamado Programa de Leniência Corporativa. No início, sofreram certa resistência que só foi superada após a descoberta de diversos cartéis em inúmeros setores da economia norte-americana.

Em decorrência desses resultados ocorridos no sistema norte-americanos o instituto do Acordo de Leniência sofreu um processo de globalização, e passou a ter previsão em vários ordenamentos jurídicos internacionais.

A nova lei do CADE (Lei 12.529 de 30/11/11) traz em seu bojo, no Capítulo VII, no art. 86¹, a previsão do “Programa de Leniência”, em que com intensidade se asse-

¹ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração;

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1.º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo;

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2.º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1.º deste artigo.

§ 3.º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4.º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

melha ao estatuto da “delação premiada”, sendo para parte da doutrina conceitos sinônimos.

Tem-se que a intenção do “acordo de leniência” e a “delação premiada” sejam os mesmos: perpetrar com que um indivíduo que esteja delinquindo pare com a atividade ilícita e colabore com as autoridades estatais na averiguação e no desmantelamento de toda a contextura delinquent e em decorrência, receba algum benefício em troca, que pode ser desde a diminuição da pena até a isenção da mesma.

Depreende-se da leitura do referido dispositivo que, ao contrário do que se possa imaginar inicialmente, a aplicação do aludido estatuto demanda o preenchimento de uma multiplicidade de condições objetivas e subjetivas para a sua implementação. Assim, o torna a melhor e mais completa previsão legal sobre o assunto até então editada.

A questão que se põe ao esboço deste instituto é a que diz respeito à identificação dos demais envolvidos na ação delituosa. A pergunta que se faz é necessário identificar todos ou se, na impossibilidade, apenas alguns envolvidos seria o bastante para obtenção do benefício. Ao que parece, pela análise conjunta de todos outros dispositivos, aquele que se alvitra a cooperar deve colaborar de forma ativa e igualmente, necessita informar quem são e como agiram todos os envolvidos, o conhecimento apenas parcial sobre o acontecimento parece que, à primeira vista, não poderia levar à obtenção do benefício.

No entanto, não pode ser considerado de forma absoluta, pois é preciso reconhecer por outro lado que, a depender do alcance da organização e complexidade da entidade delinquent, pode acontecer de o indivíduo-colaborador não conseguir distinguir todos os outros envolvidos no andamento de celebração do acordo ou ainda vir a ter informação somente após de transitada a sentença penal condenatória. Nesta última hipótese seria o caso de se reconhecer a aplicação do benefício já na fase de execu-

II – nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5.º Na hipótese do inciso II do § 4.º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6.º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7.º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8.º Na hipótese do § 7.º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9.º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

ção da pena.

O segundo ponto bastante importante é o que faz referência à aquisição de subsídios e documentos que informem a infração noticiada ou sob investigação. Assim, como referido anteriormente, parece que deve ser igualmente ativa a participação do ajudante no que se diz em relação à afinidade a à aquisição de documentos.

A lei manda que, para a concessão do benefício que se pleiteia com o instituto, haja um máximo de empenho por parte do agente predisposto a cooperar. Assim, deve municiar o Estado de informações e documentos que cabalmente provem o fato investigado e que talvez pela investigação ordinária sem a participação do colaborador não se obteria com a mesma eficiência. Deve-se, assim, apresentar ao poder de quem perquire todos os documentos de uma única vez e na própria oportunidade relatar sobre a possível existência de outros que sejam de sua ciência, mas não estejam ainda sob o seu poder.

O parágrafo 1.º, do art. 86, da Lei 12.529/11 elenca quatro outros requisitos, que são de essencial valor para a concretização do Programa de Leniência, e que infelizmente não são reproduzidos na mesma intensidade em diferentes dispositivos de normas penais que tratam do assunto. Mesmo sob repreensão de estar improvisando uma interpretação "*in malam partem*", parece que sua reprodução em diversos diplomas normativos ofereceria uma máxima e mais perfeita pujança quando da batalha contra a criminalidade.

O primeiro assunto apresentado refere-se à iniciativa da empresa em ser a primeira a se qualificar em respeito à transgressão apregoada ou sob inquirição. Andou mal o parágrafo 2.º, da referida Lei 12.529/11, ao afiançar que tal não se apõe a pessoas físicas. Este é de ampla acuidade e faz jus a detida atenção. O colaborador que pretende valer-se do estatuto deve ser o primeiro a se qualificar, seja como participe, coautor ou réu na infração sob investigação. Conquanto a lei não discorra, parece que além de primeiro deve ser o único a se valer de tal benesse, pois, do oposto, se desdobrasse o benefício a todos, desvirtuaria a intenção e o propósito do instituto.

5. Hipóteses reguladoras no Direito Brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro contempla o instituto da "delação premiada" em díspares conjecturas normativas, que nasceram igualmente em períodos e situações distintas, significando, na multiplicidade das vezes, mais como contorno de admissão da inabilidade do Estado em averiguar e castigar efetivamente os transgressores. Perante a complexidade em que se estruturam os delinquentes, o Estado se vê como réu, e a "delação premiada" o único remédio eficaz ao combate deste mal.

Busca-se aproximar os principais aspectos de cada um destes diplomas que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, revelando-se quais crimes são abrangidos; o momento em que é possível realizar o ajuste; quais condições devem ser preenchidas; os contingentes benefícios conseguidos e sua natureza jurídica e eventuais advertências que se despontarem relacionadas ao estudo aprofundado da "delação premiada".

Igualmente, entretanto, vale advertir que o nascedouro da imagem de "delação premiada" encontra semelhança em nossa legislação no art. 65, III, "d"², do Código

² Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

Penal, com a redação dada pela Lei 7.209 de 11 de julho de 1984.

Pode-se notar que já em 1984 o legislador pressagiu que necessitaria favorecer o agente que de atitude espontânea confessasse e contribuísse com a investigação, dando a este a probabilidade de ter um abrandamento da pena a ser-lhe aplicada. Tal possibilidade é muito respeitável, pois, ainda que não seja um fato intrincado e de difícil esclarecimento, o Estado está aparelhado para outorgar algum benefício àqueles que se despontarem com o desígnio de auxiliar na reparação do dano ou a atenuar suas implicações, ainda que para isso tenham que se inculpar.

Há que se analisar com bastante cuidado a autêntica finalidade daquele que admite os fatos para a aplicação ou não da atenuante. Neste sentido, Fernando Capez lembra que

a confissão qualificada, em que o acusado admite a autoria, mas alega ter agido acobertrado por causa excludente da ilicitude (confessa ter matado em legítima defesa) não atenua a pena, já que, neste caso, o acusado não estaria propriamente colaborando para a elucidação da autoria, tampouco concordando com a pretensão acusatória, mas agindo no exercício de direito de autodefesa (CAPEZ, 2007, p. 455).

Tal benefício pode ser concedido a qualquer crime, em qualquer momento durante a inquirição ou instrução criminal, desde que ressaltada a real intenção do agente. O benefício irá estabelecer em uma causa de atenuação da pena e tem o mesmo a natureza jurídica de atenuante genérica.

Igualmente, é possível perceber que o Estado está aparelhado para ajustar e laurear aquele que se inclina a contribuir com a aclaração ou até mesmo com a redução das consequências dos crimes. Para tanto, necessita que o agente seja um ajudante ativo junto ao Estado nas averiguações. É necessário ressaltar que a atenuante considerada não é no cerne a mesma coisa que a “delação premiada”. Aliás, como adverte João Eduardo Santana Davanço (s. d.),

a delação não se confunde com a confissão espontânea prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, pois nesta o agente apenas confessa sua participação no crime, sem incriminar um terceiro. Também não se confunde com a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, previstos no artigo 15, do Código Penal e nem com o arrependimento posterior, previsto no artigo 16, do Código Penal, visto que essas hipóteses também se restringem à participação do agente no crime. Também não se trata de testemunho, porque no testemunho não há o envolvimento na prática do delito por quem o presta.

Para que se configure a delação premiada, devem ocorrer, ao mesmo tempo, a confissão e a incriminação de um coautor ou partícipe. O objetivo da instituição de um prêmio ao delator, geralmente, na forma de redução de pena, é fornecer ao Estado informações que auxiliem a persecução penal, possibilitando a cessação das atividades criminosas, sobretudo aquelas ligadas ao crime organizado que, pela sua forma de estruturação e operação, torna-se mais difícil para as autoridades punir seus responsáveis com a utilização dos meios convencionais de investigação.

Assim, tem-se que a confissão espontânea prevista no art. 65, do Código Penal, é apenas um embrião, o nascedouro da imagem de que é admissível favorecer aquele

que contribui com o Estado em sua função investigativa. Constitui, pois, em uma primitiva fresta para a prática do instituto da “delação premiada” no ordenamento jurídico brasileiro.

5.1. A lei do crime hediondo

Diante da onda de violência vivida pelo Brasil no final dos anos 80 e particularmente por causa de um apontado episódio peculiar que abismou toda a população brasileira (caso Daniela Perez), foi editada a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que “dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências”.

Em seu art. 8º, parág. único³, traz o instituto da “delação premiada”, com o desígnio de dar máxima efetividade às averiguações, confiando que provocando a perfídia no meio dos bandos de delinquentes, possa dar um retorno à sociedade, que há muito tempo percebe que o Estado não alcança punir efetivamente aqueles que se oferecem ao crime com certo coeficiente de preparo.

Se depreende da leitura do dispositivo, que pode se beneficiar o participante e o associado que possibilitar o desmantelamento do grupo. O primeiro ponto a mencionar é que o aproveitamento de tal estatuto só é plausível para os casos em que o grupo organizado em quadrilha cometer crimes hediondos. Porém, não se aplica para as hipóteses de crime de extorsão mediante sequestro e tráfico de drogas, pois estes já têm uma “delação premiada” particular, segundo se verá mais adiante.

De tal modo, levanta-se a suposição de aplicar tal estatuto no caso de crimes cometidos por grupos de duas ou três pessoas. Para estes grupos, parece razoável a possibilidade de aproveitamento. Caso algum de seus integrantes venha a almejar obter determinado benefício se amparando do instituto da “delação premiada”, há que se ter a colaboração admitida, porém como uma atenuante genérica a depender do alcance da influência que convergiu para o esclarecimento do fato criminoso.

Outro aspecto que merece menção diz respeito aos beneficiários, pois somente o participante e o associado podem se valer de tal benesse. Com bastante razão, tal previsão é correta, não podendo se desdobrar tal benefício ao condutor do grupo ou mesmo mentor de toda a organização, porquanto do oposto o maior responsável despontaria com pena bem menor a custa da traição dos parceiros que ele mesmo aliciou para a empreitada criminosa.

Conquanto a lei não perpetre cautela e a doutrina seja taciturna sobre tal probabilidade, há que se acobertar que o benefício para o caso em tela tão-somente pode ser aplicado para o primeiro que vier a contribuir, lembrando que ela deve ser integral e efetiva. Mais uma vez, a observação de que o apregoando a autoridade investigante seja ocorrência inédita e que possivelmente não seria conseguida sem a informação do agente colaborador. Só assim, haveria de ser possível a aplicação da “delação premiada” para o tipo em análise.

Superada esta etapa, surge a indagação de quanto reduzir, já que a previsão é de redução de um terço (1/3) a dois terços (2/3). Pelo fato de a lei não traçar critérios

³ Art. 8.º. Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

de avaliação, tal incumbência ficará a cargo do juiz ou outra autoridade estatal, quando da celebração do acordo, ainda na fase investigativa, quando o agente se dispuser a colaborar. Ressalte-se, porém, que se algum fato novo surgir durante a instrução probatória, este não poderá ser levado em conta para alterar o quantum pactuado, pois o colaborador se comprometeu a participar efetivamente.

De outra sorte, surge a seguinte indagação: seria possível surgirem motivos que autorizassem a alteração do quanto fixado? Pois bem, ao celebrar o acordo, o pretense colaborador se compromete a prestar todas as informações que tem sobre a conduta investigada. Assim, se vier a surgir um dado que era possível ser de seu conhecimento e ficar provado que ele não o trouxe ao conhecimento da autoridade investigadora, deve-se caçar a possibilidade de concessão do benefício que iria ter ao final do processo. Porém, surgindo algum fato novo, que não era de seu conhecimento, este deve trazer ao processo, sem expectativa de ver alterado o índice da possível redução da pena, por ter se comprometido a participar efetivamente.

De tal modo, é no andamento da celebração do ajuste para alcance do benefício que precisará o pretense cooperador ter a ampla capacidade de transação para obter um percentual maior e a autoridade de diverso lado, por implicação, não ter até no momento das investigações qualquer ou insuficientíssimos subsídios sobre o objeto inquirido, devendo sustentar o quantum fixado, a não ser que apareça determinada ocorrência acentuada que permita a mudança para mais ou para menos do quantum fixado, o que parece ser raro, senão impossível de acontecer.

Estas observações acima necessitam se refletir nos demais eventos em que o estatuto surge, já que as conjunturas são praticamente as mesmas.

Seguinte ponto que leva à precaução é o fato de inexistir no tipo a presciência do *"animus"* do agente para com a participação, pois, ao contrário dos outros casos que também serão avaliados, não prevê o componente subjetivo da espontaneidade e/ou da voluntariedade. Satisfaz-se com a colaboração, mesmo se estiver sendo constrangido por uma terceira pessoa. Aqui parece que o legislador andou mal, pois necessitaria ter sido feita alusão sobre esta condição subjetiva, pois pode o agente estar dentro de um grupo e ter sido traído ou de qualquer forma ter sido contrariado em seus interesses censuráveis e, como forma de desagravo, vir a delatar o grupo e sair beneficiado, mesmo tendo praticado os mesmos fatos ou até mesmo empreendido fatos mais graves do que os perpetrados pelos diversos integrantes do grupo que não disporão da possibilidade da *"delação premiada"*.

Em apertada síntese, tem-se que a Lei 8.072/90 em seu art. 8º, desde a edição, admite o instituto em esboço para os crimes de quadrilha que se estabelece para o tírcio de crimes hediondos. Entende-se que o crime de tráfico já possui previsão especial na Lei 11.343/06, que se aplica independentemente de ser um grupo qualificado constituído em quadrilha para o alcance da benesse.

Pode o ajuste de *"delação premiada"* ser feito a qualquer momento. Apresenta como condições a necessidade de delação dos agentes e o dismantelamento da quadrilha. Segundo avaliado, o benefício estabelece a redução da pena de um a dois terços, cuja natureza jurídica incide em uma causa de diminuição da pena.

5.2. A lei do crime organizado

Vindoura ao aparecimento da lei dos crimes hediondos, surge a Lei 9.034, de 03 de maio de 1995, que *"dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a preven-*

ção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas". Em seu art. 6.^o, apresenta a proposição da aplicação da "delação premiada" para o atuante que cooperar com a justiça, permitindo o desmantelamento de toda a organização.

Apreciações à parte, neste caso peculiar, e perante a complexidade com que se fundam os delinquentes, tem-se que tal instituto pode ser bastante benéfico para a elucidação dos fatos, desde que um dos abrangidos queira efetivamente cooperar com a averiguação, descrevendo às autoridades estatais tudo que sabe.

Da mesma configuração como ocorre na lei anteriormente considerada, nesta não se traz com objetividade o juízo crítico para aferir o "*quantum*" será implantando para o arrefecimento, aceitando mais uma vez que se aufera o percentual quando da celebração do acordo de "delação premiada" ou quando da fixação da pena na sentença. Neste, parece ser um momento bom, pois terá a exata noção do quanto foi útil para o processo a colaboração do beneficiado, porém pode não trazer os resultados desejados pelo colaborador.

Há que aludirem os dizeres de Marcelo Batlouni Mendroni (s. d.), que de contorno forte sintetiza bem como se deve aplicar o referido instituto no caso desta lei:

Trata-se de dispositivo que, pela sua redação, delega grande discricionariedade ao Juiz. Estabelece a redução da pena de um a 2/3 a quem o juiz considere haver colaborado, espontaneamente, ao esclarecimento de infrações penais (quaisquer) e sua autoria. Não basta que o agente aponte fatos criminosos, mas também deverá apontar a sua autoria. Exige-se também, porque no espírito da Lei, que sejam infrações penais praticadas por integrantes de organização criminosa. No momento da fundamentação da sentença e fixação da pena, o juiz incumbirá avaliar o quantum da colaboração e correlacioná-lo com o quantum a ser diminuído da pena, dentro dos parâmetros legais.

A ampla novidade desta lei diz importância à presciência de que a colaboração deve ser espontânea. Cabe mencionar que pode-se ter como a apreciação de espontâneo aquilo que se faz por si mesmo, sem elementos ensaiados ou estudados, que vem do interior do sujeito sem um estímulo externo. Entretanto, para a aplicação do instituto em análise, não se faz fundamentalmente que seja espontâneo, satisfazendo-se que seja voluntário assim apreendido como sendo a ação que parte do indivíduo, mas que auferiu um estímulo externo. Porém, tal diferenciação não é pacífica, sendo para muitos como sinônima, o que, na prática, não pode acarretar amplas repercussões, pois o que se assemelha ser mais importante é o desmantelamento da organização criminosa do que a discussão sobre o que seria voluntário ou espontâneo.

Em síntese, trata-se de diploma normativo que, desde a sua edição, traz em seu art. 6.^o a antevisão do estatuto da "delação premiada". Seu aproveitamento se resume aos crimes empreendidos em organização criminosa, podendo ser notabilizado o acordo a qualquer tempo. Tem como condições a indigência de colaboração espontânea e esclarecimento das infrações penais e sua autoria. Assim como na lei de crimes hediondos, os benefícios são os mesmos: redução de um a dois terços, sendo, pois, sua natureza jurídica uma causa de diminuição de pena. A observação que se faz necessária é que, em que pese à antevisão da obrigação de espontaneidade, basta que a cooperação

⁴ Art. 6.^o. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

seja voluntária, em presença do caráter técnico da investigação.

5.3. *A lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional*

Outra importante espécie normativa que vem abordar o assunto sobre a “delação premiada” é a lei sobre o Sistema Financeiro Nacional. Trata-se da Lei 7.492 de 16 de junho 1986, que “define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências”, que em sua redação originária não trazia a previsão do referido instituto.

Somente com a edição da Lei 9.080 de 19 de julho 1995 passa a ter a “delação premiada” como possibilidade de instituto a ser aplicado em caso de determinado envolvido vir a cooperar com o procedimento investigatório, apresentando a probabilidade de aquisição de algum benefício sobre contingente de pena a ser justaposta ao final do processo. Tal previsão vem expressa no art. 25, §2.^o⁵ da referida lei.

Vale advertir que tem aplicação para todos os crimes previstos no seu texto. Pode-se notabilizar o acordo a qualquer período durante a inquirição ou até mesmo na fase de cumprimento da pena, a depender do fato e proposição citada nos autos.

Suas condições não se distanciam em relação aos demais já ponderados nas outras leis até agora. Requer que haja quadrilha ou coautoria, que a confissão seja espontânea (elemento subjetivo), necessitando manifestar-se toda a trama delituosa para a autoridade policial ou judicial.

Em que pese à antevisão não incluir o Ministério Público, é perfeitamente possível a sua inclusão, e mais do que isso, é necessário que se faça esta inclusão, pois, com o assentimento do Ministério Público, que é o titular da futura ação penal, será possível realizar o que foi acordado. Imagine, por exemplo, que o representante do Ministério Público não tenha sido informado de nada, e depois de alcançadas todas as informações aptas a embasar a denúncia, decida não denunciar, por perceber que as provas foram conseguidas de forma ilegítimas. Como se resolveria tal impasse? Parece que surgiria uma situação bastante constrangedora para as partes abarcadas na celebração do acordo, que não provocaram a intimação do membro do Ministério Público, que exerce a titularidade da ação penal pública. Então, em todos os episódios que abrangem a “delação premiada” se faz imperativo, ao menos a intimação do órgão do Ministério Público, para que tenha ciência do que está sendo feito e na qualidade de fiscal da lei, observe a efetiva e correta aplicação dela.

Mais uma vez os benefícios e a natureza jurídica do acordo são os mesmos já avaliados antes, redução de um a dois terço da pena, sendo sua natureza jurídica uma causa de diminuição de pena.

Em que pese à antevisão somente da presunção de espontaneidade, é sossegado que igualmente nas hipóteses de voluntariedade seja possível a celebração do acordo.

⁵ Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes.

§ 2.^o. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

5.4. A lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo

Dentro do estudo sistemático da “delação premiada” no ordenamento jurídico nacional, temos a Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, que “define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências”.

Assim como a Lei 7.492/86 anteriormente vista, a Lei 8.137/90 não trouxe em seu texto original a previsão da “delação premiada”, sendo tal inovação acrescentada no art. 16 parág. único⁶, com a redação dada também pela Lei 9.080/95.

Ao abarcar a presunção de “delação premiada” para os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, o fez com o mesmo propósito de coibir e dismantelar todo grupo criminoso que lese o bem jurídico protegido pela referida norma. Assim, tem-se que as condições, benefícios e natureza jurídica do acordo de “delação premiada” são os mesmos antes examinados, abrangendo até a hipótese de o membro do Ministério Público compartilhar ativamente de todo o processo de celebração do acordo.

Neste ponto, surge a questão sobre a espontaneidade, que não é tecnicamente sinônimo de voluntariedade, porém admitida, às vezes, como tal, o que faz com que surjam controvérsias sobre o tema, as quais parecem não ser o cerne para a aplicação do instituto. A propósito, Pedro Henrique Cordeiro da Fonseca (s. d.) discorre sobre estas controvérsias e afirma que

assim, devem os agentes estatais respeitar o livre arbítrio do investigado em relação a uma eventual delação. Se o legislador tivesse usado a expressão espontaneamente, o acusado somente seria beneficiado se ele mesmo tomasse a atitude de colaborar com a investigação, impedindo a incitação do delegado e do juiz para que o indiciado colaborasse. Na maioria dos casos, o corréu não sabe dos benefícios que poderá adquirir se colaborar com a justiça. A legislação brasileira não trata do tema uniformemente. Enquanto a Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95), a Lei que define crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90) e a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98) expressamente exigem a espontaneidade, a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/99) e a Lei Antitóxicos (Lei n. 11.343/06) contentam-se com a voluntariedade do ato. A Lei que dispõe sobre os crimes hediondos (Lei n. 8.072/90) e o Código Penal no seu artigo 158, § 4º, não dispõem sobre a exigência de ato voluntário ou espontâneo.

Assim, fica registrado que tal assunto está longe de ser considerado pacífico, tendo-se bons argumentos para ambas as interpretações, porém tem-se neste trabalho como expressões que, embora não sejam sinônimas, se equivalem, devendo levar em consideração a colaboração do indivíduo para elucidação dos fatos investigados e não o aspecto subjetivo da espontaneidade ou da voluntariedade. Vale ressaltar que o

⁶ Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

grande propósito do Estado é combater a criminalidade.

5.5. *A lei do crime de extorsão mediante sequestro*

Foi com a Lei 9.269 de 02 de abril de 1996 que se inseriu no Código Penal, em seu art. 159, o parágrafo 4.^o, a possibilidade da “delação premiada”, no crime que se refere à Extorsão mediante Sequestro. Do mesmo formato que nas outras conjecturas em que é aceitável tal estatuto, trata-se de delinquência de complexa aclaração em que o Estado excita a cooperação do transgressor pelo meio do arrependimento. Para isso, lhe proporciona o cabimento de ver sua pena abatida, caso venha efetivamente a compartilhar das investigações, sendo uma das hipóteses em que verdadeiramente o instituto da “delação premiada” tem maior eficiência.

A referida Lei 9.269/96, ao entrar em vigor, tirou o crime de Extorsão mediante Sequestro, da previsão de “delação premiada” nos crimes hediondos, conferindo-lhe um tratamento específico. Com isso, tem-se alterado o momento em que se pode notabilizar o ajuste, já que na lei de crimes hediondos poderia ser em qualquer período, presentemente, com esta alteração legislativa, somente antes da liberação do sequestrado é possível a celebração do acordo de “delação premiada”, o que parece ser o mais lógico e razoável. Por implicação, teve-se a alteração das condições, sendo necessárias a existência de concurso de agentes, a delação em si e a facilitação da liberação do sequestrado.

Além dos comentários já feitos sobre o instituto da “delação premiada” faz imprescindível constar esta observação que parece ser útil na aplicação do instituto, pois não se poderia alargar o leque de benefícios, permanecendo adstrito apenas no que se refere à pena a ser aplicada, não se estendendo às outras hipóteses benéficas.

5.6. *A lei do crime de “lavagem” de capitais*

A Lei 9.613, de 03 de março de 1998, que “dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores...”, traz em seu art. 1.^o, § 5.^o, a possibilidade de aplicação do instituto da “delação premiada”. Tais crimes têm uma peculiaridade importante, pois, para a sua configuração, necessário se faz que exista acontecimento de outro delito de forma prévia e que este seja previsto na referida lei, sendo que parece razoável defender os benefícios da “delação premiada” apenas para os crimes de “lavagem” de capitais, e não para os antecedentes.

Como se pode notar se trata da norma das mais brandas, se comparada com as outras hipóteses, com os maiores benefícios para o agente que se predispõe a cooperar com a justiça, tendo até mesmo a hipótese de extinção da punibilidade a depender do

⁷ Art. 159. [...]

§ 4.^o Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

⁸ Art. 1.^o. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

§ 5.^o. A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

grau de colaboração.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o acordo de “delação premiada” pode ser notabilizado a qualquer momento. As condições são a cooperação espontânea, que pode ser acolhida como sendo voluntária, suplantando a contenda sobre voluntariedade e espontaneidade, com a apuração das infrações penais e sua autoria ou puramente a localização de bens, direitos ou valores resultantes da atividade criminosa.

O que mais chama a atenção na referida lei são os seus benefícios para aquele que coopera com as averiguações, sendo, pois, quatro estágios que dependerão do que foi acordado quando da celebração da hipótese de aplicação da “delação premiada”. São eles: a) redução de um a dois terços da pena, que tem a natureza jurídica de causa de diminuição da pena; b) início de cumprimento da pena em regime aberto; c) isenção de pena, cuja natureza jurídica é causa de extinção da punibilidade; d) substituição por restritivas de direito, que tem a natureza jurídica de pena substitutiva.

Neste sentido, lembra Juliana Braga Gomes (2011) que alguns requisitos devem ser preenchidos para que se outorguem os benefícios da “delação premiada”, nos crimes de “lavagem” de capitais:

Para a concessão dos referidos benefícios, exige a Lei a presença cumulativa e obrigatória de alguns requisitos, sem quais não se aplicará o dispositivo. São eles:

1. a declaração do sujeito ativo do crime (autor, coautor ou partícipe) deve ser espontânea, ou seja, deve partir de impulso do próprio agente, de maneira natural e sem constrangimentos, no sentido de colaborar com a justiça;
2. as informações devem ser prestadas a uma autoridade (juiz, promotor ou autoridade policial);
3. os esclarecimentos prestados devem ser relevantes, resultando tanto na apuração do crime (evidências da materialidade e circunstâncias da conduta) e sua autoria (delação dos corréus não descobertos ou confirmação daqueles já conhecidos), quanto na localização física dos bens e dividendos oriundos da prática.

Vê-se, deste modo, que ao mesmo período em que a lei traz maiores benefícios para o cooperador, igualmente estabelece mais condições a serem preenchidas para a sua concessão, o que é bastante importante, pois, do contrário, poderia estar beneficiando quem não merece.

5.7. A lei de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas

Visando dar maior efetividade às investigações, surge a Lei 9.807, de 13 de julho 1999, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. Dispõe ainda sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Traz nos seus artigos 13⁹ e 14¹⁰ a previsão

⁹ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
- II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

do instituto da "delação premiada" sobre esta vertente.

Da apreciação contígua dos dois artigos citados, denota-se a existência de pontos em comum, ambos se sobrepõem a todos os crimes e em qualquer momento. Para o art. 13, além dos requisitos do art. 14, adiante estudado, faz-se necessário que seja o agente primário, que tenha uma colaboração efetiva na explicação dos fatos averiguados, carecendo considerar ainda a sua personalidade, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do crime.

Tem como benefício a pressuposição de perdão judicial (extinção da punibilidade, súm. 18 do STJ¹¹) e ainda a obtenção de medidas especiais de segurança.

Para as hipóteses do art. 14, basta a colaboração voluntária, que também pode ser espontânea, contribuindo para a investigação e processo criminal. Requer como resultado a identificação dos demais agentes, preservação e resgate da vítima e recuperação total ou parcial do produto do crime.

Os benefícios são os mesmos de outras espécies normativas já consideradas, quais sejam a redução de um a dois terços da pena e medidas especiais de segurança, tendo, pois, a natureza jurídica de causa de diminuição de pena.

Não se deve confundir a "delação premiada" com instituto do perdão judicial, pois, segundo indica Guilherme de Souza Nucci,

o perdão judicial é hipótese de clemência concedida pelo Poder Judiciário, dentro de parâmetros estipulados por lei, redundando em extinção da punibilidade. A lei 9.807/99 atingiu um estágio mais avançado de que suas predecessoras, permitindo o perdão quando o agente colaborar com a Justiça Criminal, delatando comparsas, permitindo a localização da vítima ou a recuperação total ou parcial do produto do crime. (NUCCI, 2007, p. 1025)

Quanto ao momento em que se deve dar a celebração do acordo de "delação premiada", aparece igualmente a contenda sobre qual o melhor momento para a realização do acordo. Conforme já se articulou ao longo deste trabalho, parece que a mais perfeita ocasião estaria naquele em que eficazes e maiores efeitos poderiam ser obtidos. Porém, dúvidas surgem sobre este momento, e Ricardo de Freitas Mello (2008) adverte:

Mas, e se o réu não colaborou na fase policial e posteriormente, em juízo, auxilia na identificação dos demais coautores ou partícipes com a localização da vítima e recuperação do produto do crime, será possível agraciá-lo com o perdão judicial?

Poderão surgir, em tese, três correntes de entendimento:

a) impossibilidade, pois sendo possível a colaboração e eventual "retribuição" legal na fase de investigação, o réu deverá colaborar espontaneamente desde o início, e, assim, a reticência na fase policial afastaria a voluntariedade da colaboração;

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

¹⁰ Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

¹¹ A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não substituindo qualquer efeito condenatório.

- b) possibilidade, sendo válida a colaboração, pois atingiu aos objetivos almejados previstos nos incisos I a III do art. 13, constituindo-se direito público subjetivo do réu diante da delação eficaz consumada;
- c) moderada, sendo possível a aplicação dos benefícios legais se os coautores ou partícipes foram identificados somente na fase judicial, em virtude da colaboração do réu, alcançando-se também os demais objetivos; ou já identificados, mas a vítima ainda não tenha sido localizada, assim como o produto do crime.

Há que se ressaltar que esta lei inova ao dar, ou ao menos ao arriscar dar, uma assistência para aqueles que cooperam com as investigações. Inova, pois o que se inclina a contribuir com a justiça se torna automaticamente inimigo dos que foram traídos, cuja sanção normalmente é a pena de morte.

5.8. A lei de drogas

Buscando oferecer máxima efetividade ao combate ao tráfico de drogas, é editada a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como “lei de drogas”, que traz em seu art. 41¹² a previsão da “delação premiada” para aquele que colaborar com as investigações. Da mesma forma em que analisado nos demais diplomas normativos, elenca os requisitos necessários para a sua concessão.

Igualmente a lei antevê a aplicação de “delação premiada” para as hipóteses de crimes nela previstos, que pode acontecer em qualquer ocasião. Requer que a colaboração ocorrida durante a investigação ou processo criminal seja voluntária (ou espontânea), com a identificação dos participantes e recuperação parcial ou total do produto do crime, conforme descrito no próprio artigo. Os benefícios são os corriqueiros às demais espécies normativas, que incide na redução de um a dois terços da pena, sendo, portanto, uma causa de diminuição da pena.

6. A Convenção de Palermo

O problema da criminalidade estabelecida não é uma exclusividade brasileira, pelo adverso, é problema que afeta todos os países do mundo. Diante disso, surge a necessidade de que o combate seja implantado de forma constante e com o comprometimento de todas as nações comprometidas com a paz social.

Diante deste contexto, foi promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, a Convenção de Palermo no ordenamento interno, sendo seu o art. 26¹³ que traz a

¹² Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

¹³ Artigo 26: Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei.

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente.

previsão de que é dever dos Estados signatários da referida convenção estimular as pessoas que estejam submergidas no crime a cooperarem com as averiguações, podendo por implicação receber algum benefício em troca, que pode ser desde a redução até a exclusão da pena.

De tal modo, trata-se de um norte legal (princípio) que visa combater o crime organizado transnacional, corrupção e “lavagem” de capitais, sobretudo. Requer que a cooperação seja de modo substancial para a inquirição ou julgamento, tendo como benefício a diminuição da pena ou impunidade. As orientações especificadas pela referida convenção são adotadas com bastante efetividade em nosso ordenamento jurídico, permanecendo apenas o dever relativo à falta de uma melhor sistematização, de uma norma sobre a processualística a ser adota na celebração do acordo, que é um dos maiores entraves do instituto.

7. Pontos negativos e positivos da delação premiada

Aproximando-se do fim do presente trabalho, faz-se imperativo o esclarecimento ainda sobre os pontos negativos e positivos da “delação premiada”, conforme elencados na melhor doutrina. Conforme se discorreu ao longo deste estudo, teve-se a chance de observar que as censuras são muitas, a falta de sistematização maior ainda, porém a “delação premiada” é uma ferramenta que, mesmo de forma ainda introvertida, tem sua valia para o combate da criminalidade. Muito bem colocadas são as palavras de Renato Flávio Marcão (2011), quando critica o instituto da “delação premiada”:

Afora questões de natureza prática como, por exemplo, a inutilidade, no Brasil, desse instituto por conta, principalmente, do fato de que o nosso Estado não tem condições de garantir a integridade física do delator criminoso nem a de sua família, o que serviria como elemento desencorajador para a delação, aspectos outros, estes de natureza ético-moral informam a profunda e irremediável infelicidade cometida mais uma vez pelo legislador brasileiro, muito demagogo e pouco cuidadoso quando se trata dos aspectos jurídicos de seus respectivos projetos de lei.

Igualmente, tem-se que a “delação premiada” está longe de ser um instrumento eficaz para o combate ao crime organizado ou alguma outra espécie de crime que seja

-
- i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;
 - ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;
 - iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;
- b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.
2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.
 3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.
- [...].

admissível o seu aproveitamento em tese; entretanto, mesmo sendo impotente, não se pode abandoná-la, é necessário considerar que é mais um instrumento que o Estado lança mão para o combate ao crime organizado.

Descrevendo muito bem os pontos positivos e negativos da “delação premiada”, pode-se citar os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, que assim dispõe:

São pontos negativos da delação premiada: a) oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social; b) pode ferir a proporcionalidade da aplicação da pena, pois o delator receberia pena menor do que os deletados, cúmplices que fizeram tanto ou até menos que ele; c) a traição, em regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio, que, no universo do delito, fala mais alto; f) o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; g) há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais. São pontos positivos da delação premiada: a) no universo criminoso, não se pode falar em ética ou valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem com as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado; b) não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave; c) o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; a delação seria a traição de bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado Democrático de Direito; d) os fins podem justificar os meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico; e) a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador; f) o Estado já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar pela transação, prevista na lei 9.095/95. A delação premiada é, apenas, outro nível de transação; g) o benefício instituído por lei para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices, pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência à regeneração interior, o que seria um dos fundamentos da própria aplicação da pena; h) a falsa delação, embora possa existir, deve ser severamente punida; i) a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não pode ser empecilho para a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro plano, a criminalidade organizada” (NUCCI, 2008, pp. 1024-1025).

Com esta explanação, chega-se ao fim deste trabalho, longe de exaurir o assunto, ou proporcionar uma saída para o embaraço que forma ao seu redor, mas com a percepção de ter exasperado ao leitor sobre as controvérsias que submergem o tema e induzindo alguns pontos em que o instituto exhibe falhas e que necessitam maior cautela, maiormente na carência de sistematização na legislação de regência e ainda por faltar resposta a muitos questionamentos sobre o tema. Agora às considerações finais.

8. Considerações finais

O presente trabalho, longe de consumir o assunto sobre a “Delação Premiada”, procurou avaliar os fundamentais pontos em que foi colocada no ordenamento jurídico brasileiro. Tal inclusão se deu, sobretudo, por causa da fraqueza do Estado diante das organizações delinquentes, que a cada dia estão mais estruturadas.

Para batalhar contra a criminalidade e impedir o comprometimento da segurança e da paz social, o expediente que resta ao Estado é apostar com a efetiva cooperação de um integrante de grupo ou quadrilha, com a sugestão de beneficiá-lo, caso coopere com as investigações.

Por não ser mais conveniente para o pretense cooperador conservar-se na organização ou grupo delinquente, quando de seu depoimento, que seja na fase policial ou já na fase de instrução do processo, poderá realizar um acordo de “delação premiada”, falando tudo que sabe e entregando os demais compartes do grupo ou da quadrilha, com o fim de conseguir o benefício combinado durante a celebração do acordo, que pode ser desde a redução até mesmo a isenção de pena.

A primeira vista, causa certa repulsa, porque além de golpear o princípio da proporcionalidade, pois está a se discutir de forma distinta quem permanecia até então na mesma situação, poderia configurar a situação de o Estado estar fomentando a traição, de estar a fazer acordos com delinquentes, ao invés de puni-los, conforme manda a lei e quer a sociedade.

Há que se ajustar e bem ponderar o benefício a ser alcançado com o referido instituto da “delação premiada”, pois, sem este, dificilmente o Estado conseguiria deliberação o caso inquirido, e o que seria “fomentar a traição?”, já que não se poderia falar em uma real fidelidade entre os agentes integrantes do grupo criminoso.

Excepcionalmente a “delação premiada” nem sempre quer dizer delação eficaz, já que a sua eficácia não reprime atitude obrigatória sempre. Além de não ter este caráter eficaz, há deficiência de uma sistematização entre os diplomas normativos, pois ora se fala em voluntariedade, ora em espontaneidade; ora não cabe também para o autor, ora para qualquer integrante; ora só redução da pena, ora até mesmo isenção de pena; e assim por diante.

Além destas desigualdades, o legislador, no que diz respeito à importância do momento da delação, foi acometido de inércia, inclusive na forma procedimental, que é sem dúvida o maior deles. Isso permite à doutrina a análise de como se proceder, o que, por implicação resultou em várias correntes que acolhem a aplicação do instituto em qualquer fase processual, até mesmo na fase de execução da pena.

A “delação premiada” vem sofrendo algumas mudanças, que significaram, de certa forma, evoluções positivas. Essas melhoras harmonizam a “delação premiada” e permitem ser idealizada com mais justiça, determinando maior segurança ao delator, acrescentando também sua eficácia no combate ao crime, em que pese a necessidade de se aprimorar alguns pontos que ainda são deficitários, por exemplo, a falta de uniformidade entre as hipóteses normativas e sobre a questão procedimental.

Não se pode deixar de mencionar mais uma vez que os amplos obstáculos para o eficaz aproveitamento da “delação premiada” são, sem dúvida, a aparente afronta ao princípio da proporcionalidade, além da declarada transgressão ao ponto da ética e da justiça. Pois, se promove a infidelidade, trata-se de forma distinta quem permanecia na mesma situação jurídica, o que enseja indignação ao instituto, que nem sempre é bem visto pela sociedade.

Entretanto, o benefício que ela tem acarretado é maior, pois transversalmente na “delação premiada” o delinquente auferir a oportunidade de se redimir perante a sociedade, e esta recompensa é um estímulo que, por ser dado de imediato, pode induzir a acreditar o beneficiado que o Estado tem organismos para recuperá-lo e beneficiá-lo, caso queira mudar de vida.

O que é imoral e antiético é o Estado, podendo se valer de um meio legítimo de combate ao crime, não o perpetrar, permanecendo apegado a elementos clássicos de investigação que há muito tempo já se mostraram integralmente impotentes para o combate ao crime organizado, que a cada dia mais complexo e dinâmico se torna.

O fato de ser ou não ético o instituto da “delação premiada”, por si só, não deixará de existir, pois é natural da própria sociedade esta concepção de debater e pensar cada meio que o Estado usa, aprovando-o ou não. Mas, o que se tem é que tal instituto, também com as carências que exhibe, ainda é mecanismo importante no combate a crimes.

Faz-se cogente tão-somente a melhor sistematização do instituto, para que seja aplicado uniformemente, não trazendo e não tendo que falar de rompimento da eticidade, iniquidade e insulto ao princípio da proporcionalidade.

Referências

BRASIL. *Decreto 5.015, de 12 de março de 2004*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 dez. 2011. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 jun. 1986. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro 1990*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 9.034, de 03 de maio de 1995*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 mai. 1995. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 9.080, de 19 de julho 1995*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 jul. 1995. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 9.269, de 02 de abril de 1996*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 abr. 1996. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9269.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 9.613, de 03 de março de 1998*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 mar. 1998. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

_____. *Lei n.º 9.807, de 13 de julho de 1999*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 jul. 1999. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 05 jan. 2012.

CAMARGO, Marcelo Ferreira de. O acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em:
<<http://jus.com.br/revista/texto/5426>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1.

CRUZ, André Gonzalez. Delação premiada é mal necessário que deve ser restrito. *Consultor Jurídico*, 30 out. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-out-30/delacao_premiada_mal_necessario_restrito>. Acesso em: 09 mar. 2012.

DAVANÇO, João Eduardo Santana. *Aplicabilidade do Instituto da Delação Premiada*. Disponível em:
http://www.pc.ms.gov.br/index.php?templat=vis&site=160&id_comp=2053&id_reg=4244&voltar=lista&site_reg=160&id_comp_orig=2053. Acesso em: 02 mar. 2012.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. *A Delação Premiada*. Revista do Ministério Público de Minas Gerais, n° 10, jan/jun. 2008. Disponível em:
http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26968/delacao_premiada.pdf?sequence=1. Acesso em: 01 mar. 2012

GOMES, Juliana Braga. Aspectos da delação premiada nos crimes de lavagem de dinheiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2973, 22 ago. 2011. Disponível em:
<<http://jus.com.br/revista/texto/19820>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

MARCÃO, Renato Flávio. A mais nova previsão de delação premiada no Direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3094, 21 dez. 2011. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/20686>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

MELLO, Ricardo de Freitas. Delação premiada: Do aspecto jurídico a sua eficácia. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 51, 31/03/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4661. Acesso em 12 mar. 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Delação Premiada e Organizações Criminosas - Lei n.º 9.034/95*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 29 Ago. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/ufsc/35-direitopenal/4227. Acesso em: 01 mar. 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT. 2007.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

A configuração do direito privado a partir dos direitos fundamentais

The configuration of private law as from fundamental rights

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães

Advogado, Mestre em Direito Público/UFU, Professor das disciplinas Introdução ao Estudo do Direito, Direito Processual Civil e Direito Constitucional do Centro Universitário de Patos de Minas/UNIPAM. e-mail: gabrielgomesdir@yahoo.com.br

Resumo: A dignidade da pessoa humana, positivada em diversos documentos internacionais e na quase totalidade das Constituições, traduz um marco nas transformações experimentadas pela Ciência do Direito no decorrer da segunda metade do século XX. Esse vetor axiológico, fundamento de todos os direitos fundamentais, irrompe a noção de que todo o sistema jurídico deve ser compreendido à luz da pessoa humana. O Direito Privado, portanto, que por anos a fio foi concebido em uma perspectiva eminentemente patrimonialista, passou a ser compreendido em um cariz personalista. Nesse viés, certo é que os direitos fundamentais, expressão maior da dignidade da pessoa humana, extenuam seus efeitos em toda a ordem jurídica, alcançando, por intuitivo, as relações interprivadas. As principais teorias identificadas sobre a incidência das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares são denominadas de teoria imediata ou direta e teoria mediata ou indireta. A primeira infunde a noção de que as normas consagradoras de direitos fundamentais produzem todos os seus efeitos nas relações interprivadas diretamente, isto é, independentemente de intermediação legislativa. Por seu turno, a teoria da eficácia indireta ou mediata propugna que os direitos fundamentais somente irrompem os seus efeitos nas relações entre particulares por meio de uma concretização legislativa ordinária, ou seja, por intermédio dos microssistemas que compõem o Direito Privado.

Palavras-chave: Evolução da Ciência Jurídica. Dignidade da pessoa humana. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Abstract: The dignity of the human person, positive in various international documents and in most parts of the Constitutions, represents a milestone in the transformation experienced by the Science of Law in the second half of the twentieth century. This vector set of values, foundation of all fundamental rights, the notion that breaks the entire legal system must be understood in light of the human person. The Private Law, therefore, that for years has been designed in an eminently assets, to be understood in a personalistic nature. This bias, it is certain that the fundamental rights, the greatest expression of human dignity, overdrive effects throughout the legal system, reaching, for intuitive, privates relations. The main theories on the incidence of identified standards of fundamental rights in relations between individuals are known as theory theory and immediate or mediate direct or indirect. The first notion that infuses the standards set forth the fundamental rights of all produce their effects on private relationships directly, ie independently brokering legislation. In turn, the theory of indirect or mediate effectively urges that the fundamental rights only burst its effects on relations between individuals through a common legislative achievement, i. e., through the microsystems

that comprise the Private Law.

Keywords: Development of Legal Science. Human dignity. Effectiveness of fundamental rights in private relations.

Introdução

Sem dúvidas, os direitos fundamentais representam uma das mais importantes conquistas da humanidade. A compreensão não meramente formal desses direitos se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, a qual funciona, pois, como uma inequívoca base normativa dos direitos fundamentais.

Inevitavelmente, a cláusula geral de humanização¹ – dignidade da pessoa humana – repercutiu consideravelmente no “universo do Direito”, de sorte que a sua incorporação à seara jurídica traduz um “salto de qualidade”² nesse ambiente. Não é desarrazoado dizer que a partir de então a pessoa assume uma posição norteadora do Direito.

Reflexos de toda ordem, portanto, se propagaram pela Ciência do Direito, sobretudo em razão da normatividade outorgada às normas constitucionais. A pauta valorativa irrompida pelos direitos fundamentais, por certo, passa a se irradiar objetivamente para todas as estruturas do ordenamento jurídico³.

No presente trabalho, pretende-se traçar algumas balizas teóricas concernentes ao modo pelo qual os direitos fundamentais incidem no ambiente eminentemente privado. A questão que exsurge, então, é como as normas consagradoras de direitos fundamentais produzem seus efeitos nas relações privadas, entre particulares.

Não se discute nesse trabalho a vinculação das relações interpessoais aos direitos fundamentais, mas, ao revés, de que forma a incidência dos direitos em referência sobrevirá nessa dimensão. Assim, a análise da temática subsiste em uma perspectiva metodológica.⁴

Vale dizer, no entanto, que antes de promover considerações sobre o assunto proposto, almejando situar o debate teórico no atual estágio científico em que se encontra o Direito, por ser imperativamente lógico, proceder-se-á a uma análise sobre as re-

¹ “Neste quinquênio coube, no caso brasileiro, a uns poucos civilistas a aproximação inicial contudística ao conceito, através da defesa de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana com fundamento no art. 1º, III, com o que se tentava reelaborar o princípio-guia que serviria a reunificar o direito civil” (MORAES, 2010, p. 72).

² Ensino extraído das aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, ministradas pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

³ “(...) o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, ‘representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado’” (SARMENTO, 2010, p. 85-86).

⁴ “Portanto, não há óbice em afirmar que os direitos fundamentais se aplicam nas relações privadas. A polêmica que se instaura é saber como os direitos fundamentais, nestas alteridades, seriam aplicáveis: direta ou indiretamente” (MARTINS, 2011, p. 194).

centes transformações por que passou a Ciência do Direito, assim como acerca dos efeitos verificáveis na seara privatista.

Cumpre advertir que o propósito deste trabalho, por intuitivo, não é extenuar o estudo do assunto em voga, apontando conseqüentemente uma solução perfeita e acabada para a investigação científica. O nosso objetivo é tão somente o de lançar algumas bases teóricas no que diz respeito à vinculação das relações privadas aos direitos fundamentais, contribuindo para a compreensão dessa temática e, quiçá, para a construção da Ciência do Direito.

1. Evolução da Ciência Jurídica: a humanização do Direito

A Ciência Jurídica, em razão da sua inequívoca conotação social, se transforma constantemente a partir dos influxos provenientes da realidade social, que é por demais dúctil.

Assim é que, ao longo da segunda metade do século XX, mais precisamente com o findar da segunda grande guerra, bem assim com a conseqüente proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Ciência Jurídica foi inundada com uma onda de transformações pontuais concernentes ao seu paradigma e forma de compreensão.⁵

A concepção filosófica positivista predominante até o supracitado marco histórico sucumbia a uma racionalidade formal, por meio da qual os fenômenos jurídicos eram reduzidos à norma posta. Nesse prisma, pairava sobre os jusfilósofos daquela época a ilusória noção de completude do ordenamento jurídico, de modo que o órgão legislativo teria regulamentado todas as relações sociais, prevendo uma solução para toda a miríade de conflitos. Em suma, o positivismo pregava que os litígios seriam solvidos mediante a aplicação silogística da norma positivada à situação fática subjacente.

As Constituições até então, a despeito de já disciplinarem as questões relativas à organização do Estado e aos direitos e garantias fundamentais, eram tomadas como documentos de natureza política, cujo cumprimento de suas disposições não se poderia exigir, pois que se tratava de uma mera “Carta de intenções”. A realização das diretrizes e programas estabelecidos pelo legislador constituinte ficava, portanto, inteiramente submetida ao juízo de conveniência e oportunidade dos agentes investidos no poder. A verdade é que os Poderes Públicos não se comprometiam, com fidelidade e sinceridade, em cumprir os fins plasmados nas Constituições.

⁵ “A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades cometidas contra milhões de seres humanos, houve uma evolução da teoria jurídica, abandonando-se a exclusividade do formalismo, para trabalhar com os valores constitucionais, com o elemento axiológico da norma jurídica, com ideias de construção de um novo mundo” (BEURLEN, 2009, p. 45). “Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos. A Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU, constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento. Ela é assinalada pelo aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos” (COMPARATO, 2007, p. 55-56).

Passado o Holocausto – massacre promovido pelo regime totalitário que acabou por arruinar parte da Europa (Nazifascismo) –, uma nova forma de se compreender o Direito começou a despontar como algo imperativamente necessário, à vista que toda barbárie promovida por este regime foi levada a efeito sob a proteção do “manto da legalidade”, compreendida, por intuitivo, em um viés eminentemente positivista, formalista.

Diante desse contexto, a doutrina e a jurisprudência levaram a efeito uma série de inovações metodológicas, as quais foram agregadas à dogmática jurídica, mais especificamente no que diz com a posição da pessoa humana no sistema jurídico.

Essa inflexão por que passou a Ciência do Direito teve como “mola propulsora” o princípio da dignidade humana⁶, assim compreendido em um cariz material. Pode-se afirmar, em suma, que houve um retorno aos valores, configurando-se o fenômeno que os estudiosos convencionaram em chamar de “Virada Kantiana”, expressão que se presta para designar a reaproximação do Direito com a Ética⁷.

Vale dizer, oportunamente, que essa parábola verificável na Dogmática Jurídica subsistiu tendo como diretriz filosófica o pós-positivismo, que se caracteriza pela confluência das correntes de pensamento jusnaturalista e positivista, afigurando-se como um ponto de equilíbrio entre esses dois paradigmas prefacialmente opostos (BARROSO, 2010, p. 247).

As consequências advindas da mudança de paradigma em referência – o retorno aos valores – provocaram, por certo, acentuadas transformações na forma de se compreender o Direito, dentre elas: atribuição de força normativa à Constituição que, inquestionavelmente, conferiu normatividade aos princípios constitucionais; expansão da jurisdição constitucional; desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional⁸, entre tantas outras.

Não pairam dúvidas, na esteira do pensamento de Konrad Hesse (1991), sobre o alto grau de importância que a normatividade constitucional assume nesse novo cenário da Ciência do Direito. Com a força normativa atribuída às Constituições, as normas radicadas no seu texto abandonam, pois, seu caráter essencialmente político – “de uma Carta de intenções” – para alçar um “status” de norma jurídica, dotadas da imperatividade que lhes é imanente⁹. Consigna-se que a nova concepção de norma constitucional

⁶ Denota-se claramente a relevância desse valor suprajurídico (dignidade da pessoa humana) das lições de Martins (2009, p. 51), para quem “(...) há uma tendência doutrinária que compreende o valor da dignidade da pessoa humana, tantas vezes transcrito nas Constituições mundiais, como o vetor preponderante dos direitos fundamentais. Possível compreender que o axioma da dignidade da pessoa humana, inserido como fundamento na Constituição Federal (art. 1.º, III), transparece nitidamente como fonte do ordenamento jurídico, sendo que a partir dele toda norma jurídica constitucional ou infraconstitucional se desdobra, permitindo alcançar objetivos (foz) presentes na mesma Constituição (art. 3.º): erradicação da pobreza e da marginalidade e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

⁷ Conforme consta em nota de rodapé em Barroso (2010, p. 250), essas ideias tem como marco inicial a obra de John Rawls “*Theory of Justice*”, publicada em 1971.

⁸ Idem, p. 262. Informação colhida nas aulas da disciplina de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, ministradas pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

⁹ Ponto amplamente abordado por Flóres-Valdes (1991, p. 27): “Y, como conclusión ante la cuestión planteada y resumidamente desarrollada, podemos afirmar que la Constitución no sólo es una norma jurídica, es también norma cualitativamente distinta y superior a las demás del ordenamiento, en cuanto incorpora el sistema de valores esenciales de convivencia, que ha de

de que se está a tratar resulta no dever de que os valores e fins consagrados pelo legislador constituinte sejam efetivamente realizados.

Superada a noção positivista – apenas em parte, é preciso dizer – sustentada no âmbito do Estado Liberal, cujos contornos dogmáticos foram brevemente expostos acima, sem, contudo, afastar a sua estimável valia histórica para a elaboração da Teoria do Direito, é certo dizer que as Constituições se moveram para o centro do sistema jurídico, ou, nas oportunas palavras de Paulo Bonavides (2010, p. 398), o princípio da constitucionalidade “deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”.

Isto significa dizer que os valores e as diretrizes consolidados na Constituição Federal se irradiarão para todos os microssistemas jurídicos, fazendo com que a atividade hermenêutica realizada sobre as leis infraconstitucionais tenha como ponto de partida a normatividade constitucional. Portanto, “toda interpretação jurídica será, por intuitivo, uma interpretação constitucional” (BARROSO, 2010, p. 364).

Nesse sentido, a doutrina convencionou em designar por “filtragem constitucional” o fenômeno segundo o qual a ordem jurídica deve ser compreendida a partir da Constituição, observando-se os valores e fins assegurados em seu texto. Impõe-se, dessa forma, que os institutos jurídicos sejam reinterpretados sob uma ótica constitucional¹⁰.

Ainda, no que concerne aos avanços experimentados pela Ciência Jurídica, contrapondo-se às aspirações positivistas propugnadas no seio do Estado Liberal (Estado de Direito), onde as regras eram concebidas como normas jurídicas supremas, cumpre trazer a baila a ideia de incompletude normativa do ordenamento jurídico. Revela-se imanente a esta noção a existência de lacunas no sistema jurídico positivo, eis que, conforme mencionado alhures, por imperativo lógico, não é possível ao legislador prever todos os acontecimentos sociais, até mesmo porque, à medida que a legislação envelhece, surgem as suas insuficiências.¹¹ É necessário, portanto, que o intérprete lance mão da interpretação sociológica, a fim de que possa complementar a atividade legislativa, amoldando a hipótese normativa às peculiaridades da situação fática em concreto.¹²

servir de piedra de contraste y de criterio informativo e interpretativo de todo el ordenamiento jurídico.”

¹⁰ “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional” (BARROSO, 2010, p. 364).

¹¹ Maximiliano (2010, p. 11-12), já na década de 20 do século passado, adverte que “ante a impossibilidade de prever todos os casos particulares, o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios – estabelecer preceitos gerais, de largo alcance, embora precisos e claros. (...) O legislador assemelha-se ao generalíssimo de um grande exército. Um experimentado chefe militar não ordena as menores operações táticas: abstém-se de prescrever uma conduta para cada eventualidade. Dá instruções amplas: frisa diretivas gerais; delineia um plano de larga estratégia; deixa as minúcias de ocasião à iniciativa individual, ou aos subcomandantes. Também o legislador oferece preceitos abstratos; traça os lineamentos exteriores da ordem jurídica, dentro dos quais o intérprete acomoda o caso concreto, isolado, e às vezes raro.”

¹² “É sobretudo com as regras positivas bem feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente, adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora pre-

Como resulta claro, a conversão axiológica sobrevinda na Ciência do Direito, representativamente demonstrada pela transmutação do Estado de Direito em Estado Constitucional, acabou por produzir efeitos em todos os setores do sistema jurídico, especialmente no Direito Privado, porquanto o núcleo do ordenamento antes ocupado pelo Código Civil hoje é tomado pela Constituição e pela sua essência democrática e humanista.

2. A (re)configuração do Direito Privado

Em meio ao Estado liberal, cujo aporte filosófico se concentrava nas aspirações positivistas normativistas, envolvidas em uma racionalidade formal, compreendia-se nitidamente a divisão do ordenamento jurídico em duas esferas que não se convergiam, como se fossem dois líquidos que, por mais esforços que se empreende, não se solvem. Esses dois núcleos inconfundíveis eram identificados como Direito Público e Direito Privado.

O Direito Privado, em função da ideologia burguesa proeminente nesta época, traduzia-se como uma seara do Direito inequivocamente marcada por um cariz sobremaneira patrimonialista. A preocupação que tomava corpo nesse instante histórico consistia em proteger os indivíduos da ingerência estatal, daí por que o Estado veio a assumir uma postura absenteísta, respeitando energicamente a esfera de liberdade das pessoas. Contudo, não se pode esquivar em dizer que essa posição distanciada do Estado acabou por possibilitar a visível desigualdade entre os indivíduos.

Não configura demasia salientar, corroborando a concepção patrimonial vigente outrora, que o Código Civil figurava como um documento legislativo maior, em detrimento da Constituição, que era concebida em um aspecto meramente político.

Assim é que o âmbito de atuação do Estado não se voltava para a proteção da pessoa, ao revés, o primado estatal desta época convergia-se – salvo raras exceções – em conferir cada vez mais fôlego para o desenvolvimento das relações econômico-mercado-lógicas.

Não obstante, a mudança de paradigma que se operou no seio da ciência jurídica – cujo início, conforme visto, sobreveio com o findar da segunda grande guerra e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos – ensejou algumas transformações inafastáveis que produziram efeitos na seara do Direito Privado.

A real consciência da necessidade de se proteger a pessoa humana, especialmente no que diz com a sua dignidade, certamente figurou como protagonista neste novo cenário caracterizado por uma série de mudanças admitidas na forma de se compreender a ciência jurídica.

A dignidade da pessoa humana, dentre outras atribuições, funciona como fonte normativa dos direitos fundamentais¹³. Por este viés, verifica-se que tais direitos é que passaram a ocupar uma posição de destaque no ordenamento jurídico, figurando como

sente, com apreçar e utilizar todos os valores jurídico-sociais – verdadeiro sociólogo do Direito” (*Op. cit.*, p. 32).

¹³ Preceito ministrado pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, nas aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público, da Universidade Federal de Uberlândia. “O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem” (LAFER, 2006, p. 118).

signos de humanização do Direito.

Nessa linha de ideias, o Direito Privado, notadamente o Direito Civil, sua maior expressão, foi dominado por uma perspectiva dogmática humanista, de sorte que a atividade hermenêutica levada a efeito sobre as normas que o compõem deve se pautar por uma conformação ditada pelos direitos fundamentais e, em última análise, pela cláusula geral de humanização, que é a dignidade da pessoa humana.¹⁴

Indubitavelmente, portanto, as diretrizes patrimonialistas que assolavam a compreensão e a aplicação do Direito Privado foram mitigadas, para dar lugar à proteção e à promoção da pessoa humana também na seara privatística¹⁵. Por certo, a concepção de “relação jurídica” até então predominante, entendida como o vínculo estabelecido entre dois sujeitos por uma prestação de conotação pecuniária, passou a ser compreendida como “situação jurídica”, que parte da noção de que a pessoa está perspectivada¹⁶ dentro do ordenamento jurídico, o que significa dizer que a pessoa é dotada de direitos e, reflexivamente, de deveres, ônus, obrigações e responsabilidades. Em complemento, insta dizer que a nota distintiva da “situação jurídica” resume-se na incidência dos valores irrompidos pelos direitos fundamentais, tornando as relações privadas mais personalistas¹⁷.

¹⁴ “É preciso avaliar a mudança do ponto de vista sistemático, ressaltando que, se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado. (...) É nesse sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil” (MORAES, 2010, p. 73).

¹⁵ “Aquí reside, precisamente, la piedra de toque de la cuestión, puesto que, como Perlingieri se permite resaltar, la transformación despatrimonializadora en el Derecho civil se produce ‘fundamentalmente como consecuencia del mayor relieve dado a la persona’ y, en su opinión, ‘hoy resulta posible afirmar como conclusión general que intereses y derechos de naturaleza esencialmente personal se anteponen a intereses y derechos patrimoniales, lo que supone que en la jerarquía de valores la persona humana prevalece sobre el interés económico’. En esta significativa tendencia despatrimonializadora, a juicio de Donisi, ‘la Constitución y la protección de los derechos de la personalidad constituyen una aportación relevante’, apreciación que tiene la doble virtualidad de avalar el interés del Derecho civil constitucional y, a la vez, de reforzar el contenido del Derecho civil al situar a la persona en su centro de gravedad” (FLÓRES-VALDES, 1991, p. 56).

¹⁶ “Con esta óptica fundamentalista personal, el Derecho civil asume o se erige en polo de atracción de materias tales como los derechos de la personalidad (vida, libertad, honor, nombre ...); la capacidad (nacimiento, desarrollo, extinción); su condición y sus estados; el ejercicio de sus poderes y la responsabilidad que le incumbe; sus manifestaciones externas (persona física y persona jurídica: asociaciones y fundaciones); su libertad y hasta los rasgos ónticos de su actividad básica interpersonal. Porque, en resumen, el Derecho civil es, ante todo y como ha insistido Jordano Barea, ‘el estatuto jurídico de la persona’” (*Op. cit.*, p. 46).

¹⁷ Lições extraídas das aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, ministradas pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins, no Curso de Mestrado em Direito Público, da Universidade Federal de Uberlândia. Sarmento (2010, p. 93), recorrendo às preleções de Luiz Edson Fachin discorre que: “A personalização, portanto, não é incompatível com a socialização do Direito Privado, mas configura antes uma das causas deste processo, já que se concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos mas também vinculado por deveres perante seus semelhantes, pois, como destacou Fachin, com a personalização ‘(...) a solidariedade adquire valor jurídico (...). A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade.”

A situação jurídica, portanto, traduz a ideia de que a pessoa deve ser protegida no âmbito das relações privadas, de modo que eventuais arbitrariedades nesse ambiente devem ser afastadas à vista que não se admite violações aos direitos da personalidade que não importe benefícios ao seu titular.

Vale dizer, por oportuno, que a proteção da pessoa humana no quadrante privado revela-se possível por intermédio dos direitos da personalidade, na medida em que traduzem a configuração privada dos direitos fundamentais. Os direitos da personalidade trazem consigo, pois, uma considerável carga valorativa humanizatória, eis que, em certa medida, a sua fundamentação radica-se sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. É necessário notar, por mais paradoxal que possa parecer, que no cenário dos direitos da personalidade a pessoa é tutelada ao passo em que também é titular dos direitos (proteção do nome, da integridade física e psíquica, direito à privacidade, entre outros); em outros termos, a pessoa figura, a um só tempo, como sujeito e como objeto de proteção¹⁸.

Tendo em vista a pluralidade e o caráter multifacetário da sociedade moderna, é razoável que se admita a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou, então, direito geral de personalidade. Se quer com isso dizer que os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, não são concebidos em um rol taxativo, estanque. Ao revés, a proteção da personalidade deve ser tão flexível e mutável quanto os seus titulares/objeto.¹⁹ Verifica-se, nesse sentido, com apoio em José de Oliveira Ascensão²⁰, que os direitos da personalidade são atípicos, ou seja, estão dispostos em um rol aberto e mutável, que pode ser livremente integrado por outros direitos da mesma tônica.

Não se pode olvidar em dizer, ademais, que a tutela e promoção dos direitos da personalidade se perfaz, em termos, a partir da não violação por parte dos outros atores privados. Verifica-se que a adoção de um comportamento passivo por parte dos agentes privados também conduz à proteção dos direitos da personalidade. Nesse momento, cumpre trazer à baila a noção de que a dignidade da pessoa humana pressupõe um sujeito moral que reconhece outro com a mesma característica. Em suma, nas situações jurídicas há mais de uma dignidade da pessoa humana – tantas quanto sejam as pessoas envolvidas – cuja soma resulta na formação da solidariedade²¹.

No que respeita à concepção estanque entre Direito Público e Direito Privado supradelineada, há que se falar que, com a relevância normativa deferida aos direitos

¹⁸ Lições depreendidas das aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, ministradas pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

¹⁹ “Ademais, a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação” (COMPARATO, 2007, p. 29-30). “É certo que os direitos da personalidade são muito mais numerosos do que aqueles de cuja disciplina se ocupou o legislador do direito privado” (CUPIS, 1961, p. 83).

²⁰ In: *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf. Acesso em 01 jul. 2011.

²¹ Ensinos ministrados pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins nas aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, no Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia. “De fato, numa sociedade solidária, como a que o constituinte brasileiro quis instaurar, além do dever geral de não violação da personalidade humana, é necessário que também sejam impostas aos atores privados obrigações positivas, ligadas à promoção e realização dos valores da personalidade” (SARMENTO, 2010, p. 101).

fundamentais infundida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que ensejou a imposição de que toda ordem jurídica deve ser percebida à luz dos valores por eles consubstanciados, vislumbra-se, claramente, uma verdadeira interpenetração entre estas duas vertentes do Direito.²² Ademais, corroborando a clivagem em referência, cumpre registrar que a Constituição Federal em vigor está repleta de normas de Direito Privado²³.

Com efeito, a diretiva metodológica em realce rendeu efeitos até mesmo ao legislador ordinário, porquanto alguns diplomas legais publicados após o advento da Constituição Federal de 1988 – dentre eles o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso – consubstanciam com veemência os valores personalistas e os fins plasmados no texto constitucional.

Nesse sentido, tendo em vista a influência generalizada que a dignidade da pessoa humana tem exercido sobre os diplomas legislativos, em observância da sua função aglutinadora, denota-se razoável que as espécies normativas sejam, dessa forma, compreendidas e aplicadas em um verdadeiro diálogo de fontes. Isso implica primar por uma relação de coordenação entre todas as fontes jurídicas, as quais envolveriam a aplicação e integração conjunta das normas, pautando-se sempre pela finalidade

²² “Ao se exaurirem porém as potencialidades sociais, políticas e econômicas contidas naquele rígido quadro de separação entre o Estado e a Sociedade, típico da idade do liberalismo, o constitucionalismo ingressou numa fase de todo distinta, em que Estado e Sociedade se interpenetram numa conciliação de conceitos e realidades, com alta dose de politização ou estatização (essa ocorre em casos mais extremos) das relações sociais básicas, cujo eixo de gravitação já não se contém como dantes em esfera inteiramente privatista” (BONAVIDES, 2010, p. 476). “Realmente, una Constitución moderna, como es la española de 1978, incrementa y expande sus contenidos jurídicos y, en consecuencia, afecta o incide tanto en el ámbito del llamado Derecho público como en el área del Derecho privado, porque la Constitución actualmente ha adquirido tal amplitud y omnicomprensión, dentro del mundo jurídico, que en ella se encuentran, según la famosa frase de Pellegrino Rossi, ‘los títulos de los grandes capítulos de todas las ramas del Derecho’, habiendo llegado a ser, en feliz expresión gráfica de Romano, a la manera de ‘tronco al que se conectan y del que nacen, separándose, todas ramas del Derecho’” (FLÓRES-VALDES, 1991, p. 28).

²³ “Al unísono se destaca en nuestra doctrina que ‘el estudio del Derecho civil – como por lo demás hoy el de cualquier rama del ordenamiento – no se puede hacer bien si no es partiendo del conocimiento de la Constitución’; que ‘a la perspectiva habitual en el estudio y análisis del Derecho civil, debe añadirse, inicialmente, y como punto de partida, una permanente perspectiva constitucional’; o que ‘materias tratadas por los civilistas tradicionalmente han entrado por fin en la Constitución’” (*Op. cit.*, p. 16-17). “Hoy día, con una Constitución que afirma su normatividad jurídica y que, siguiendo la tónica imperante en el mundo occidental, incorpora a su texto normativo numerosas materias de Derecho civil, la incidencia constitucional en éste se hace más patente y universal” (*Op. cit.*, p. 36). “Sem embargo, Dürig admite a necessidade de se construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado –, os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacentes aos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2010, p. 198). “[...] é significativo que as relações entre Constituição (com destaque para os direitos fundamentais!) e o Direito Privado sempre se revelou como sendo pautada por um relacionamento dialético e dinâmico de influência recíproca. Também por isso a relação entre a Constituição e o Direito Privado pode ser descrita pelo menos a partir de duas perspectivas: a do Direito Privado na Constituição e a da Constituição no Direito Privado” (SARLET, 2010, p. 19).

de tutela e promoção da personalidade.

3. Incidência dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

No âmbito da atual dogmática dos direitos fundamentais, a vinculação dos poderes públicos a esses direitos representa uma situação quase que imune a discussões²⁴. Não é demasiado lembrar que os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos com o fito de proteger o indivíduo em face das ingerências do Estado, primando assim pelos ideais liberalistas então imperantes²⁵. Demais disso, conforme salientado alhures, com a mudança de paradigma implementada a partir da segunda metade do século XX, às Constituições foi outorgada força normativa, fazendo com que elas passassem a ser concebidas como normas jurídicas, e não mais como documentos eminentemente políticos. Por essas razões, resulta clara a postura vinculativa dos direitos fundamentais em relação aos poderes públicos, cumprindo a eles promover a efetivação dos direitos em voga na maior medida possível.

Ainda no que diz com a eficácia das normas consagradoras de direitos fundamentais, cumpre dizer que a dogmática constitucional e privatista forjada nos dias atuais inclina-se para reconhecer a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, na medida em que esses direitos mais essenciais da pessoa humana são passíveis de serem violados não só pelo Estado (e é justamente esta a justificativa para a conquista dos direitos fundamentais de primeira dimensão), mas também pelos próprios indivíduos em meio às relações entabuladas entre eles, onde não há a ingerência estatal. No bojo de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como a família, a sociedade civil e a empresa, denota-se indispensável a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas (SARMENTO, 2010, p. 185).

Convém esclarecer, nesse sentido, que a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares pode subsistir de duas formas distintas²⁶.

Consoante se depreende do enunciado normativo estampado no art. 5.º, §1.º, da

²⁴ “[...] em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5.º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. [...] Ao art. 5.º, §1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1.º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa – de acordo com a lição de Jorge de Miranda – que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como ‘baliza e referencial’” (SARLET, 2009, p. 366).

²⁵ “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2010, p. 563-564).

²⁶ Em verdade, há uma gama de teorias acerca da forma com que os direitos fundamentais são aplicados na esfera interprivada. Não obstante, almejando reduzir a complexidade do assunto, bem assim considerando a compreensão predominante sobre essa temática no âmbito da doutrina brasileira (Sarlet, Sarmento, Steinmentz, etc.), que converge para o reconhecimento de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, optou-se, no presente trabalho, por abordar apenas as teorias representativas das correntes positiva e negativa.

Constituição Federal, tem-se que os direitos fundamentais deverão ser aplicados imediatamente.

Por seu turno, verifica-se a possibilidade desses direitos serem efetivados na aplicação dos próprios microssistemas constituintes do Direito Privado atual, que, pelo menos em uma visão generalizada, estão conformados pelas diretrizes personalistas infundadas pela ordem constitucional inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

É notório, pois, que o ordenamento jurídico oferece dois caminhos para chegar a um mesmo lugar. Existem duas metodologias diversas que conduzem a um só resultado, qual seja, a proeminência da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, possibilitada pela observância dos direitos fundamentais, que, por óbvio, decorrem desta cláusula geral de humanização.

Nesse contexto, cumpre registrar que o pensamento jurídico pode ser validado por uma estratégia constitucional ou infraconstitucional²⁷. Projetando essa diretiva metodológica sobre a temática proposta, tem-se que os direitos fundamentais são suscetíveis de serem aplicados às relações privadas pela via direta ou indireta²⁸. Assim sendo, serão tecidas algumas considerações mais pormenorizadas acerca dos processos observáveis para a aplicação dos direitos fundamentais na seara das relações particulares.

3.1. Considerações acerca da Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

Consoante preleciona Daniel Sarmiento (2012), a nota distintiva verificável no seio desta discussão se assenta sobre a zona de desconforto gerada pela efetividade dos direitos fundamentais no âmbito do quadrante privado, de um lado e, de outro, as eventuais restrições opostas à autonomia privada, já que a incidência dos direitos fundamentais nessa seara anseia proteger os indivíduos em face de possíveis violações horizontais (entenda-se, violações aos direitos fundamentais promovidas por outros indivíduos)²⁹.

A aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas³⁰ se perfaz

²⁷ Lição extraída das aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, ministradas pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

²⁸ “Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles o constitucionalismo do século XX logrou sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder” (BONAVIDES, 2010, p. 602).

²⁹ “A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares” (*Op. cit.*, p. 205).

³⁰ Ingo Sarlet (2010, p. 19), ao discorrer sobre o conteúdo normativo do art. 5.º, §1º da Constituição Federal, assevera que “tal obrigação, por sua vez, abrange a garantia da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais em todos os setores da ordem jurídica e da vida social de um modo geral. Nesse contexto, relembra-se a conhecida lição de Jean Rivero, ao sustentar já há

por meio da incidência direta da norma consubstanciadora desses direitos no plano dos particulares sem que seja necessário para tanto uma *interpositio legislatoris*. Isso significa dizer, em outros termos, que os direitos fundamentais poderiam produzir os seus efeitos nas relações não públicas, sem que para isso fosse necessária a existência de uma espécie normativa infraconstitucional consubstanciando expressamente a hipótese de fato correspondente (intermediando a aplicação de determinado direito fundamental)³¹.

Essa técnica exprime a noção de que subsiste uma conexão direta entre os direitos fundamentais lastreados no texto constitucional e os relacionamentos interpessoais. Revela-se forçoso, pois, nas situações concretas, se valer dos recursos hermenêuticos edificados pela dogmática jurídica para se aferir a compatibilidade da situação fática subjacente com as normas constitucionais veiculadoras dos direitos fundamentais.

Trata-se, em verdade, de uma concepção que prima pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, eis que viabiliza o cotejo direto das situações particulares com os direitos em tela³².

Argumenta-se que essa metodologia de vinculação dos direitos fundamentais aos atores privados acabaria por restringir a liberdade individual dos indivíduos nas suas relações interpessoais, traduzindo, assim, uma violação da autonomia privada.

Insta dizer, por oportuno, que a autonomia privada, caracterizada pelo poder conferido aos particulares de “autonormar-se”, configura um direito fundamental da pessoa que, como todos os outros, é passível de restrição, sobretudo quando o propósito perseguido com tal proceder é a promoção de outro direito fundamental. Importa sempre ter em mente que todos os indivíduos, em razão da sua própria condição humana, são titulares de direitos fundamentais, cujos contornos são delineados à luz das peculiaridades que gravitam em torno da situação fática concreta. Se quer com isso dizer que possíveis restrições à autonomia privada, desde que conformadas pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afiguram-se legítimas, pois que todos os cidadãos são dotados de direitos fundamentais, e a autonomia privada, assumindo esta condição, é passível de ser ponderada no âmbito de determinada relação privada na hipótese em que o seu exercício importe violação de direito fundamental de outrem.

algumas décadas que mediante o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais também na esfera das relações entre particulares estar-se-á evitando a instauração de uma espécie de dupla ética social.”

³¹ “A concepção adotada, no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares, significa, em termos gerais, que, em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal.” *Op. cit.*, p. 28.

³² “A exemplo da teoria da eficácia mediata, a teoria da eficácia imediata atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão – uma subjetiva, outra objetiva – e uma eficácia operante em todo o ordenamento jurídico. Essas são as semelhanças. A diferença básica está no fato de a teoria da eficácia imediata propor a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e de aplicações judiciais, conforme aos direitos fundamentais, de textos de normas imperativas de direito privado, de modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais. Direitos e obrigações nas relações entre particulares podem e devem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais de direitos fundamentais” (STEINMETZ, 2004, p. 167-168).

Por certo, com a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, pode ser (e é bem provável) que se opere uma restrição proporcional da autonomia privada do sujeito violador de determinado direito fundamental, cujo titular é a outra parte da relação privada.

Demais disso, não é demasiado lembrar que os direitos, as faculdades e as liberdades estão em uma relação de derivação com os deveres, de sorte que somente é possível atribuir direitos aos cidadãos mediante a correlativa imposição de deveres³³.

Nesse ambiente, exsurge uma controvérsia referente à estrutura das normas que consagram os direitos fundamentais, haja vista que elas possuem um caráter demasiadamente aberto³⁴, que se configura pela mera estipulação dos fins constitucionais a serem promovidos por determinado direito fundamental, sem, contudo, definir os meios que deverão ser empregados para alcançá-los. Essas circunstâncias, com efeito, conspirariam a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações particulares, dada o caráter sobremaneira impreciso assumido pelas normas que os veiculam³⁵.

3.2. Considerações acerca da Teoria da Eficácia Indireta e Mediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

Denota-se possível, ademais, que os direitos fundamentais produzam sua eficácia nas relações privadas por uma forma indireta.

Prefacialmente, convém elucidar que o raciocínio aqui empreendido, conforme se verificará ao longo do texto, adquire uma feição diametralmente oposta ao que se levou a efeito no tópico precedente.

A teoria que propugna pela eficácia mediata como metódica de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, consoante se deflui da própria designação, estipula que os direitos fundamentais apenas são passíveis de produzirem seus efeitos no plano interprivado pela via indireta, não se admitindo, portanto, que as normas de foro constitucional incidam imediatamente sobre as relações privadas, ainda que esta se amolde com perfeição à hipótese de fato da norma em questão.

Dessa forma, os direitos fundamentais extenuariam sua eficácia nos enleios me-

³³ “Los derechos y las facultades o libertades no aparecen junto a los deberes en una relación de yuxtaposición, sino que están con éstos en una relación de dependencia o derivación. Lo mismo que existe una primacía de la norma respecto de las posiciones jurídica subjetivas, así hay entre éstas una primacía del deber respecto de los derechos, de las facultades, de las libertades. Con mayor razón se debe negar la existencia de normas que tengan por único objeto crear derechos o sancionar libertades sin imponer los deberes correlativos, como algunos parecen pensar. Una libertad o un derecho no puede ser sancionado y garantizado si no es con la imposición de un deber” (FERRI, 2001, p. 93).

³⁴ “Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales. (...) A causa de su redacción lapidaria, casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental” (PULIDO, 2007, p. 82-83).

³⁵ Vale dizer que Daniel Sarmento (2010, p. 198), expondo a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas assevera que: “Afirmam os seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos.”

ramente privados por meio dos microssistemas componentes do Direito Privado, quais sejam, em nosso ordenamento jurídico, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, entre outros³⁶. Já se demonstrou em outro momento nesse trabalho que o legislador ordinário, ao confeccionar as espécies normativas em referência, promoveu-lhes, em certa medida, a conformação com a pauta valorativa infundada pela ordem democrática instituída pela Constituição de 1988. Além disso, não se pode olvidar que ao intérprete se reconhece a possibilidade de preencher o conteúdo das inúmeras cláusulas gerais e termos jurídicos indeterminados, disseminados pelos arcabouços legislativos privados, com os valores insculpidos nas normas de direitos fundamentais.

Assim, decerto que ao aplicar esses estatutos normativos às situações fáticas que reclamarem sua incidência, ainda que se cogite da interpretação conforme, estarão os direitos fundamentais a produzir os efeitos que lhes são iminentes.

Valendo-se dos recursos hermenêuticos, assenta-se que a Constituição somente será aplicada diretamente na hipótese em que a discussão em concreto envolver a incidência de normas constitucionais, ao tempo que a observância subsistirá de forma indireta nos casos em que se fizer necessário verificar a adequação constitucional da norma ordinária, velando sempre pela sua aplicação de acordo com os fins constitucionais³⁷.

Esta teoria sustenta que a aplicação direta dos direitos fundamentais na seara eminentemente particular acabaria por exterminar a autonomia da vontade e, com isso, desfigurar o Direito Privado, convertendo-o em uma mera concretização do Direito Constitucional.³⁸

A análise da questão sob este prisma reclama a observância das lições de Claus-Wilhelm Canaris constantes em sua obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (cap. IV, p. 53-75), porquanto amplamente difundidas no âmbito da doutrina nacional e de Direito comparado.

Por certo, Canaris não comunga do entendimento de que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata em relação aos particulares. Ele argumenta que a adoção desta compreensão conduziria a consequências dogmáticas inafastáveis, na medida em que parcela considerável do direito privado – especialmente o direito dos contratos e da responsabilidade civil – seriam alçadas ao patamar do Direito Constitucional, restando prejudicadas em sua autonomia. Ademais, conforme já salientado, a teoria da eficácia imediata conduziria ao afastamento dos efeitos jurídicos pela mera interpretação, como na hipótese em que um instrumento de contrato viole direitos fundamentais.

³⁶ “[...] embora formulada e defendida sob distintos matizes, manteve um núcleo duro e estável de sentido que assim pode ser resumido: (i) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial), isto é, no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de direitos fundamentais não se processa *ex constitutione*, mas é operada e modulada *mediatamente* pelas (*através de*) normas e pelos parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do direito privado; (ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano” (STEINMETZ, 2004, p. 136-137).

³⁷ Lições depreendidas das aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, ministradas pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

³⁸ Sarmiento (2010, p. 198), baseando-se nos ensinamentos de Ingo Von Münch, Claus-Wilhelm Canaris e Jesús Alfaró Águila-Real.

Entrementes, referido autor alude que, sob o ponto de vista da prática jurídica, a teoria da eficácia imediata não está inteiramente excluída. A esse respeito, colaciona o comando normativo consignado no artigo 9.º, n. 3, 2ª frase, da Lei Fundamental Alemã, que claramente prevê a nulidade das convenções particulares que limitem ou impeçam a liberdade sindical, bem assim, que as medidas que o visem são ilícitas.

Aduz, ainda, que os destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, e não os sujeitos de direito privado. Segundo o seu entendimento, somente seria possível a eficácia imediata em relação a terceiros³⁹ se os direitos fundamentais se relacionam diretamente aos sujeitos de direito privado, como ocorre na hipótese aventada, prevista no artigo 9.º, n. 3, 2ª frase, da Lei Fundamental da Alemanha.

Não é sem razão que os alemães dispensam tamanha relevância à autonomia privada. É digno de nota, nesse prisma, o fato de que o regime nazifascista oprimiu em demasia a liberdade das pessoas, justificando, pois, as reservas com que a ingerência estatal direta passou a ser admitida.⁴⁰

Vale dizer que grande parte dos autores alemães, bem como a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, se alinham à compreensão irrompida pela teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Considerações finais

Considerando o atual estágio de evolução da Ciência Jurídica, sobretudo no que respeita à dogmática dos direitos fundamentais, que constitui a nota distintiva da onda humanizatória do Direito, certo é que, direta ou indiretamente, recomenda-se sempre a busca pela efetivação dos direitos fundamentais na máxima medida possível.

Tomando essa diretriz como parâmetro, talvez a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interpessoais tenda a ser proeminente.

Entrementes, cogitando-se da pauta argumentativa concernente à redução das complexidades para assegurar os efeitos decorrentes das normas de direitos fundamentais, tem-se que a teoria oriunda do Direito alemão da vinculação apenas mediata dos atores privados aos direitos fundamentais afigura-se como mais apropriada nessa perspectiva. Pela via indireta, os valores consubstanciados por esses direitos seriam realizados pela mera aplicação das normas infraconstitucionais atinentes à seara privada, eis que, em certa medida, estão conformadas com a nova ordem constitucional, sendo aptas, portanto, a promover os fins plasmados nas normas consagradoras dos direitos fundamentais.⁴¹

³⁹ Cumpre esclarecer, que Claus-Wilhelm Canaris (2003, p. 53-75) se vale da expressão “eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros” (*drittwirkung*, em alemão) para se referir à influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado.

⁴⁰ Ensinaamentos ministrados nas aulas de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

⁴¹ “Sem a redução do tema, de amplíssima discussão, é importante verificar que a aplicação *direta e mediata* dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas deve prevalecer caso haja, pelo legislador infraconstitucional, o regramento escorreito do respectivo direito fundamental, notadamente quando privilegia o ordenamento com cláusulas gerais, como decorre

As balizas impostas por esta última teoria conferem maior utilidade e relevância às normas ordinárias, não reduzindo os fenômenos jurídicos às normas constitucionais. Demais disso, assegura a operacionalidade na promoção dos direitos fundamentais, na medida em que não se revela necessário recorrer à Constituição para assegurar os axiomas nela lastreados.

Cumprir advertir, no entanto, que na hipótese em que a aplicação dos estatutos normativos infraconstitucionais se manifestar insuficiente quanto à eficácia dos direitos fundamentais, óbice não há em se fazer incidir os preceitos constitucionais correspondentes de forma imediata e direta⁴².

Referências

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

APPIO, Eduardo. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2005.

ainda dos direitos básicos arrolados no art. 6.º do Código de Defesa do Consumidor” (MARTINS, 2011, p. 194).

⁴² Daniel Sarmiento (2010, p. 205), remontando às preleções de Reinhold Zippelius, assenta que este autor “defende a eficácia direta dos direitos fundamentais, ao afirmar que quando tais direitos não forem suficientemente protegidos pelo legislador na esfera privada, as normas constitucionais que os consagram produzirão ‘efeito direto de obrigatoriedade nas relações entre os cidadãos.’” Nesse mesmo diapasão “o próprio Canotilho, em obras individuais, adotou uma postura mais moderada, pois apesar de manter-se fiel à tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, acenou no sentido da necessidade da criação de soluções diferenciadas, para harmonizar a tutela de tais direitos com a proteção da autonomia privada e com os princípios fundamentais na ordem civil. O Mestre de Coimbra destacou que o Judiciário, no julgamento de um litígio privado deve, em primeiro lugar, aplicar as normas de Direito Privado em conformidade com os direitos fundamentais, pela via da interpretação conforme à Constituição. Se isso não for possível, ele deve recusar-se a aplicar ao caso a norma em questão, no exercício do controle incidental de constitucionalidade. E, em caso de ausência de norma ordinária apropriada, ele deve concretizar os direitos fundamentais, valendo-se não apenas das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do próprio Direito Privado, mas também das próprias normas constitucionais consagradoras de tais direitos, cuja aplicação direta pelo Judiciário ele defende” (*Op. cit.*, p. 210-211). Esclarecedoras são as palavras de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, citado por Daniel Sarmiento (*Op. cit.*, p. 213), nos seguintes termos: “(...) o jurista português concluiu pela existência de dois níveis distintos de vinculação aos direitos fundamentais entre os particulares: os ‘poderes privados’ estariam diretamente vinculados, como destinatários dos direitos fundamentais, enquanto que os demais atores privados, envolvidos em relações que não têm na desigualdade sua nota distintiva, estariam apenas adstritos a um dever geral de respeito, decorrente da dimensão objetiva daqueles direitos.”

ARP, Björn. *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf. Acesso em 01 jul. 2011.

ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/018266305490311410035/015570.pdf?incr=1>. Acesso em 10 jun. 2010.

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

_____. *“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em 11 nov. 2010.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil*, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível no site www.oab.org.br, acesso em 01 jul de 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril.pdf>. Acesso em 11 jun. 2010.

BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

BEVILAQUA, Clovis. *A Constituição e o Código Civil*, in: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002.

- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile – La Proprietà*. Vol. 6. Milano: Giuffrè Ed., 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva. 2005.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- _____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Ed. Almedina, 2003
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- _____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. A Constituição patrimonial privada, in: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Petrony, 1979.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, in: INGO SARLETE. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEZALAY, Yves. A reestruturação global e o Direito, in: *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. Trad. Monica Sthael. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad. Eduardo Valentín Fiol. Barcelona: Bosch, 1961

ESTÉVES, José V. Acosta. *Tutela procesual de los consumidores*. Barcelona: José María Bosch, 1995.

ESTROUGO, Mônica Guazzelle. O princípio da igualdade aplicado à família, in: *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário, *Revista USP*, n. 21, p. 47-57, 1994.

FARIAS, Edilson Pereira de. *A colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FARJAT, Gérard. A noção de direito econômico, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 19. São Paulo: RT, 1996.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Granada. Ed. Comares, 2001

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social*. Florianópolis: Conceito, 2009.

FLÓRES-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Ed. Cuadernos Civitas, 1991.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Trad. José Maria Miguel Gonzáles. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila Freyesleben. *Ativismo Judicial*. Disponível no site www.endireitar.org, acesso em 01 de jul de 2010.

GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. Padova: Cedam, 1985.

_____. *La globalización en el espejo del Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GAREA, Rafael Colina. *La función social de la propiedad en la Constitución Española de 1978*. Barcelona: José Maria Boch, 1997.

GHSI, Cristine Elisabeth Locks. *A reserva do possível como limite dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em http://portal2.unisul.br/content/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Cristine_Elisabeth_Locks_Ghisi.pdf. Acesso em 10 jun. 2010.

GÓES, Gisele Santos. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos, in: LOTUFO, Renan (org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006.

GOMES, Orlando. O poder legislativo da empresa, in: *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em 09 jun. 2010.

GUSTIN, M. B.; DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

HARBERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informar. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70. São Paulo: RT, 2009.

HATTENHAUER, Hans. *Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho Alemán*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1981.

HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto

Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. 3 ed. Barcelona: Ariel, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEMONS, Rafael Diogo D. *A eficácia horizontal dos direitos sociais*. Disponível em http://www.uj.com.br/doutrinas/A_Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Sociais. Acesso em 10 jun. 2010.

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOPES, Teresa Ancora. *Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

_____. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*. Curitiba, Ed. Juruá, 2001. Artigo: *Direito ao sossego*, Francisco Eduardo Loureiro, pp. 111-154.

_____. (org.). *Direito Civil Constitucional – Caderno 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 213-253. *O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade*. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em 09 jun. 2010.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. *Direitos sociais: em busca de uma justiciabilidade possível*. Disponível em <http://www.juragentium.unifi.it/pt/surveys/latina/falcao.htm>. Acesso em 10 jun. 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba et. al. *Historia de los derechos fundamentales. T. II: siglo XVIII (vol. I): el contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*. Madrid: Dykinson, 2001

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos*

- do consumidor, in: *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011
- _____. *Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Bahia: JusPodivm, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- _____. *Contratos: aspectos generales*. Santa-Fé: Rubinzal- Culzoni, 2005.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- OPPO, Giorgio. *Sobre os princípios gerais do Direito Civil*. Congresso “Os princípios gerais do Direito”. Academia dei Lincei.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- _____. *Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais” de Fernando Atria*, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

- RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica dos direitos sociais*. Disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081216197. Acesso em 09 jun. 2010.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- RINESSI, Antônio Juan. Protección del consumidor: dignidad, obligación de seguridad, riesgos, in: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 2009.
- ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*. Bologna: Il Mulino, 1990.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O direito da concorrência e a obrigação de contratar*. Rio de Janeiro, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 553-586.
- _____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia jurídica*. Trad. J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998.

VILLELA, Ana. O Direito das Sucessões e o Projeto do Código Civil, in: *Revista do Advogado*, n. 19, AASP, 1985.

Sentenças que não passam em julgado

Res judicata and its setting in time

Gelson Amaro de Souza Filho

Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor por concurso dos cursos de graduação e mestrado da UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná (*Campus* de Jacarezinho-PR), ex-Diretor e Professor da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP (FIAET), da Faculdade de Direito de Adamantina (FAI), Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação, como ITE-Bauru, FADAP- Tupã, AEMS-Três Lagoas-MS, FIO-Ourinhos, ESUD de Cuiabá-MT, ESA-OAB-SP. Procurador do Estado de São Paulo (aposentado) e advogado em Presidente Prudente-SP. site: www.gelsonamaro.com. e-mail advgelson@yahoo.com.br

Resumo: Com este estudo procura-se fazer uma abordagem sobre a coisa julgada e a sua configuração no tempo. Sabe-se que a norma processual faz referência ao não cabimento de recurso, mas não esclarece se este não cabimento de mais recurso se refere ao julgado (decisão, sentença e acórdão) ou está se referindo à impossibilidade de mais recurso no mesmo processo. Procurar-se-á demonstrar que uma interpretação lógica e sistemática leva à conclusão de que a impossibilidade recursal referida na norma está ligada ao final do processo. Enquanto existir processo, poderá haver recurso. Somente quando finalizado ou encerrado o processo é que não mais será cabível recurso e o julgado se torna imutável.

Palavras-chave: Processo; recurso; coisa julgada.

Abstract: This study aims to establish an approach about *res judicata* and its setting in time. It's known that, in this situation, an appeal is not allowed, but the procedural law does not clarify if this restriction refers to the final decision or the impossibility of a further appeal in the same process. It's intended to show that a logical and systematic interpretation leads to the conclusion that the impossibility of appeal established by the law is connected to the end of the procedure. As long as there is a process, there can be an appeal. Only after the end of the procedure there can be no appeal incidence.

Key words: Procedure; appeal; *Res judicata*.

Introdução

A coisa julgada é um dos assuntos mais relevantes do processo civil e ainda provoca divergências nos meios jurídicos. A importância do tema se apresenta quando se busca descobrir o que é coisa julgada e quando esta se dá no tempo. Saber o que foi ou não julgado em determinado processo é da mais alta importância para se estabelecer os limites objetivos da coisa julgada. Não menos importante é a descoberta do momento em que se dá a coisa julgada. O primeiro aspecto já foi bem esclarecido pela doutrina; mas o segundo, ou seja, o momento em que se caracteriza a coisa julgada, ainda não está bem esclarecido. A doutrina, de uma maneira geral, se preocupa em seguir literalmente a letra da Lei (art. 467, do CPC), afirmando que se dá a coisa julgada

quando não mais for possível a interposição de recurso contra a sentença. A doutrina tradicional, seguindo as pegadas da lei, afirma que a coisa julgada se dá quando não mais for possível a interposição de recurso, mas não esclarece se essa impossibilidade de se recorrer se refere ao julgamento (decisão, sentença ou acórdão) ou se está se referindo ao não cabimento mais de recurso dentro do processo.

Procurar-se-á, neste estudo, analisar a questão sob o ponto de vista lógico-sistemático, no sentido de melhor esclarecer o momento em que se dá a coisa julgada e, com isso, facilitar a compreensão deste instituto, bem como dos demais institutos a ela conexos, tais como a ação rescisória e o prazo para a sua propositura. Ainda procurar-se-á demonstrar que muitas sentenças jamais passam em julgado.

É extremamente importante o momento em que se firma a coisa julgada, não só para efeitos de execução ou cumprimento do julgado, para o início do prazo para a ação rescisória, mas também, e mais importante ainda, para delimitar até que momento a lei nova poderá atingir aquela situação, pois, se já houver coisa julgada, a nova lei não poderá incidir em face da irretroatividade assegurada na Constituição da República (art. 5.º, XXXVI). A coisa julgada é própria do último julgamento no processo, sendo irrelevante para esta qualidade as decisões anteriores.

1. Conceito de sentença

A sentença é o ato que encerra o procedimento em primeiro grau de jurisdição. No entanto, há forte inclinação pela doutrina nacional em negar que a sentença extingue o processo, sob os embalos da nova redação dada ao art. 162, § 1.º, do CPC. Todavia, parece tratar-se de posição motivada mais pela influência da nova redação, do que pela mais apurada lógica racional.

Mesmo em se admitindo que a sentença não extingue o processo de conhecimento quando há condenação, haverá de se admitir que é através de sentença que se extingue a fase de cumprimento da condenação¹, seja pelo real cumprimento da obrigação, seja pelo reconhecimento de impossibilidade de dar seguimento até o cumprimento (Exemplos: art. 267, 475-L, I, II, IV e VI, 586 e 794, II e III, do CPC).

Referindo-se à coisa julgada, Mourão (2008, p. 36) afirma que, cumprida e exaurida, a atividade jurisdicional não permite o legislador seu exercício em duplicidade. Depois, o mesmo Mourão (2008, p. 37) acrescenta: “É preciso ficar claro, contudo, que essa proibição restringe-se ao exercício da mesma atividade jurisdicional”. No caso da sentença condenatória, se ela não encerrasse a relação processual cognitiva, por certo, não passaria em julgado e nem impediria novo pronunciamento à luz dos artigos 267, § 3º e 303, II, do CPC. No entanto, não é assim.

Ao publicar a sentença, o juiz não mais pode modificá-la², salvas as hipóteses

¹ Araken de Assis afirma: “Forçoso reconhecer que a execução contemplada no art. 475-I, realizada *incidenter tantum*, cedo ou tarde terá seu fecho, satisfazendo ou não o exequente (art. 794, I c/c art. 475-R), e o respectivo ato constituirá sentença (art. 162, § 1º) digna de apelação”: *Manual dos Recursos*, p. 385.

² Ensina Carlos Alberto Álvaro Oliveira: “[...] ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional[...]”. E ainda: “[...] o reexame do mérito da sentença proferida, a revogação da primeira ou sua complementação, assim como a prolação de outra constituirá, sem dúvida, atividade não revestida do selo da jurisdicionalidade e, por conseqüência, inapta

dos artigos 296 e 285-A, do CPC. Os atos que o juiz pratica no processo depois da sentença não são jurisdicionais, e sim de natureza administrativa³.

2. *Coisa julgada*

Pode-se dizer que a coisa julgada advém daquilo que foi julgado. Somente aquilo que foi julgado⁴ é que pode ser qualificado como coisa julgada. Essa operação parece simples e essa simplicidade aparente pode iludir o intérprete. É certo que o que foi julgado é caso julgado, mas isso não quer dizer que já é coisa julgada para os efeitos jurídicos.

Para os efeitos jurídicos não basta somente que a questão ou o caso tenha sido julgado. Para a configuração do caso julgado, mais do que o simples julgamento exige-se que as conclusões deste julgamento não mais possam ser modificadas por outro pronunciamento no mesmo processo. Enquanto a questão estiver aberta, as conclusões do julgado podem ser alteradas por pronunciamento posterior, não se podendo, até aí, falar-se em coisa julgada.

Coisa julgada, que na mais fiel terminologia da língua portuguesa deveria ser chamada de caso julgado⁵, é aquele julgamento definitivo, cujas conclusões não serão abaladas por outro julgamento similar no mesmo processo⁶. Enquanto o processo não for finalizado, ele fica sujeito a novos provimentos e, com isso, haverá a possibilidade de modificação do que foi julgado, não se podendo falar de coisa julgada.

Por isso, é que se sustenta a impossibilidade de decisão interlocutória fazer caso julgado ou coisa julgada, porque, neste caso, o processo continua em aberto e sujeito a novas decisões, sendo que estas podem modificar o que antes fora decidido, por se tratar de provimento não definitivo⁷.

O artigo 467 do Código de Processo Civil afirma que a coisa julgada advém de sentença quando esta não mais estiver sujeita a recurso algum. Parece que a norma

para ingressar no mundo jurídico". *Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença* (repro, v. 80, p. 67).

³ O STJ assim decidiu: "Decisão em que o juiz acrescenta novo dispositivo à sentença já publicada. Tal decisão não é ato judicial, pois o magistrado já exaurira e acabara seu ofício jurisdicional (CPC - art. 463). Nela se contém ato administrativo, emanado de autoridade incompetente. Contra ela cabe Mandado de Segurança, independentemente de recurso preparatório". RMS 1.618-3-SP. 1ª T. j. 9-12-92, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU. 1.3.93 e RT, v. 699, p. 173, de janeiro, 1994.

⁴ Só o que constar no dispositivo da sentença ou do acórdão é que será alcançado pela coisa julgada. Os fatos, a verdade dos fatos e os fundamentos não fazem coisa julgada, ainda que importantes para direcionar a decisão. (art. 469, I, II e III, do CPC).

⁵ "No entanto, o Direito português utiliza a expressão *caso julgado* para se referir à coisa julgada" (SOARES, 2009, p. 90).

⁶ Ressalva-se aqui, o caso da ação rescisória prevista no art. 485, do CPC de 1973.

⁷ No Supremo Tribunal Federal, há julgado neste sentido: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RETENÇÃO. Consoante dispõe o § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, tratando-se de extraordinário interposto contra decisão interlocutória, ou seja, pronunciamento que não se mostra definitivo - deixando, assim, de por termo ao processo, com ou sem julgamento -, o recurso há de ficar retido, pouco importando a origem da decisão proferida". STF. AI-AgR 513.242-1; SP. Rel. Min. Marco Aurélio; DJE 02/05/2008, p. 110. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, v. 24, p. 111. Porto Alegre: Magister, maio/junho, 2008.

quer que a coisa julgada seja restrita à sentença ou a acórdão, não alcançando a decisão interlocutória ou incidental, porque estas não encerram o processo⁸ e, por isso, sempre estão sujeitas à modificação.

A coisa julgada tal qual está colocada na redação do artigo 467, do CPC, é a chamada coisa julgada formal, sendo equivocada a referência à coisa julgada “material” constante da referida norma. Só a sentença e o acórdão ficam sujeitos à coisa julgada material, quando julgarem o mérito da causa e no processo não houver mais possibilidade de alteração com ou sem recurso. A decisão interlocutória ou incidental, seja ela proferida em primeiro grau ou em grau superior, não tem o condão de atingir a coisa julgada, senão apenas sujeita à preclusão recursal, quando não for mais possível a interposição de recurso⁹.

O conceito de coisa julgada está estritamente relacionado ao *status* de imutabilidade do julgamento. Enquanto o julgado puder ser modificado, seja por recurso direto, seja por via indireta, como no caso de remessa necessária (art. 475 do CPC), ou ainda quando no processo há recurso que conduza os efeitos devolutivo, translativo e extensivo¹⁰, não se tem ainda a coisa julgada. Mesmo quando da sentença em si não caiba mais recurso, mas se o processo ainda não foi extinto e nele existir recurso que carrega o efeito devolutivo, translativo ou extensivo, não se pode dizer que existe coisa julgada. Diz-se que a sentença ou o acórdão atinge a coisa julgada no momento em que eles não mais poderão ser modificados por recurso seja ordinário ou excepcional¹¹. Mas, deve-se acrescentar também a remessa necessária prevista no art. 475, do CPC. A remessa necessária, enquanto não apreciada pelo tribunal impede a formação de coisa julgada, muito embora da sentença não caiba mais recurso.

A coisa julgada é conhecida como a qualidade que torna a sentença imutável (coisa julgada formal) ou a imutabilidade de seus efeitos matrizes (coisa julgada material)¹². Não se trata de um efeito direto da sentença, mas de uma qualidade que, após ser incorporada à sentença, produz indiretamente os efeitos da imutabilidade.

⁸ A questão do encerramento do processo é motivo de cerrada divergência na doutrina. Esta questão foi analisada mais detalhadamente em nosso estudo *Sentença – Em Busca de uma Definição* (Coautoria com Gelson Amaro de Souza Filho), Repertório IOB, v. III, nº 5, 2009. 1ª quinzena, março, 2009; *Revista Jurídica*, v. 376, pp. 19:42. Porto Alegre-RS, fevereiro, 2009. Referindo-se ao encerramento do processo o STJ assim decidiu: “1. Os honorários advocatícios são obrigação financeira da parte que litiga em juízo e é fixado pelo juiz apenas quando há o encerramento do processo”. STJ-REsp. 1.019.953-MG (2007/0309880-2), j. 05-04-2011, DJe 12.4.2011, publicado na *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 99, p. 211, de junho, de 2011.

⁹ Diferentemente, pensa Mourão (2008, p. 279), para quem decisões interlocutórias também podem ser acobertadas pela coisa julgada.

¹⁰ “1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ. REsp. 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp. 911.520/SP, DJ. 30.04.2008; REsp. 869.534/SP, DJ. 10-12-2007; REsp 660.519/CE, DJ 07-11-2005.

¹¹ Essa imutabilidade está relacionada estritamente ao cabimento ou existência de recurso pendente. Enquanto existir recurso cabível, é possível a modificação em razão deste. Não cabendo mais recurso, instala-se a coisa julgada e, de regra, a sentença se torna imodificável. Mas essa imutabilidade se liga à noção de inexistência de recurso, mas não impede que a sentença seja excepcionalmente modificada pela via da ação rescisória (art. 485, do CPC), da ação anulatória (art. 486, do CPC) ou mesmo de simples correção de inexatidão material ou retificação de erro de cálculo (art. 463, I, do CPC).

¹² Confira com maior amplitude nossa tese de doutorado: SOUZA, 2007, p. 37.

Mesmo não podendo mais ser a sentença atacada via recurso em razão da preclusão consumativa e nem modificada por efeito de outro recurso já interposto (apelação já interposta) ou, ainda, sujeita à interposição de outros recursos, tais como, nos casos de recurso especial, extraordinário, embargos de divergência ou da remessa necessária, ainda assim não se estabelece a coisa julgada, porque o comando decisório ainda pode ser modificado. A coisa julgada somente se instala a partir do momento em que o comando da sentença não mais possa ser modificado.

3. Norma do art. 467 do CPC

A norma do artigo 467 do CPC, que tem merecido críticas por se referir à coisa julgada material¹³, quando, em verdade, está cuidando da coisa julgada formal. Todavia, tal dispositivo não se ressentir apenas desta impropriedade. A norma, ao dizer que se dá a coisa julgada quando a sentença não estiver mais sujeita a recurso, também está se ressentindo de impropriedade. A sentença pode não mais estar sujeita a recurso, mas pode estar ainda sujeita à modificação. O que fixa a coisa julgada é a imutabilidade e não a simples ausência de recurso.

Não é a impossibilidade pura e simples de recurso que inviabiliza a modificação ou alteração do julgamento. O julgamento não se estabiliza e nem se torna imutável pelo simples fato de que contra ele não mais possa ser proposto recurso. O julgado pode ser modificado mesmo quando contra ele não caiba mais recurso, basta que aconteça qualquer causa ensejadora desta modificação. Melhor seria se o Código dissesse que se dá a coisa julgada quando o julgado não puder ser modificado por ausência de recurso ou remessa necessária sujeitos à apreciação no processo em que foi proferido.

Não é a ausência de recurso contra determinado julgado ou a impossibilidade de se propor novos recursos contra aquele julgado que o qualifica de caso julgado. A impossibilidade de se propor recurso contra o julgado pode se dar por diversas causas preclusivas. A mais conhecida causa de preclusão é a temporal, quando a parte deixa passar o tempo sem a prática do ato; outra forma preclusiva é a incompatibilidade na prática do ato caracterizado pela preclusão lógica, como no caso de aceitação do julgado (art. 503, do CPC); a outra forma de preclusão é a consumativa, aquela que indica a consumação do ato quando já praticado anteriormente, seja por inteiro seja por parte (art. 303, do CPC). No caso de recurso, se a parte já recorreu do julgado, não pode ela voltar-se e interpor novo recurso ou querer complementar aquele já interposto, em face do princípio da singularidade recursal. Mas, não é essa impossibilidade, pura e simples, que vai tornar imutável o julgado.

A norma do artigo 467 do CPC peca pela dicção apresentada, pois, mesmo não sendo mais possível a interposição de recurso contra o julgado, este não fica, só por isso, imune à modificação, como será visto a seguir. Como adverte Tesheiner (2001, p. 73), toda sentença produz coisa julgada formal, desde o momento em que se torna irrecorrível. Contudo, nem toda sentença produz coisa julgada material.

¹³ Thereza Alvim (1977, p. 89) observa: “Ante o exposto, o art. 467, ao dizer que a coisa julgada material é a eficácia que torna imutável a sentença, está tecnicamente errado, tendo em vista a posição de Liebman, assemelhando-se à posição de Chiovenda”.

4. Sentenças que não passam formalmente em julgado

Nada obstante a norma do artigo 467 do CPC falar em coisa julgada da sentença que não estiver mais sujeita a recurso algum, ainda é de se ver que apenas uma parte das sentenças atinge essa qualidade. Muitas sentenças jamais transitam em julgado.

Ao que se pensa a maioria das sentenças não passam em julgado, muito embora em relação a elas não caiba mais recurso algum. Isto se dá em razão de várias circunstâncias que nem sempre são anotadas pela doutrina especializada. O sistema processual brasileiro contempla o princípio da substituição do julgado, e isto se dá sempre que o recurso interposto é conhecido (art. 512, do CPC).

A seguir, expor-se-ão alguns casos de sentenças que jamais passam em julgado, seja formal ou materialmente.

4.1. Dependente de remessa necessária

Entre outras sentenças que jamais transitam em julgado está a que depende de remessa necessária, como são os casos descritos no art. 475 do CPC. A norma do artigo 475 do CPC impõe a remessa necessária nos casos ali descritos, o que importa dizer que a sentença não pode passar em julgado, devendo, antes disto, sempre ser submetida ao crivo do Tribunal competente. Sendo necessária a reapreciação pelo Tribunal, a sentença será sempre substituída pelo acórdão, deixando assim de existir (art. 512, do CPC)¹⁴. Com a substituição pelo acórdão, a sentença deixa de existir¹⁵, desaparecendo assim, antes de adquirir a qualidade de coisa julgada¹⁶.

Uma vez ocorrida substituição pelo acórdão, a sentença desaparece, e quem transitará em julgado será o acórdão e não mais a sentença¹⁷. Daí resulta que da sentença (que deixou de existir) não cabe mais recurso; mas nem por isso haverá coisa julgada, visto que a parte interessada poderá recorrer do acórdão¹⁸, o que bem demonstra a

¹⁴ “Quando, ao contrário, órgão *ad quem* efetivamente acaba por proceder a novo julgamento, a decisão recorrida não chega jamais a adquirir a estabilidade característica da coisa julgada, nem portanto, a eficácia definitiva que pendia de condição legal suspensiva, exatamente por que essa condição falta” (BARBOSA MOREIRA, 1976, p. 379).

¹⁵ “O ato impugnado desapareceu, substituído pelo subsequente” (ASSIS, 2006, p. 261). “Nada obstante a falta de coincidência, há substituição: o acórdão ocupará o lugar da sentença de primeiro grau” (idem p. 262). “Todos os efeitos que eventualmente se produzem, escapando da suspensão, já defluem do provimento substituto, e não do substituído” (ASSIS, 2008, p. 264).

¹⁶ “Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexata mas corrente “confirme” a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão confirmada” (NERY JUNIOR, 1997, p. 416).

¹⁷ “Por isso, se ainda for admissível algum recurso subsequente ao que foi julgado, ele será um recurso contra o acórdão e não contra a sentença (ou seja, contra o ato superior e não contra o inferior). Se nenhum recurso se interpuser, o acórdão virá a ser imunizado pela preclusão e eventualmente até pela coisa julgada material (se se houver pronunciado sobre o *meritum causae* – e não o ato decisório inferior, já previamente retirado do mundo jurídico pelo julgamento superior. A extinção do processo será nesse caso obra *do acórdão* e não da sentença recorrida. Eventual ação rescisória poderá ser admitida contra aquele e não contra esta, contando-se depois da prolação do acórdão o prazo para propô-la etc.” (DINAMARCO, 2006, pp. 62-63).

¹⁸ “3. Ainda que não tivesse o autor interposto apelação contra a sentença, isto não importaria em preclusão da faculdade processual de interpor recurso extraordinário para o STF, quando a

inexistência de coisa julgada. Enquanto for possível algum recurso no processo e, mesmo por outra forma, for possível a modificação do julgado, não se pode falar em existência de coisa julgada.

A coisa julgada somente poderá existir quando não mais for possível a modificação do julgado no mesmo processo. Enquanto for possível, em tese, a modificação no mesmo processo daquilo que foi julgado não haverá coisa julgada.

4.2. Recurso conhecido

O sistema processual pátrio albergou o princípio da substituição do primeiro julgado pelo segundo¹⁹ em qualquer grau, de forma tal que o primeiro julgado desaparece e é substituído pelo segundo que prevalece²⁰, conforme se vê da norma do artigo 512 do CPC²¹.

Neste diapasão o julgamento anterior submetido a recurso não passa em julgado²², sendo que esta qualidade fica reservada ao julgamento do último recurso ou da remessa necessária²³. Somente o último julgamento é quem passará em julgado e não o

decisão, em remessa necessária, lhe é desfavorável. De fato, o recurso de ofício, devolvendo à instância superior o conhecimento integral da causa, impede a preclusão do que decidiu a sentença, daí não haver que se falar em falta de interesse processual em recorrer, assim consignei no voto do RE 330.007/RO, da minha relatoria, DJ. De 23-08-2002". STF. AgRg no RE 540.508-7/RJ - 2ª T. j. 11-11-2008 - vu. Rel. Min. Ellen Gracie - Dje 28.11.2008. RT. 881, p. 135-136, março, 2009.

"1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a ausência de recurso da Fazenda Pública contra sentença de primeiro grau não impede, em razão da remessa necessária (art. 475 do CPC), que ela recorra do acórdão proferido pelo Tribunal de origem. Não se aplica aos casos da espécie o instituto da preclusão lógica". STJ - ED em REsp 851.704-PR (2011/0037381-2). Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16-03-2011, DJe 22-3-2011. RDDP, v. 99, p. 157.

¹⁹ "A 'confirmação' decorrente do desprovimento do recurso, posto que linguagem corrente, não autoriza a suposição de que haja prevalecido, após o julgamento, o ato do juízo *a quo*" (ASSIS, 2008, p. 261).

²⁰ "A substituição ocorrerá quer seja o recurso provido ou desprovido, mesmo quando a decisão é confirmada, ainda que pelos seus próprios fundamentos, ela desaparece, para dar lugar à decisão proferida no recurso" (FERREIRA FILHO, 2001, v. 7, p. 78).

"Em geral, a decisão inferior, que vem a ser substituída, justamente porque não passará em julgado, era ineficaz. Como o órgão *ad quem* conheceu do recurso, ela jamais alcançará a *auctoritas rei iudicatae*. Transitará em julgado, isso sim, a decisão do órgão *ad quem*" (BARBOSA MOREIRA, 1976, v. V, p. 381).

²¹ A sentença somente continua a prevalecer se o recurso não for conhecido. O mesmo acontece com o acórdão recorrido, quando o recurso não for conhecido. Não sendo conhecido o recurso, não haverá substituição. Mas, uma vez conhecido o recurso qualquer que seja a solução - provimento ou improvimento, a substituição ocorrerá e prevalecerá o segundo julgamento e não primeiro.

²² "Da substituição do provimento anterior pelo subsequente resulta, em primeiro lugar, que só o último transitará em julgado" (ASSIS, 2008, p. 264).

²³ "Ocorrendo a substituição a decisão inferior não transitará em julgado, pois este será um atributo da decisão do órgão *ad quem*. Logo, todos os efeitos serão emanados da decisão substitutiva e não da substituída" (FERREIRA FILHO, 2001, v. 7, p. 79).

"Quando, ao contrário, o órgão *ad quem* efetivamente acaba por proceder a novo julgamento, a decisão recorrida não chega jamais a adquirir a estabilidade característica da coisa julgada,

primeiro que foi objeto de recurso²⁴. Por isso é que uma vez apreciado o recurso o seu julgamento substituirá o anterior²⁵, mesmo que o recurso não logre provimento²⁶. Assim, provido ou improvido o recurso, o seu julgamento é quem passa a valer e, se for o caso, ele é quem passará em julgado²⁷.

Neste aspecto é extremamente claro o artigo 512, do CPC, ao adotar o efeito substitutivo do recurso, fazendo com que o julgamento anterior desapareça com o conhecimento do recurso contra ele interposto²⁸. Disto resulta uma circunstância interessante, pois, para os casos de ação rescisória²⁹ ou de execução do julgado³⁰, estas recaem

nem portanto a eficácia definitiva que pendia da condição legal suspensiva, exatamente por que essa condição falta" (BARBOSA MOREIRA, 1976, v. V, p. 379).

"Convém acentuar, por outro lado, que, em tais hipóteses ocorre a substituição quer se dê provimento, que se negue provimento ao recurso. Idem, idem, p. 380.

²⁴ "Por efeito substitutivo deve ser entendida a possibilidade de o recurso, uma vez conhecido, substituir a decisão anterior, a decisão recorrida, independentemente do conteúdo da nova decisão, que julga o recurso. O que deve ser destacado é que a nova decisão que vier a ser proferida e na extensão que seja proferida - põe-se no lugar da decisão anterior, da decisão recorrida que, por isto mesmo, não mais subsiste" (SCARPINELLA BUENO, 2006, p. 88).

²⁵ "Por isso é que, após o julgamento do recurso, o que poderá ter eficácia é o próprio acórdão e não mais a sentença" (CHEIM JORGE, 2003, p. 291).

²⁶ "Convém acentuar por outro lado, que, em tais hipóteses, ocorre a substituição quer se dê provimento, quer se negue provimento ao recurso" (BARBOSA MOREIRA, 1976, vol. V, p. 380).

²⁷ "Ao prover ou improver o recurso interposto com o pedido de que o tribunal inverta o teor do julgamento inferior, fazendo do vencido vencedor e do vencedor, vencido (na causa ou no incidente julgado por decisão interlocutório), o tribunal está cassando a sentença ou decisão porque a retira do mundo jurídico para que não mais produza efeitos" (DINAMARCO, in WAMBIER e NERY JUNIOR, 2006, p. 62). Depois, acrescenta: "Por isso, se ainda for admissível algum recurso subsequente ao que foi julgado, ele será um recurso contra o acórdão e não contra a sentença (ou seja, contra o ato superior e não contra o inferior). Se nenhum recurso se interpuser, o acórdão virá a ser imunizado pela preclusão e eventualmente até pela coisa julgada material (se se houver pronunciado sobre o *meritum causae* - e não o ato decisório inferior, já previamente retirado do mundo jurídico pelo julgamento superior). A extinção do processo será nesse caso obra *do acórdão* e não da sentença recorrida. Eventual ação rescisória poderá ser admitida contra aquele e não contra esta, contando-se depois da prolação do acórdão o prazo para propô-la etc." (idem, idem, pp. 62-63).

²⁸ "O julgamento que se faz em grau de recurso substitui a decisão ou sentença no que dele tiver sido objeto" (FIDELIS DOS SANTOS, 2003, v. 1, p. 581). O mesmo autor acrescenta: "Para Carnelutti, a sentença impugnada gera efeitos que lhe são próprios. Mas, recorrida, sempre será substituída, de forma tal que, se reformada, ditos efeitos não apenas se extinguem como também são cancelados. É como se nunca tivesse existido" (p. 582).

²⁹ "AÇÃO RESCISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA INDICADA COMO RESCINDENDA SUBSTITUÍDA POR ACÓRDÃO. SÚMULA 192, III, DESTA CORTE. Esta Corte, na compreensão as Súmula 192, III, firmou entendimento no sentido de que, *em face do disposto no art. 512 do CPC, é juridicamente impossível o pedido explícito de desconstituição de sentença quando substituída por acórdão Regional. Recursos conhecidos e desprovidos*". Proc. RXOF e ROAR 1132000-29.2004.5.02.0000 do TST. SDI-JU do TST, v. 161, abril, 2010.

³⁰ "Assim, os efeitos que se hajam de produzir serão efeitos da decisão de grau superior; esta, e não a outra, por exemplo, é que se executará, se for o caso" (BARBOSA MOREIRA, 1976, vol. V p. 381). "A partir do momento em que esta última transite em julgado, a execução passará a tê-la por título" (idem, p. 382).

sobre o último acórdão e não mais sobre a sentença ou acórdão anterior³¹.

Em face do efeito substitutivo acolhido pelo sistema processual e procedimental pátrio, a sentença submetida à remessa necessária não passa em julgado, nem mesmo formalmente³². Já as sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito nos casos previstos nos artigos 267, do CPC, somente passam em julgado se não houver recurso, ou se o recurso, eventualmente interposto não for conhecido. Uma vez conhecida a remessa necessária ou conhecido o recurso interposto a sentença desaparece e nem sequer atinge a coisa julgada formal.

5. Sentenças que não passam materialmente em julgado

Todo julgamento para atingir a qualidade de coisa julgada material antes deve ser agraciado com a coisa julgada formal. Mas, há julgamentos que jamais atingem a coisa formal. Não havendo coisa julgada formal, como nos casos acima mencionados, jamais se chegará à coisa julgada material. Todavia, casos existem em que mesmo atingindo a coisa julgada formal não se chegam a ser atingido pela coisa julgada material³³, como se verá a seguir.

5.1. Sentença inconstitucional

Tornou-se corrente a expressão “coisa julgada inconstitucional”, quando em verdade o que pode ser inconstitucional é o julgado (decisão, sentença ou acórdão)³⁴, jamais a própria coisa julgada³⁵. No entanto, se tal julgamento for inconstitucional por malferir a Constituição da República, ele jamais poderá ser qualificado como coisa julgada³⁶.

O respeito à Constituição é o requisito maior para a validade e eficácia de qualquer julgamento. O julgamento somente poderá ser considerado legítimo e válido quando estiver de acordo com os princípios constitucionais, entre estes, o da legalidade, o do respeito à dignidade humana, o da proporcionalidade, entre outros. Caso contrário o julgamento será inconstitucional e estéril, sem possibilidade de gerar o caso

³¹ “De fato, havendo julgamento de mérito do recurso, quem passará a produzir efeitos será propriamente a decisão que julgou o recurso e não a decisão recorrida, em razão da existência da substituição” (CHEIM JORGE, 2003, p. 305).

³² Assim se pronunciou o Egrégio Supremo Tribunal Federal: “A decisão de Tribunal que conhece da apelação, em sentido amplo, interposta pela defesa, substitui a sentença condenatória”. STF. 1ª T. HC. 82.561-3. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8-4-2003, vu. AASP-jur. de 7 a 13-02-2005, nº 2405, p. 3369.

³³ “Toda sentença produz coisa julgada formal, desde o momento em que se torna irrecorrível. Contudo, nem toda sentença produz coisa material” (TESHEINER, 2001, p. 73).

³⁴ “Processos ilegítimos e inconstitucionais que levam à formação de uma “sentença inconstitucional” nada mais são que sentenças inexistentes, que não podem autorizar a formação de coisa julgada pelo simples fato de que não transitam em julgado” (SOARES, 2009, p. 250).

³⁵ Sobre este assunto especificamente sobre a chamada coisa inconstitucional, veja nosso “Coisa julgada inconstitucional”, em coautoria com Souza (*in* RT, 2010, v. 893, pp. 9-31).

³⁶ “No entanto, se a decisão não for gerada democraticamente, essa nunca ficará sob o manto da coisa julgada, pois tal decisão é manifestamente inconstitucional” (SOARES, 2009, p. 21).

julgado³⁷. O caso julgado somente poderá acontecer quando existir um julgado sem afronta à Constituição da República.

Cuidando da sentença inconstitucional, mas se referindo à coisa julgada inconstitucional, Theodoro Junior e Faria (*apud* ALMEIDA JUNIOR, 2006, p. 196) afirmam: “Dúvida não mais pode subsistir que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula, portanto, seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo”. Em outra passagem, os mesmos autores afirmam que a decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a *nulidade* (THEODORO JUNIOR e FARIA, 2006, p. 185). Sendo assim não pode passar em julgado, porque o que é nulo não pode ser convalidado.

Proclamando pela nulidade, também aparecem Slaib Filho (1989, p. 87), Delgado³⁸, Nascimento e Pereira Junior³⁹, Welsch⁴⁰, Nascimento (2002, p. 25), Armelin⁴¹, entre outros. Como é de notória sabença, a nulidade é o vício da mais alta gravidade e, por isso, jamais se convalida, podendo ser alegada em qualquer época e em qualquer grau de jurisdição e, até mesmo, conhecida de ofício.

Sabe-se que as nulidades processuais, de regra, são sanadas com o trânsito em julgado da sentença, quando então se dá a eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no art. 474 do CPC. Todavia, por ser caso de nulidade, a inconstitucionalidade do julgamento (decisão, sentença ou acórdão) jamais será afetada pela eficácia preclusiva da coisa julgada, podendo ser alegada a qualquer momento e por qualquer meio, independentemente de qualquer formalidade. Pode ser alegada dentro do próprio processo de execução por petição simples⁴².

³⁷ “Decisões judiciais ilegais ou inconstitucionais nunca poderiam ser consideradas válidas diante do ordenamento jurídico e nem necessitariam de anulação, pois, já seriam nulas, por carecer de fundamento de validade, ou seja, vinculação a uma norma hierarquicamente superior” (SOARES, 2009, p. 161).

³⁸ “3. Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável” (DELGADO, 2006, p. 133).

³⁹ Nascimento e Pereira Junior (2006, p. 53) afirmam: “A coisa julgada não tem o condão de remover essa patologia que a contamina, por improvável possa a qualidade modificar essência de matéria que não é própria, para convalidar ato jurisdicional nulo”.

⁴⁰ “Não se pode olvidar que a coisa julgada inconstitucional é nula e atacada não por ação rescisória, mas por ação declaratória de nulidade da decisão, a chamada *querela nullitatis*” (WELSCH, 2008, p. 64).

⁴¹ “Realmente, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade, as situações constituídas ao amparo da lei declarada inconstitucional por contrariar a Carta Magna carecem totalmente de amparo jurídico, na medida em que a lei que lhes serviu de respaldo é reconhecida como nula e, pois, incapaz de produzir efeitos passíveis de subsistência no mundo jurídico” (ARMELIN, 2008, p. 197).

⁴² “Em regra, as nulidades dos atos processuais, observa Liebman (1947, p. 182), “podem supri-se ou sanar-se no decorrer do processo”. E “ainda que não supridas ou sanadas, normalmente não podem mais ser argüidas depois que a sentença passou em julgado. A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo”.

“Há contudo – adverte o processualista – vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso a sentença embora se tenha tornado formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico. Dá-se então a nulidade *ipso iuri*, “tal impede a sentença passar em julgado (Lobão,

De outro lado, pela inexistência da sentença inconstitucional aparece Dantas (2006, p. 256), para quem a coisa julgada inconstitucional é algo que não existe, acrescentando: “em se tratando de coisa julgada inconstitucional, o atentado à Constituição poderá ser invocado a qualquer momento e em qualquer instância ou Tribunal, pois se trata de decisão inexistente” (idem, p. 261). No mesmo sentido, expressam Alvim Wambier e Medina⁴³. Segue este entendimento Barros Dias⁴⁴, para quem a sentença que afronta um princípio constitucional deve ser tida como inexistente, por sua incoerência com o ordenamento jurídico vigente⁴⁵. Também na jurisprudência encontram-se exemplo deste entendimento.⁴⁶

Será inconstitucional a sentença que contrariar a norma expressa Constituição da República, bem como aquela que der interpretação não condizente com mandamentos constitucionais ou ainda aquela que der aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal (art. 475-L, § 1.º e 741, parágrafo único, do CPC).

A questão em saber se a sentença inconstitucional é nula ou inexistente parece não haver maior relevância prática. O que importa é que ela jamais poderá passar em julgado e, por isso, não pode ganhar o selo da imutabilidade que caracteriza a coisa julgada. De qualquer forma, entenda-se pela nulidade ou pela inexistência, o que importa é que a sentença inconstitucional não pode produzir efeitos e, assim, não pode ser qualificada pela coisa julgada. Portanto, jamais passará em julgado⁴⁷.

Por não passar em julgado, esta sentença pode ser objeto de impugnação a qualquer tempo e por qualquer meio, em qualquer grau de jurisdição. Alvim Wambier e Medina (2006, p. 323) ensinam:

Segundas Linhas, I, nota 578). É por isso que “em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma” tal se pode também nos embargos à execução” (LIEBMAN, p. 183)”.
“[...] O caso julgado não pode ter a virtude milagrosa de dar vida ao nada. Se a sentença não existe juridicamente, não passa a existir pelo fato de ter transitado em julgado... O caso julgado (também) não pode fazer desaparecer a nulidade absoluta. Perante sentença inexistente ou nula a parte interessada pode servir-se de todos os meios tendentes a afastá-la” (THEODORO JUNIOR, 1980, p. 29).

⁴³ ALVIM WAMBIER e MEDINA (*in* NASCIMENTO e DELGADO, 2006, p. 325): “Se a sentença é juridicamente inexistente, à execução faltará, *ipso facto*, o título executivo”.

⁴⁴ Citado por Delgado, p. 112.

⁴⁵ O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: “Lei inconstitucional é lei natimorta; não possui qualquer momento de validade. Atos administrativos praticados com base nela devem ser desfeitos, de ofício pela autoridade competente, inibida qualquer alegação de direito adquirido”. STJ-EROMS 10527-SC. Rel. Min. Edson Vidigal. J. 03-02-2000 – DJU 08.03.2000, p. 136. Se se considera como lei natimorta, é porque a considera inexistente.

⁴⁶ “Esta Corte, em diversas oportunidades, assentou que não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da “justa indenização” ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa (teoria da coisa julgada inconstitucional)”. STJ. REsp 1.187.297/RJ (2010/0051391-9), *vu*, rel^a. Min. Eliana Calmon. DJe 22.09.2010. RT. 903/208, janeiro, 2011.

⁴⁷ “Com efeito, “segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. STJ -REsp. 710.599/SP, 1ª T, j. 21.06.2007, rel. Min. Denise Arruda, DJ. 14-02-2008)”. STJ-REsp 1.187.297/RJ (2010/0051391-9), 2ª t. j. 02.09.2010, *vu*. Rel^a. Min. Eliana Calmon – Dje 22.09.2010. RT. 903/216, janeiro, 2011.

Na verdade, a inexistência, no processo, e especificamente a inexistência das sentenças, pode ser alegada a *qualquer tempo*, por meio (ou no bojo) de *qualquer ação*, inclusive a ação de execução. Assim nada haverá a 'rescindir', pois sentenças inexistentes não ficam acobertadas pela autoridade da coisa julgada.

No mesmo sentido aponta Delgado (2006, p. 133), para quem o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode dar-se a qualquer tempo e em qualquer procedimento, não se exigindo ação própria e nem procedimento predeterminado.

5.2. Falta de condições da ação

A falta de qualquer das condições da ação, no atual sistema processual pátrio, não permite que se chegue ao julgamento de mérito. Não se podendo chegar ao julgamento de mérito, por via de consequência, também não se pode produzir caso julgado material. Dúvida aparece quando ausente qualquer das condições da ação e, mesmo assim, o juiz profere sentença de mérito.

Arruda Alvim sustenta que nos casos em que falte uma das condições da ação, a sentença e o acórdão não podem fazer coisa julgada⁴⁸. Também Botelho de Mesquita⁴⁹ reconhece a ineficácia da sentença proferida entre partes ilegítimas. Como é caso de ineficácia, não pode produzir efeito e nem ser atingida pela coisa julgada. Em sendo assim, não será a ausência de recurso que implicará em coisa julgada. Mesmo quando passada a oportunidade recursal, o julgado no processo em que falte uma das condições da ação permanecerá sem a coisa julgada. Neste caso não é a ausência de recurso que impulsionará a coisa julgada, pois tal fenômeno não acontecerá por falta de condições da ação, uma vez que a ausência das condições da ação impede a formação da coisa julgada.

5.3. Falta de pressuposto processual

Os pressupostos processuais são requisitos que servem para dar regularidade ao processo. Existem pressupostos processuais que provocam apenas irregularidade do processo, como aqueles cuja falta fica sujeita à anulabilidade, não prejudicando a validade ou a existência do processo, casos em que sentença proferida pode passar em julgado.

Todavia, não se pode cogitar de coisa julgada material quando o processo se recente da falta de pressuposto de validade ou de existência. Se faltar pressuposto de validade, o processo não vale; se não vale, não pode produzir efeitos. De outra ótica, se faltar pressuposto de existência, o processo não chega a existir e, por isso, não pode produzir a coisa julgada.

A maioria dos chamados pressupostos processuais, que em alguns casos não

⁴⁸ "Ausente uma das condições da ação, a sentença não faz coisa julgada material". Arruda Alvim, "Exceção de pré-executividade - Falta de condições da ação - sentença de mérito" (REPRO, 72, p. 197). No mesmo sentido: "Ausente(s) condição(ões) da ação, não há sentença sob o ponto de vista jurídico, e, portanto, não há trânsito em julgado" (GARCIA MEDINA e WAMBIER, 2003, p. 208).

⁴⁹ "Ineficaz, é a sentença proferida entre ilegítimos contraditores; ou seja, a que foi proferida na ausência de verdadeira parte (CPC art. 56)" (BOTELHO DE MESQUITA, 2004, p. 10).

têm natureza processual, mas apenas procedimental⁵⁰, em boa parte a sua ausência pode ser convalidada⁵¹ e, com isso, alcançada pela eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474, do CPC)⁵² e ⁵³. No entanto, existem pressupostos cuja ausência implica na invalidade do processo e, por via de consequência, também da sentença⁵⁴, de tal forma que não se pode pensar em convalidação e nem em eficácia preclusiva da coisa julgada, porque nem mesmo coisa julgada haverá⁵⁵.

Quando se tratar de nulidade absoluta ou de inexistência do processo e da sentença, não poderá haver coisa julgada, pois esta figura processual somente poderá aparecer nos processos regulares e não em processo em que falte algum pressuposto cuja presença é indispensável. Nesta hipótese, não haverá coisa julgada e nem eficácia preclusiva, podendo o vício ser reconhecido a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição⁵⁶.

⁵⁰ A matéria de competência nada tem a ver com os chamados pressupostos processuais, por se tratar de instituto de natureza procedimental e não processual. Para se dar conta disso, basta verificar que para a matéria de processo só a União pode legislar (art. 22, I, da CF) e a matéria de procedimento pode haver legislação concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, XI, da CF). Como a competência pode ser legislada concorrentemente entre os três entes mencionados (art. 125, §, 1.º, da CF e art. 91 do CPC), isto confirma não ser a competência matéria de processo, senão apenas de procedimento, pois, se de matéria processual se tratasse, só a União poderia legislar, como foi tratado em nosso: Competência. Natureza jurídica da norma, *Revista de Direito Civil e Processual Civil*, v. 38, pp. 56-59. Porto Alegre-RS. Síntese, novembro-dezembro, 2005.

⁵¹ Por exemplo, a ausência do pressuposto procedimental de competência pode ser atingida pela eficácia preclusiva da coisa julgada, por se tratar de matéria apenas rescindível e não de nulidade ou de inexistência, cujo assunto foi tratado com maiores detalhes em nossos: *Validade da decisão do Juízo incompetente*. Revista Jurídica, vol. 277. Notadez. Porto Alegre: Novembro 2000; *Prorrogação da competência absoluta*. Revista Jurídica v. 292. Porto Alegre: Notadez. Fevereiro/2002. REPRO v. 110, p. 350:358. São Paulo: RT. Abril-junho, 2003; Dever de declaração da incompetência absoluta e o mito da nulidade de todos os decisórios. *Revista Jurídica*, v. 320, pp 22:36. Porto Alegre: Notadez, junho 2004. *Revista de direito do trabalho*, v. 139, pp. 16-32. Curitiba: Gênese, julho, 2004 e RNDJ, v. 60, pp 32-46, dezembro 2004; *Revista dos Tribunais*, v. 833, p. 82-96. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, março de 2005.

⁵² Para se falar em eficácia preclusiva da coisa julgada, necessário é verificar se naquele processo é possível haver coisa julgada. Se o julgado jamais poderá passar em julgado, não se pode falar em eficácia de coisa julgada que nem sequer existe.

⁵³ “Presente a coisa julgada, esta prevalece sobre a declaração de incompetência, ainda que absoluta, em observância aos princípios da coisa julgada, segurança jurídica, economia e celeridade processual”. STJ – AgRh. CC. 84.977; proc. 2007/0105660-4; RS. 2ª T. rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJe 20/11/2009. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, v. 33, p.146. Porto Alegre-RS, Magister, nov/dez, 2009.

⁵⁴ “Já a *querela nullitatis* é utilizada para as sentenças que não transitam em julgado pelo simples fato de que nunca existiram, por lhes faltar pressuposto fundamental, qual seja, a legitimidade do processo”: SOARES, 2009, p. 249.

⁵⁵ “Ato eivado de vício que macula a formação da relação processual – Existência de trânsito em julgado que não se verifica”. STJ – REsp 695.879/AL, 4ª T, j. 21.09.2010, vu. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 07.10.2010. RT. 904/225, fevereiro de 2011. No mesmo sentido: RT. 766/196, 647/221; REPRO 129/207 e RDPriv. 26/347.

⁵⁶ “A nulidade absoluta insanável – por ausência dos pressupostos de existência – é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485, do CPC”. STJ. REsp. 1.187.297/RJ

5.4. Sentença de improcedência

Tornou-se corrente nos meios forenses e acadêmicos que o julgamento de mérito é sempre aquele proclamado pela procedência ou improcedência. Corrente também é o entendimento de que a sentença que julga improcedente o pedido produz coisa julgada material⁵⁷. Esta afirmação vem de longe, e a comunidade a ela não tem dado maior atenção. A improcedência do pedido apenas representa a sua rejeição. O simples fato de ser o pedido improcedente não quer dizer que a parte não tenha o direito pleiteado. A rejeição do pedido pode se dar por variados motivos, não sendo necessariamente pela ausência do direito pela parte.

Parece haver chegado o momento de se intentar buscar o verdadeiro significado da palavra “improcedência”. Somente em se encontrando o verdadeiro significado desta palavra será possível avaliar os seus efeitos.⁵⁸

A sentença de improcedência pode sim ser oriunda de julgamento do mérito e produzir coisa julgada material, sempre que, através de provas efetivas, o juiz chegar à conclusão de que o autor não tem direito ao que pede. Mas, em grande maioria dos casos de improcedência, o juiz não tem provas suficientes para afirmar ou negar a existência do direito. Neste caso, o julgamento não pode ser de mérito e nem fazer coisa julgada material⁵⁹.

A sentença de improcedência tem preponderante carga declaratória e, como é por demais sabido, o ato declaratório nada cria e nada constitui, permanecendo tudo como antes, permanecendo o *status quo ante*. Ora, se nada altera e se tudo fica como antes, volta-se à situação anterior. Se antes não havia coisa julgada material, por certo continuará não havendo. A sentença declaratória de improcedência do pedido não pode se constituir em coisa julgada, salvo se diante da prova produzida puder afirmar a inexistência do direito⁶⁰.

Como afirma Botelho de Mesquita (2004, pp. 8 e 25), as sentenças de improcedência têm exatamente a virtude de manterem inalterada a situação existente entre as partes, simplesmente conservando o *status quo*. Se a sentença de improcedência conserva o *status quo*, nada altera e, se antes não havia coisa julgada, continua a não haver. Em outro ponto acrescenta Botelho de Mesquita (2004, p. 16): “Continua, pois, a situação jurídica em condições de ser alterada pelos efeitos de futura sentença, exatamente como era antes da propositura frustrada da primeira ação”.

Quando o juiz julga procedente o pedido feito pela parte, está ele afirmando a existência do direito pleiteado. Diferentemente, ao se pronunciar pela improcedência do pedido, nem sempre estará o juiz afirmando a inexistência do direito em provimen-

(2010/0051391-9). 2ª T. j. 02.09.2010, vu. Relª. Min. Eliana Calmon - Dje 22.09.2010. RT. 903/214, janeiro, 2011.

⁵⁷ “A sentença que julga improcedente ação de conhecimento produz coisa julgada material, ainda que fundada na insuficiência das provas produzidas pelo autor” (TESHEINER, 2001, p. 80).

⁵⁸ “Também os juristas não podem se limitar apenas a interpretar as leis. É preciso que se sirvam delas para modificar o mundo e fazer justiça” (SILVA, 2011, p. 57).

⁵⁹ “É que a ação de investigação de paternidade versa sobre direitos indisponíveis e, por tal razão, a improcedência do pedido jamais poderia gerar coisa julgada” (GARCIA MEDINA e WAMBIER, 2003, p. 195).

⁶⁰ “Em casos como este, não há o que transitar em julgado, ou seja, a matéria decidida não é daquelas sobre as quais acaba por pesar autoridade de coisa julgada. Não terá havido atribuição de um bem jurídico a alguém” (GARCIA MEDINA e WAMBIER, 2003, p. 21).

to definitivo⁶¹. Para Botelho de Mesquita (2004, p. 26), a sentença de improcedência não produzirá nenhum efeito jurídico, a não ser o de extinguir o processo.

O mesmo pensamento é desenvolvido por Cruz e Tucci (1994, p. 46-47), para quem o ato decisório de improcedência dos embargos não produz qualquer efeito confirmatório do título executivo ou do crédito, isto porque, não teria o condão de conferir ao embargado a titularidade de um direito substancial que, na verdade, ele não possui. Em verdade a improcedência dos embargos não pode afirmar um direito de crédito que o exequente não tem⁶².

Levando-se em conta que a improcedência nada altera no mundo jurídico, no dizer de Botelho de Mesquita (2004, p. 26) discutível é a presença de coisa julgada, pois esta apesar de ser uma qualidade que se agrega ao julgamento, quando agregada, modifica o mundo jurídico, fazendo nascer algo até então inexistente. Em se admitindo a presença de coisa julgada no julgamento de improcedência, estar-se-á admitindo que há alteração no mundo jurídico, o que parece pouco provável. Mas ainda que se admita a coisa julgada no julgamento de improcedência geral, não se pode admitir tal qualificação quando a improcedência é por falta de prova, como se verá a seguir.

5.4.1. *Improcedência por falta de prova*

A sentença de improcedência por falta de prova não pode produzir a coisa julgada⁶³, pois a coisa julgada material somente acontece no julgamento de mérito e sem prova do fato o juiz não pode decidir sobre o mérito, razão bastante para afastar a incidência da coisa julgada material, cuja matéria foi mais amplamente tratada em outro local⁶⁴.

A questão da improcedência do pedido por falta de prova certamente é um dos pontos em que pode haver maior controvérsia, no que se diz respeito à coisa julgada. A improcedência do pedido está apenas afirmando que o autor não demonstrou ter direito ao que pede. Mas nem sempre o juiz terá elementos para afirmar definitivamente a inexistência do direito, como é o que se dá na falta de prova⁶⁵. Se o juiz não tem prova

⁶¹ “Investigação de paternidade. Ação anteriormente ajuizada e julgada improcedente por ausência de provas. Coisa julgada. Inocorrência. Mesmo havendo ação investigatória anteriormente ajuizada e julgada improcedente, verifica-se que a decisão baseou-se na ausência de provas acerca da paternidade do requerido, não se configurando, pois, a coisa julgada. A eficácia da coisa julgada material não pode se sobrepor à busca da verdade real, mormente quando se trata de direito personalíssimo como o da identidade”. TJRS. AI. 70022574180. 8ª Câmara. RJTJRGs nº 268, p. 114, agosto, 2008.

⁶² Esta matéria foi tratada com maior amplitude em nosso *Efeitos da sentença que julga embargos à execução* (São Paulo: MP-Editora, 2007).

⁶³ Contra Tesheiner (2001, p. 80): “A sentença que julga improcedente ação de conhecimento produz coisa julgada material, ainda que fundada na insuficiência das provas produzidas pelo autor”. Todavia em outro local afirma: “Se o juiz rejeita pedido de indenização, porque o autor não comprovou a propriedade do veículo danificado em acidente de trânsito, pode o autor propor outra, afirmando-se comodatário que pagou os danos ao comodante” (idem, p. 48).

⁶⁴ SOUZA, 2010, pp. 36-51. Nesta mesma linha encontra-se a doutrina de Savaris (2011, pp. 65-86).

⁶⁵ “Nas ações de estado, dentre elas, a ação de investigação de paternidade, não se materializa a coisa julgada, se não restou excluída expressamente a paternidade do investigado, face a insuficiência de prova”. TJMS. Ap. 2009.027124-2/0000. 2ª T. rel. Luiz Carlos Santini, vu. DJ 23-09-2010. *Revista Juris Plenum*, v. 36, p. 157. Caxias do Sul, novembro, 2010.

para afirmar a existência do direito, também não a tem para afirmar a inexistência, razão porque a decisão será necessariamente sem julgamento de mérito⁶⁶.

Começa a surgir na jurisprudência pátria um entendimento de que, no caso de falta de prova, o caso é de extinção do processo sem julgamento de mérito⁶⁷. Mesmo sem serem expressos a respeito, há outros julgamentos direcionados à sentença que se diz julgar improcedente o pedido por ausência de prova, aplicando o entendimento de que o julgamento neste caso é sem mérito⁶⁸, afastando esta do alcance da coisa julgada, o que implica, indiretamente, afastar a qualificação de sentença de mérito⁶⁹.

A jurisprudência aponta julgamentos repugnando a solução dada como mérito em casos de dúvida a respeito do fato⁷⁰. Existem decisões afastando a coisa julgada, mesmo não se fazendo referência à falta ou insuficiência de prova, em caso de investigação em que não se utilizou do exame de DNA⁷¹. Há decisão que sem se referir ao afas-

⁶⁶ Ver mais amplamente o nosso: *A falta de prova e a falsa coisa julgada*. Revista Dialética de Direito Processual, v. 93. São Paulo: Dialética, dezembro, 2010.

⁶⁷ “1. Não configura coisa quando o único motivo que ensejou a improcedência da ação anteriormente ajuizada foi a falta de prova, caso em que, segundo entendimento já firmado nesta Corte, cabível é extinção do feito sem julgamento do mérito, pois em direito previdenciário não se admite a preclusão do direito ao benefício”. TRF. 4ª Região. Apelação 2007.71.17.001904-3-RS, 6ª Turma. Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira, j. 10-08-2010, DEJF 19-08-2010, p. 698. Se assim é, para a questão previdenciária, por lógica deve ser para as demais causas. No STJ. Há julgamento no mesmo sentido aplicado a outra causa: “1. Não há óbice ao ajuizamento de nova ação, semelhantemente a outra que fora extinta para que se reivindicuem juros compensatórios não concedidos por falta de provas da data em que a ocupação se efetivou. Isso porque, o que ocorreu foi coisa julgada formal, e não material”. STJ-REsp. 169.577-SP. (1998/0023483-7). Rel. Min. Castro Meira. J. 05-10-2004. DJ 16/11/2004 (doc. 5031119).

⁶⁸ “Por último, verificamos que, na dinâmica forense, deparamos nos com algumas sentenças de extinção do processo sem julgamento do seu mérito na hipótese de o juiz entender que o processo não reuniu as provas necessárias ao acolhimento das pretensões do autor. Em situações tais, e pela deficiência da prova, entendem certos magistrados que o pronunciamento correspondente deveria ser terminativo, fazendo coisa julgada formal, autorizando-se a repropósito da ação” (MONTENEGRO FILHO, 2006, p. 578).

⁶⁹ “Investigação de paternidade. Ação anteriormente ajuizada e julgada improcedente por ausência de provas. Coisa Julgada Inocorrência. Mesmo havendo ação investigatória anteriormente ajuizada e julgada improcedente, verifica-se que a decisão baseou-se na ausência de provas acerca da paternidade do requerido, não se confundindo, pois, a coisa julgada. A eficácia da coisa julgada material não pode se sobrepor à busca da verdade real, mormente quando se trata de direito personalíssimo como o da identidade. Negado seguimento ao recurso”. TJRS – AI. 70022574180. 8ª Câmara. RJTJRS n.º 268, p. 114, de agosto, 2008.

⁷⁰ “Coisa julgada – Rediscussão – Admissibilidade – Ação de estado – Recurso não provido. Coisa Julgada – Pretensão de rediscutir questão de parentesco já solucionada em processo judicial com trânsito em julgado. Possibilidade – Direito personalíssimo em estudo – Julgamento com resultado baseado na dúvida e que não traz segurança quanto à falta do vínculo genético – Ação de estado que exige a efetiva busca da verdade – Recurso desprovido”. AI 308.582-4/5. JTJSP, v. 286, p. 319, de março de 2005.

“Renovação da ação – Possibilidade – Julgamento anterior que não reconheceu a exclusão da paternidade pelo sistema HLA – Possibilidade de realização de exame pelo método DNA – Questão de estado de interesse – Recurso não provido”. TJSP. AI. 288.887-4/3-00. J. 14-08-2003. JTJSP 272, p. 327, de janeiro, 2004.

⁷¹ “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Existência de anterior investigatória julgada improcedente – Coisa julgada – Não caracterização – Possibilidade de nova avaliação pericial pelo Sistema DNA – Princípio da dignidade humana – Prosseguimento do feito – Recurso provido”.

tamento da coisa julgada afirma a possibilidade da repropositura da ação, o que implicitamente está reconhecendo a inexistência da coisa julgada⁷². Encontra-se ainda decisão que faz menção à coisa julgada formal e que abriu espaço para a propositura de nova ação⁷³.

Tal posicionamento parece aliar ao de Botelho de Mesquita⁷⁴, para quem só as sentenças que julgam procedente a ação produzem efeitos (condenatórios, constitutivos ou declaratórios), afirmando que o julgamento de improcedência não produz efeito. Ora, se não produz efeito, certamente não será atingida pela coisa julgada.

É de se notar que a sentença de improcedência não altera a situação anterior, fazendo com que tudo permaneça como antes. Para Botelho de Mesquita (2004)⁷⁵, “as sentenças de improcedência da ação não produzem efeito algum, não geram nenhuma alteração no mundo jurídico; limitam-se a manter o *status quo ante*”. Ora, se tudo permanece como antes, logo, volta-se à situação anterior como se a ação não tivesse sido proposta. Nesse caso não se poderá falar em coisa julgada, porque a ação anterior não produziu efeito.

Sendo assim, com a sentença de improcedência em geral, com maior razão haverá de sê-lo em relação à sentença de improcedência por falta de prova, que por ausência de prova não pode analisar os fatos e, se não analisa os fatos, não pode ser considerada julgamento de mérito e nem ser qualificada de coisa julgada. Nesse passo, Camargo Sobrinho⁷⁶ anota que a sentença que nega a habilitação de herdeiro na forma

TJSP. Ap. 282.782-4/0. j. 25-05-2004. JTJSP 284/110-122, de janeiro de 2005 (Acórdão com vários precedentes). Contra. JTJSP 284/122.

“NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Extinção do processo sem julgamento do mérito – Fundamentação no trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade – Inadmissibilidade – Hipótese e que não esgotados todos os meios de prova – Alegação de indução ao erro no reconhecimento – Atenuação da rigidez da coisa julgada – Admissibilidade – prosseguimento do feito – Recurso provido”. TJSP. Ap. 330.922-4/4-00. j. 19-05-2005. JTJSP 294/249, de novembro de 2005.

⁷² “NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Extinção do processo sem julgamento do mérito – Fundamentação no trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade – Inadmissibilidade – Hipótese em que não esgotados todos os meios de prova – Alegação de indução ao erro no reconhecimento – Atenuação da rigidez da coisa julgada – Admissibilidade – prosseguimento do feito – Recurso provido”. TJSP. Ap. 330.922-4/4-00. j. 19-05-2005. JTJSP 294/249, de novembro de 2005.

⁷³ “Ação de Investigação de Paternidade Cumulada com Anulação de Registro de Nascimento. Imprescritibilidade. Coisa julgada formal. Nova Propositura da demanda. Possibilidade. Recurso Especial não conhecido. STJ. REsp. 456.005, rel. Min. Hélio Guaglia Barbosa. RDDP, v. 57, pp. 178, dez/2007.

⁷⁴ “[...] só as sentença que julgam procedente a ação produzem efeitos (condenatórios, constitutivo ou declaratórios, embora todas contenham um elemento declaratório” (BOTELHO DE MESQUITA, 2004, p. 7). “Daí resulta que o julgamento de improcedência de uma ação declaratória negativa não produz o efeito de uma sentença declaratória positiva a favor do réu” (idem, p. 83).

⁷⁵ “As sentenças de improcedência da ação não produzem efeito algum, não gerando nenhuma alteração no mundo jurídico; limitam-se a manter o *status quo ante*” (2004, p. 25).

⁷⁶ “A sentença é de natureza declaratória. Apenas declara que o habilitado é sucessor ou substituto do falecido. O recurso cabível é a apelação, com os efeitos suspensivo e devolutivo. A sentença que nega a habilitação, por falta de prova dessa qualidade, não transita em julgado, ou, pedlo menos, não se reveste da autoridade da coisa julgada com força de impedir a renovação do pleito” (CAMARGO SOBRINHO, 2003, pp. 182-183).

do artigo 1055 do CPC, por falta de prova dessa qualidade, não transita em julgado e não se reveste da autoridade de coisa julgada com força de impedir a renovação do pedido.

Por fim é de notar que o próprio sistema brasileiro em alguns casos pontuais já acolhe o entendimento esposado, como se nota através da Lei nº 7.347/85, art. 16 (Ação Civil Pública), da Lei nº 4.717/65, art. 18 (Ação Popular), da Lei 7.853/89, art. 4º (Lei de apoio ao deficiente) e da Lei nº 8.078/90, art. 103, I e II (Código do consumidor).

Nestas normas fica bem clara a disposição de que, sendo a ação julgada improcedente por falta ou insuficiência de prova, poderá haver a sua repositura o que evidencia a inexistência de julgamento de mérito, bem como a ausência de coisa julgada material, pois, se coisa julgada material existisse, a ação não mais poderia ser reproposta.

5.5. *Processos conexos*

Nos processos conexos pode acontecer de haver uma só sentença para todos os processos, sendo que o recurso em um processo impede a coisa julgada nos outros não recorridos. Basta a parte propor recurso em relação a um processo, que se apresenta o efeito obstativo da coisa julgada, também para o outro processo⁷⁷. Nesse caso, a interposição de recurso em um processo impede que no outro surja a coisa julgada.

6. *Impossibilidade de recurso e a modificação do julgado*

A modificação do que foi julgado não fica afastada pela simples impossibilidade de propositura de recurso contra a decisão proferida. Tantos são os motivos que impedem a formação da coisa julgada, mesmo sem a interposição de recurso. Savaris⁷⁸ proclama que não se pode supervalorizar a coisa julgada, a ponto de considerá-la presente mesmo diante de vícios processuais.

Existem casos em que nem recurso é cabível, e nem por isso a decisão se torna imutável como acontece na Justiça do Trabalho, nos Juizados Especiais e nas demais legislações que não permitem recursos das decisões interlocutórias, servindo de exemplos os casos do art. 527, II e III e parágrafo único do CPC. Excepcionalmente também aparecem sentenças que não permitem a interposição de recurso, como é o caso da sentença em procedimento de justificação que não comporta defesa e nem recurso (Art. 865, do CPC).

Mesmo nos casos de julgamentos finais, como sentença ou acórdão, ainda quando ultrapassada a oportunidade recursal, casos existem (e são vários) em que a modificação do julgado é possível. Vejam-se alguns:

⁷⁷ “Não ocorre o trânsito em julgado de matérias oriundas de processos conexos que foram apreciados em sentença única, uma vez que a parte pode interpor apenas um recurso abrangendo todas as ações. Preliminar rejeitada”. TJES Ap. Civ. 024950024166-3ª C. DJES de 30-01-2006. *Rev. Jurídica*, v. 340, p. 146, fev/2006.

⁷⁸ “Reconhecer o papel fundamental a coisa julgada não conduz, todavia, à idéia de que a decisão judicial contra a qual não cabe mais recurso seja imutável independentemente das nulidades processuais que concorreram para a sua formação ou do inequívoco e inescandível erro *in judicando* que se manifesta” (SAVARIS, 2011, p. 75).

6.1. Preclusão consumativa

Pode ocorrer preclusão consumativa, circunstância em que a parte não mais poderá interpor recurso da sentença ou acórdão, mas mesmo assim, ainda não haverá coisa julgada. Isto se dá nos casos em que a parte interpõe um recurso, com isso ficam fechadas as portas para outro recurso da mesma decisão, pois, uma vez interposto um recurso pela parte, esta não poderá apresentar outro, contra a mesma decisão em face do princípio da unirecorribilidade ou da unicidade recursal⁷⁹. Neste caso, nenhum outro recurso é cabível e, nem por isso, se dá a coisa julgada.

Este é exemplo em que a parte já recorreu e, em razão do princípio da singularidade recursal⁸⁰, não mais poderá recorrer daquele julgado. Nesse caso, não mais cabe recurso novo contra a decisão⁸¹, mas esta ainda permanece sujeita à modificação pelo recurso anteriormente interposto. O julgamento não comporta mais recurso, mas, por força daquele anteriormente interposto, fica sujeito à modificação, não sendo ainda caso de coisa julgada.

6.2. Preclusão temporal

Neste caso, se a parte não recorrer e passado o prazo previsto em lei, dá-se a preclusão recursal e a parte não mais poderá recorrer. Mas isso não é ainda o suficiente para se falar em caso julgado. Isto porque, se a parte contrária recorreu, apesar de não mais caber recurso contra o julgado, o recurso interposto pelo adversário impede a formação de coisa julgada e a decisão poderá ser modificada. Em outros termos, a decisão não mais poderá ser atacada por recurso algum, mas o anteriormente interposto devolve a Tribunal o julgamento da causa, e esse novo julgamento poderá modificar o que foi julgado; por isso impede a formação da coisa julgada. Além do mais, se o Tribunal julga o recurso interposto por uma das partes, esse julgamento substitui o ante-

⁷⁹ “1. Interpôs dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado em segundo lugar, por força do princípio da unirecorribilidade e em razão da preclusão consumativa”. STJ. EDcl-Ag. 1365788/RS.4ª T. rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 14.04.2001, DJe 04-05-2011. RJ. 403, p. 200, maio, 2011.

“1. Inadmissível o segundo agravo regimental interposto pela mesma parte contra a mesma decisão, PIS “no sistema recursal brasileiro, vigora o cânone da unirecorribilidade. Desta forma, manejados dois recursos pela mesma parte contra uma única decisão, a preclusão consumativa impede o exame do que tenha sido protocolizado por último”. (Edcl no AgRg no REesp 1.127.348/DF. Rel. Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma, Dj. De 01.07.2010”. STJ. AgRg no REsp, n.º 1.108.291-SC (2008/0278766-9). Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 02-8-2011, DJe 8.8.2011, RDDP, v. 103, p. 208, outubro, 2011.

⁸⁰ “RECURSO – Tutela antecipada concedida na sentença – Interposição de agravo de instrumento – Inadmissibilidade – Interposição de dois recursos – Inadmissibilidade – Princípio da singularidade recursal – Sentença apelável – Decisão interlocutória agravável – Despachos irrecuráveis – A apelação é o recurso cabível contra sentença em que foi concedida a antecipação de tutela – Recurso não conhecido, com observação”. TJSP- AI. 7.235.026-4, j. 13-05-2008, rel. Des. Álvaro Torres Junior. JTJSP-Lex v. 327, p.151, agosto 2008.

⁸¹ Neste sentido decidiu o STJ ressaltando que não é admitida a interposição simultânea de dois recursos especiais pela mesma parte, contra uma mesma decisão, em face do princípio unirecorribilidade, também chamado de singularidade ou unicidade recursal. REsp. 799.490, j. 25-05-2011, rel. Min. Og Fernandes. Extraído do site www.editoramagister.com, visitado em 25-05-2011.

rior na forma do artigo 512, do CPC, fazendo com que o que passa em julgado seja o acórdão e não mais a sentença.

6.3. *Remessa necessária*

A remessa necessária autoriza a modificação do julgado mesmo sem qualquer recurso. Neste caso a ausência de recurso não implica, só por isso, em coisa julgada (art. 475, do CPC). A lei chega até mesmo ao exagero de dizer que a sentença neste caso não produz efeito enquanto não reapreciada pelo tribunal⁸². Mesmo sem recurso não se pode falar em coisa julgada, enquanto não houver a apreciação pelo tribunal. Mas o tribunal ao conhecer da remessa necessária substitui a sentença (art. 512, do CPC), não chegando esta a passar em julgado.⁸³ Ao apreciar a remessa necessária o Tribunal poderá modificar o julgado ou manter o mesmo conteúdo, mas de qualquer forma estará substituindo a sentença que deixa de existir e jamais passará em julgado. Então, o que passa em julgado é o acórdão e não mais a sentença.

Sendo caso de remessa necessária (art. 475 do CPC), ainda que o juiz não a determine ou se, por qualquer outro motivo, não ocorrer a remessa, também a sentença jamais passará em julgado, independentemente de não haver recurso. Portanto, não é a ausência de recurso quem vai necessariamente qualificar a sentença ou acórdão em coisa julgada.

6.4. *Recurso com efeito translativo*

A coisa julgada somente poderá ocorrer com o último julgamento, quando então se encerra o processo⁸⁴. Enquanto no processo pender algum recurso, todo e qualquer provimento poderá desfeito ou modificado, ainda que contra ele não haja recurso específico. Isso se dá porque algum processo traz em seu bojo questão de ordem pública, que pode ser apreciada a qualquer momento e, até mesmo de ofício, em face do efeito translativo do recurso ou da remessa necessária.

O efeito translativo corresponde à possibilidade de o tribunal poder conhecer matérias de ordem pública, mesmo que não tenha sido objeto de exame anterior e não sendo objeto de recurso específico. Basta que exista algum recurso sobre qualquer outro ponto do julgamento que o impeça de passar em julgado, para abrir oportunidade

⁸² Sobre os efeitos da sentença sujeita a recurso ou à remessa necessária ver nosso artigo "Eficácia da sentença e o efeito suspensivo do recurso", *RDDP*, V. 80, pp. 61-70, novembro, 2009.

⁸³ REMESSA NECESSÁRIA - Recurso de ofício - Preclusão - Inocorrência - Devolução à instância superior do conhecimento integral da causa. "3. Ainda que não tivesse o autor interposto apelação contra a sentença, isto não importaria em preclusão da faculdade processual de interpor recurso extraordinário para o STF, quando a decisão, em remessa necessária, lhe é desfavorável. De fato, o recurso de ofício, devolvendo à instância superior o conhecimento integral da causa, impede a preclusão do que decidiu a sentença, daí não haver que se falar em falta de interesse processual em recorrer, assim consignei no voto do RE 330.007/RO, da minha relatoria, DJ. De 23-08-2002". STF. AgRg no RE 540.508-7/RJ - 2ª T. j. 11-11-2008 - vu. Rel. Min. Ellen Gracie - Dje 28.11.2008. RT. 881, p. 135-136, março, 2009.

⁸⁴ "A imutabilidade da decisão está condicionada ao trânsito em julgado que obviamente pressupõe julgamento dos demais pedidos, pois conforme será demonstrado no capítulo seguinte é incorreto falar em trânsito em julgado parcial no regime jurídico pátrio ante a sempre presente possibilidade de reconhecimento de questões de ordem pública a qualquer tempo que, uma vez reconhecidas, prejudicam todo o processo" (MONNERAT, 2008, p. 85).

ao tribunal de conhecer outras questões de ordem pública não recorrida, por força do efeito translativo do recurso interposto⁸⁵.

Mesmo havendo a figura da preclusão em relação ao recurso de determinada parte, mas se outro recurso for interposto pela mesma ou outra parte, tudo que antes fora julgado poderá ser alterado por força do recurso que conduza o efeito translativo. Exemplo disso pode ser encontrado para o caso em que o tribunal depare com a falta de condição da ação ou de pressuposto processual de validade ou de inexistência do processo⁸⁶.

7. Momento do trânsito em julgado

É de notório conhecimento de que grassa séria divergência sob qual o momento em que ocorre a coisa julgada. Há quem entenda que no mesmo processo pode haver várias coisas julgadas, com o entendimento, por vezes, de que as decisões interlocutórias passam em julgado, ou que a coisa julgada pode ser progressiva ou por capítulo⁸⁷. Não parece ser este o melhor entendimento, porque, se o mesmo processo pudesse ter várias coisas julgadas, poderia ser atacado por várias ações rescisórias, o que o bom senso parece abominar⁸⁸. O que se apresenta como correto é que somente pode passar em julgado o último julgamento possível no processo⁸⁹. Enquanto pender de julgamen-

⁸⁵ Marcus Vinicius Rios Gonçalves, ao tratar do efeito translativo, assevera: “Consiste na possibilidade de o tribunal conhecer de matérias de ordem pública, que não sejam objeto do recurso, nem tenham sido examinadas pela primeira instância. Não se confunde com o efeito devolutivo, que restitui ao tribunal o exame daquilo que foi objeto do recurso” (RIOS GONÇALVES, 2008, p. 88).

⁸⁶ “1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ. 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ. 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660.519/CE, DJ. 07.11.2005. Edcl no AgRg no REsp 1.043.561-RO (2008/0064147-3). Rel. Min. Francisco Falcão. RDDP, v. 98, p. 134, maio, 2011.

⁸⁷ “Não se admite a coisa julgada por capítulos, uma vez que tal exegese pode resultar em grande conturbação processual”. STJ-REsp 639.233-DF. Rel. Min. José Delgado, j. 06-12-2005, DJU I, 14.9.2006, p. 258, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 44, p. 197, novembro, 2006.

⁸⁸ “O trânsito em julgado ensejador do pleito rescisório não se aperfeiçoa em momentos diversos (capítulos), sendo único para todas as partes [...]. Assim, o interregno autorizativo da ação rescisória (art. 495 do CPC) somente deve ter início após proferida a última decisão na causa”. STJ-REsp 639.233-DF. Rel. Min. José Delgado, j. 06-12-2005, DJU I, 14.9.2006, p. 258, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 44, p. 197, novembro, 2006.

⁸⁹ “Trânsito em julgado da última decisão proferida na causa – Entendimento firmado pela corte especial. O certo é que havendo um único processo e uma única sentença, não há cogitar de coisa julgada material progressiva. A coisa julgada material somente ocorre com o trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. É impossível dividir uma única ação, que deu origem a um único processo, em tantas quantas forem as questões submetidas ao judiciário, sob pena de se provocar um verdadeiro caos processual, ferindo princípios que regem a preclusão, a coisa julgada formal e material, e permitindo até mesmo a rescisão da capítulos em relação aos quais nem sequer se propôs ação rescisória”. STJ. REsp 705. 354-SP. 2ª T. Rel. Min. Franciulli Netto. DJU. 09-05-2005. RJ. 332/122-123.

to algum recurso, o processo não se encerra⁹⁰.

O momento da passagem em julgado do julgamento há de ser o correspondente ao último julgamento quando então o processo se encerra⁹¹ e, por isso, o julgamento permanece sujeito a modificações. Enquanto pendente o processo não se pode falar em coisa julgada, porque decidido poderá ser alterado por novo provimento⁹².

7.1. Impossibilidade de coisa julgada somente para uma das partes

Como foi visto acima, o trânsito em julgado somente ocorre quando não mais for possível a alteração do julgado no mesmo processo⁹³. Enquanto a lide continuar e for possível a modificação do julgado no mesmo processo, não pode falar em coisa julgada⁹⁴. Em sendo assim, não se pode falar em coisa julgada enquanto pender recurso no processo, não importando qual a parte que o interpusera⁹⁵.

Não importa, para efeito de impedir o trânsito em julgado, ser o recurso interposto apenas por uma das partes. A sentença ou acórdão jamais passará em julgado enquanto pender recurso, seja de qual parte for. O recurso de uma parte impede a ocorrência do trânsito em julgado para a outra⁹⁶. Isto se dá porque o sistema processual pátrio adota o efeito translativo do recurso, o que importa que o órgão julgador, ao

⁹⁰ “Logo, enquanto não julgado o recurso, o processo não pode terminar, razão por que não se forma a coisa julgada. Somente depois de encerrado o julgamento do recurso e não cabendo mais nenhuma impugnação no processo é que se poderá ter como terminada a litispendência que, em vista disso, se “transforma” em coisa julgada” (NERY JUNIOR, 2005, pp. 162-163).

⁹¹ “A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo ao processo, extinguindo, pois, a lide. Sendo a ação uma e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial”. STJ – EdivREsp 404.777-DF. DJU 11.04.2005. *Revista Jurídica* v. 330, p. 128, abril, 2005. Também: A coisa julgada material somente ocorre com o trânsito em julgado da última decisão proferida na causa”. STJ-REsp 705.354-SP, 2ª T. DJU 09.05.2005, RSTJ, v. 194, pp. 301-302 e *Revista Jurídica*, v. 332, pp. 122-123.

⁹² “A litispendência persiste no processo até que não haja mais nenhuma possibilidade de impugnação de decisões judiciais. Evidentemente que os recursos efetivamente interpostos no curso do processo prolongam a litispendência, pois somente depois de conhecidos e julgados por decisão não mais sujeita a outra impugnação é que se poderia falar, no processo, em cessação da litispendência” (NERY JUNIOR, 2005, p. 162).

⁹³ “Em outras palavras, a possibilidade de conhecimento de ofício de questões de ordem pública pelo tribunal, por atingirem todo o processo, e por via de conseqüência, toda a sentença, inclusive o capítulo não impugnado, impede que se fale em trânsito em julgado parcial dos capítulos da sentença” (MONNERAT, 2008, p. 94).

⁹⁴ Como afirmam Rosemberg-Schwab-Gottwald, “o recurso impede a ocorrência da coisa julgada e enseja a continuação do litígio. Com isso pode-se dizer que a interposição do recurso prolonga a existência da litispendência, o que, em termos práticos, significa que enquanto não julgado o recurso, há lide pendente e, conseqüente, não é possível a formação da coisa julgada” (NERY JUNIOR, 2005, pp. 160-161).

⁹⁵ “Isso significa que a simples interposição do recurso obstaculiza a verificação da coisa julgada, vale dizer, evita a preclusão sobre a matéria impugnada e faz com que, enquanto não julgado o recurso, não pode haver decisão firme, isto é, coisa julgada formal e material” (NERY JUNIOR, 2005, p. 160).

⁹⁶ “[...] faz sentido a afirmação de que a interposição do recurso obstaculiza a formação da coisa julgada: enquanto não julgado o recurso, sobre aquela questão não há preclusão e sobre todas as questões da causa – inclusive sobre o mérito – não há formação da coisa julgada” (NERY JUNIOR, 2005, p. 162).

apreciar o recurso, poderá apreciar também questões não abordadas pelas partes, desde que sejam de interesse público⁹⁷. Também o nosso sistema adota o efeito extensivo, isto é, estendem os efeitos do recurso também à parte que não ocorreu quando se tratar de questão comum a ambas as partes. Assim, por exemplo, se uma parte litisconsorte recorre e a outra não, uma vez reconhecida a prescrição para a recorrente, esta se estende para a não recorrente⁹⁸.

É princípio básico de direito processual e incorporado à ampla defesa e ao devido procedimento legal⁹⁹ que, enquanto persistir o recurso de uma parte, a outra continuará intervindo no processo, seja para responder o recurso, seja para acompanhá-lo, bem como para também recorrer, se do julgamento do recurso do adversário implicar em seu prejuízo. Assim, a sentença ou acórdão transita em julgado para todas as partes ou não passa em julgado para nenhuma. O trânsito em julgado deve ser simultâneo para todas as partes. Dizer-se que a sentença transitou em julgado para uma das partes e não para outra é impropriedade terminológica inaceitável, que por vezes ocorre até na jurisprudência¹⁰⁰.

Na órbita penal, esta impropriedade é mais corrente quando se trata de prescrição retroativa. Entretanto, tal não se justifica. Tudo isso, ao que se pensa, deve-se a uma equivocada interpretação da súmula 146 do STF¹⁰¹ e alimentada pela atecnia da redação do parágrafo primeiro do art. 110 do Código Penal¹⁰². Esta norma fala em trânsito em julgado para a acusação, quando em verdade, o que ocorre é a preclusão recursal e não o trânsito em julgado.

Enquanto houver recurso de uma parte, do seu julgamento pode surgir interesse para a outra recorrer. Quando uma parte recorre, mesmo que a outra não possa recorrer de imediato (ex: falta de sucumbência), mas, se vier a sucumbir no julgamento do recurso da parte adversária, poderá interpor novos recursos, tais como embargos infringentes, de divergência, bem como recurso extraordinário ou especial, até mesmo

⁹⁷ “Isso porque, por força do efeito translativo o tribunal pode, independentemente de pedido da parte, examinar questões de ordem pública, como as condições da ação e os pressupostos processuais, cognoscíveis de ofício e em qualquer grau de jurisdição (arts, 267, § 3.º, § 4.º, do CPC) (MONNERAT, 2008, p. 94).

⁹⁸ “Reconhecimento da prescrição retroativa. Pena em concreto. Súmula nº 146 do STF. Extinção da punibilidade, art. 110 c/c art. 109 § 1.º e 2.º do Código Penal. Apelação provida. Extensão dos efeitos dos recursos previstos no art. 580 do CPP ao réu não apelante”. TRF-5ª R. Ap. 8108 (0000790-88.2005.4.05.8000-3ª T. DJe 20.09.2011. RJIJOB nº 19, vol. III, p. 639, 1ª Quinzena, outubro, 2011.

⁹⁹ “Tomando-se por base que enquanto existir recurso de uma parte, a outra poderá intervir no processo, seja para recorrer ou não, inexistente o propalado trânsito em julgado” (SOUZA, 1996, p. 26).

¹⁰⁰ “Prescrição Criminal – Condenação – Prazo que se conta do trânsito em julgado da sentença para o MP e não para ambas as partes”. RT. 506/399.

¹⁰¹ Súmula 146 do STF: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Vê-se, pois, que o enunciado da súmula, não fala em coisa julgada ou trânsito em julgado. Fala apenas “quando não há recurso da acusação”. Uma coisa é não haver recurso da acusação, outra é a ocorrência de trânsito em julgado.

¹⁰² “Art. 110 do CP: § 1.º. A prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”. Não pode trânsito em julgado para a acusação sem haver o mesmo para o réu. Se o processo está em aberto, não trânsito em julgado para ninguém. O que pode haver é preclusão recursal, para quem perdeu a oportunidade recorrer, mas não coisa julgada.

o genérico recurso adesivo, além da possibilidade de interposição de embargos de declaração, mesmo sem sucumbência.

8. O sistema processual brasileiro

Em várias passagens do atual Código de Processo Civil e em algumas normas extravagantes, encontram-se comandos normativos que amparam o acima exposto. O sistema do Código de Processo Civil indica que a coisa julgada somente pode se dar quando ocorrer o último julgamento que leva o processo à extinção. Desta forma é possível concluir que não poderá haver coisa julgada de decisão interlocutória e nem de parte da sentença. Bem como não pode haver coisa julgada para uma parte e não para a outra. O trânsito em julgado deve ser para todas as partes do processo e não somente para alguma ou para algumas.

Com relação à inexistência de coisa julgada em caso de improcedência do pedido por falta de prova, podem ser indicadas várias normas que, interpretadas conjuntamente, indicam o acerto dessa conclusão. O artigo 458, do CPC, ao estipular os requisitos da sentença, em seu inciso II, exige os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. Ao se exigir como requisitos da sentença a análise dos fundamentos de fato e de direito, logo está a afirmar que sem a prova do fato não se pode proferir sentença de mérito. Para a prolação de sentença de mérito é necessária a fundamentação de fato e esta não pode acontecer sem prova. Somente se pode fundamentar sobre fato quando existente a prova correspondente.

Também o artigo 267, III, do CPC, aponta como hipótese de julgamento sem mérito sempre que o autor deixar de promover os atos e diligências que lhe competir, por mais de trinta dias, considerando como abandono do processo. Ora, se o ônus da prova dos fatos constitutivos do alegado direito do autor, a ele pertence, cabe ao mesmo diligenciar produção das provas necessárias. Não diligenciando a produção das provas necessárias ao convencimento do juiz, no prazo estipulado, está caracterizado o abandono da causa e o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Extinguir o processo por falta de prova e dizer que o faz com julgamento de mérito pela improcedência nada mais é do que um falso julgamento de mérito, porque o mérito mesmo não foi julgado por ausência ou insuficiência de prova.

Mas não é só. Outras hipóteses existem em que o legislador reconhece que a falta de prova não enseja julgamento de mérito, podem ser vistas nas seguintes normas: Lei n.º 7.347/85, art. 16 (Ação Civil Pública), na Lei n.º 4.717/65, art. 18 (Ação Popular), Lei n.º 7.853/89, art. 4.º (Lei de apoio ao deficiente) e Lei n.º 8.078/90, art. 103, I e II (Código do consumidor).

Nestas normas fica bem clara a disposição de que, sendo a ação julgada improcedente por falta ou insuficiência de prova, poderá haver a sua repropositura, o que evidencia a inexistência de julgamento de mérito, bem como a ausência de coisa julgada material, pois, se coisa julgada material existisse, a ação não mais poderia ser reproposta.

A tendência moderna é a ampliação da coisa julgada com o efeito *erga omnes* quando julgado o verdadeiro mérito com bases sólidas em prova, mas, ao mesmo tempo, também é tendência futurística em reconhecer a inexistência de julgamento de mérito quando não existir prova ou esta for insuficiente, caso em que será autorizada a repropositura da ação, a exemplo das normas acima citadas.

Conclusão

Com as observações acima, pode-se concluir que nem toda sentença passa em julgado, seja sob o ponto de vista formal, seja sob o ponto de vista material. O momento em que se estabelece a coisa julgada é o correspondente aquele em que se fecham as portas para novo julgamento, ou seja, quando ocorre julgamento do último recurso interposto e o transcurso do prazo para novo recurso.

A coisa julgada é própria do último julgamento, não existindo coisa julgada sob o julgamento anterior que tenha sido substituído por outro posterior (art. 512, do CPC). A substituição do julgado anterior por outro posterior, por certo, impede o primeiro de passar em julgado. Por isso, é plausível dizer-se que existem julgados que nunca passam em julgado, porque serão substituídos por outro.

Também o normal e o conveniente é que se interpretem em termos lógico e prático os atuais artigos 267, III e 458, II, do CPC, para atribuir o peso de julgamento de mérito somente para os casos em que o pedido for julgado com base segura em prova e considerar sem julgamento de mérito qualquer outro tomado com base na ausência ou insuficiência de prova.

Referências

- ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo. *O controle da Coisa Julgada Inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor-SAFE, 2006.
- ALVIM, Tereza. *Questões prévias e os limites da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.
- ARMELIN, Donald. Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império orientação superada, in: DELFINO, Lucio et al (coord.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- _____. Flexibilização da coisa julgada, in: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.) *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 195-232.
- ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional, in: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 345-373.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Aurélio. *Sentença e Coisa Julgada*. 3 ed. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC*, vol. V, n.º 215. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CALLEGARI, José Antonio. Alexandre. *Execução: Inovações no âmbito do Direito do Trabalho*. *Revista LTR – Legislação do Trabalho*, v. 72, n. 2. São Paulo: LTR, fev. 2008.
- CAMARGO SOBRINHO, Mário de. *Procedimentos especiais*. Campinas: CS Edições/ Lex Edi-

tora, 2003.

CAMPOS JUNIOR, Anésio de. *Princípios Gerais do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1963.

CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRAMER, Ronaldo. Impugnação da sentença transitada em julgado fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional. *REPRO*, v. 164, pp. 211-234. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro, 2008.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Processo civil – realidade e justiça – 20 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração de inexistência, in: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 233-280.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias, in: *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 105-159.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. Réu Revel Não Citado – “Querela Nullitatis” – e Ação Rescisória. *REPRO*, v. 48, p. 27, outubro/dezembro, 1987.

FIDELIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito de Processual Civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual, in: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GIDE, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito*: São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Notas fenomenológicas sobre a relativização dos limites subjetivos da coisa julgada em conexão com o litisconsórcio necessário, in: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 65-83.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Coisa Julgada*. São Paulo: Método, 2007.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pelo Lei 11.232/2005, in: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.) *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 87-103.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Influência dos efeitos dos recursos no cabimento e desenvolvimento da execução provisória*. REPRO, v. 165, pp. 75:102. São Paulo: RT, novembro, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de processo civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. I.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

MOUTA ARAÚJO, José Henrique. *A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: um reengenharia necessária*, v. 164, pp. 342-349. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder e PEREIRA JUNIOR, Lourival. Natureza da coisa julgada: uma abordagem filosófica, in: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

OLIVEIRA LIMA, Paulo Roberto de. *Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997.

PORTO, Sergio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Novo curso de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 2.

SANDES, Márcia Rabelo. Mandado de segurança contra coisa julgada inconstitucional; admissibilidade e aspectos processuais, in: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.) *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte. Fórum, 2006, p. 375-408.

SANTOS, Claudio Sonoé Ardenghy dos. Breve histórico da revitalização da coisa julgada no Brasil, in: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.) *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte. Fórum, 2006, p. 21-44.

SAVARIS, José Antonio. Coisa julgada previdenciária como concretização do Direito Constitucional a um processo justo, *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, v. 1. pp. 65-86. Porto Alegre: Lex-Magister, fev./março, 2011.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. Efeitos dos recursos, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006, vol. 10.

SLAIB FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

SILVA PACHECO, José da. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, vol. II.

- SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SOUZA, Gelson Amaro de. *Efeitos da sentença que julga os embargos à execução*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito/MP Editora, 2007.
- _____. Eficácia da sentença e o efeito suspensivo do recurso, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 80, pp. 61-70. São Paulo: Dialética, nov. 2009.
- _____. Efeitos da sentença que acolhe embargos à execução da sentença por falta ou nulidade de citação na forma do art. 741, I, do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 6, gênese. Curitiba: setembro/dezembro, 1997; RIPE, v. 20. Bauru, dez./março, 1998; REPRO, v. 93. São Paulo: jan./março, 1999; RNDJ, v. 9. Ribeirão Preto. Setembro, 2000; *Revistas dos Tribunais*, v. 785. São Paulo: RT, março, 2001.
- _____. A falta de prova e a falsa coisa julgada, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 93, pp. 36:51. São Paulo: Dialética, dez. 2010.
- _____. Trânsito em julgado – Impossibilidade de ser apenas para uma das partes. *Revista Jurídica*, v. 229, pp. 24-26. Porto Alegre: Notadez, nov. 1996.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.
- TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. I.
- _____. *Nulidade, Inexistência e rescindibilidade da sentença*. REPRO, v. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro, 1980.
- _____ e FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização, in: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- VITAGLIANO, José Arnaldo. *Coisa julgada e Ação anulatória*. Curitiba: Juruá, 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado, in: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.) Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 301-330.
- _____. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003.
- WELSCH, Gisele Mazzoni. A coisa julgada inconstitucional, *Revista Jurídica*, v. 364. Porto Alegre, fev. 2008.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC, in: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.) *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 331-344.

A família latino-americana contemporânea

The contemporary Latin-American family

Júlio Alves Caixêta Júnior

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (2010). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (2012). Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela Universidade Anhanguera (2012). Advogado atuante.
e-mail: adv.julio@live.com

Resumo: As famílias latino-americanas passaram por mudanças importantes no decorrer do tempo: como em qualquer outra parte do mundo, a autoridade patriarcal é levada a julgamento e são apreciados os modelos iniciais de famílias, de reconstrução sob modelos igualitários. Isso resulta cada vez mais na necessidade de que as famílias sejam as fornecedoras de segurança psicológica e bem-estar material de seus integrantes do núcleo familiar em um mundo caracterizado pela individualização do trabalho, pelo fracasso da sociedade civil e pela falta de legitimação do Estado. Observamos assim que a transição para novas formas de família envolve uma redefinição fundamental das relações de gênero em qualquer sociedade.

Palavras-chave: Família, América Latina, transformações sociais, evolução conceitual.

Abstract: The Latin American families have undergone major changes over time: as in any other part of the world, patriarchal authority is brought to trial and initial models of families are enjoyed, with egalitarian models under reconstruction. This results in an increasingly need that families are the providers of psychological security and material well-being of its members in a world characterized by the individualization of work, the failure of civil society and the lack of legitimacy of the state. The transition to new forms of family involves a fundamental redefinition of gender relations in any society.

Keywords: Family; Latin America; social transformations; conceptual evolution.

1. A evolução da família na história

Família, conceituada por muitos doutrinadores como a célula base de toda e qualquer sociedade, desde as mais antigas, é um elemento fundamental da sociedade, sem a qual, ousar dizer, não se vive em sociedade.

A palavra família no direito romano tinha vários significados, e designava o chefe da família e o grupo de pessoas submetidas ao seu poder, podendo também significar o patrimônio familiar. Além

disso, etimologicamente, o vocábulo *família* deriva de *famulus*, que significa escravo, o qual em Roma, tinha valor econômico. Em sua acepção original, o vocábulo *família* era tido como o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *paterfamilias*, ou seja, do pai de família. O pai de família era a pessoa, a autoridade familiar que juntava todos os membros, os quais lhe deviam respeito e obrigação.

Assim, a organização da família romana repousava na autoridade incontestável do *paterfamilias* em sua casa, ou seja, a família era representada pelo seu patriarca, o qual detinha todo o poder e autoridade familiar. Era o pai de família coberto pela completa e duradoura sujeição dos seus integrantes, sujeição esta que transformava a relação entre pai e filho semelhante à do dono e escravo, respectivamente, enquanto o pai de família vivesse. Desta forma, em Roma, o pai de família exercia um poder de vida e de morte sobre seus descendentes, o que já era reconhecido nas XII Tábuas, poder este que vigorou em toda sua plenitude até Constantino, em 324-337 d.C.

Observamos ainda que, anteriormente à Revolução Industrial, o papel da família na sociedade era o de garantir a produção, ou seja, a família exercia atividade de criação dos mais diversos produtos do mercado, com participação de todos os seus membros, e cada um exercia uma função na produção, passando e renovando essa produção a cada geração.

Após a Revolução Industrial, a família perde seu campo produtivo, vez que a produção em massa nas grandes fábricas, com a disponibilidade de produtos em menos tempo, por um menor preço e em maior quantidade, torna inviável a produção familiar, que era em pequena escala e por um tempo e preço maior.

A família pós Revolução Industrial torna-se uma família mais capitalista, voltada para a satisfação das necessidades individuais de seus membros, mudando assim a sua composição, consistindo na redução de seus membros e na observância da prevalência do núcleo familiar, formada pelos cônjuges e sua prole.

A concepção de família fundada única e exclusivamente no casamento, apresentando o homem como seu chefe e representante, ou seja, aquele que detinha todos os poderes frente aos demais entes à relação familiar, relega a mulher a papéis secundários e caseiros, além de abertamente discriminar os núcleos formados à margem do casamento, estabelecendo clara distinção entre a filiação legítima e a ilegítima. Esse modelo encontra-se em dissonância com nossa realidade social.

Para Garfias Garlindo (1997, p. 454) o elemento cristão exerceu influência decisiva sobre o matrimônio:

El elemento cristiano ejerció un influjo decisivo en orden al matrimonio y otras instituciones del derecho de familia. El catolicismo luchó de antiguo contra los gérmenes destructores de la familia, y especialmente contra el concubinato, muy difundido en España, acaso por el ejemplo de las uniones islámicas.

Assim, observamos que a Igreja muito influenciou a direção que a família deveria seguir em seu desenvolvimento social. Dessa forma, o cristianismo alicerçou a família no casamento, deixando este de ser apenas um acordo de vontades, ou seja, um contrato, passando a constituir um sacramento, a santificação da união. E esta foi a vertente seguida pela doutrina clássica criadora do antigo Código Civil Brasileiro de 1916. Esse conceito institucionalizado de família, como resultante das justas núpcias, serviu de base ao modelo clássico da família.

João Batista Villela (1999, p. 53) muito bem expressa que a família não é criação do Estado ou da Igreja. Tampouco é uma invenção do direito, como são, por exemplo, o *leasing*, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade. Mas

a família antecede ao Estado, preexiste à Igreja e é contemporânea do direito. Pela ordem natural das coisas, não está no poder de disposição do Estado ou da Igreja desenhá-la, ao seu arbítrio, o perfil da família. O poder jurídico de um e de outra relativamente à família não pertence à ordem da atribuição. Pertence, ao contrário, à ordem do reconhecimento. Pode-se observar, de resto, que, ao longo da História, a autoridade intrínseca da família impõe-se aos poderes sacros e profanos com silencioso *noli me tangere!*

Observamos ainda que a família se encontrava fundamentada em uma estrutura jurídica estratificada, em que se dignificava a supremacia masculina sobre a mulher, concedendo-se ao homem a chefia da sociedade conjugal, com a administração dos bens do casal e o poder de fixar o domicílio conjugal. A mulher não detinha voz ativa, sendo muitas vezes considerada inapta para os atos da vida civil quando não assistida pelo *marido*.

Para as chilenas Marcela Cerrutti e Georgina Binstock, em *Familias latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública*,

a lo largo de las últimas décadas en América Latina se han dado una serie de transformaciones demográficas, sociales, económicas y culturales que afectaron las formas de vivir en familia y las dinámicas de la vida familiar. Estos cambios societales alteraron, por un lado, los gustos, preferencias y orientaciones de los individuos, y por el otro, las estructuras de oportunidades a las que tienen acceso. En efecto las transformaciones en la formación, dinámica, y estructura familiar expresan la difusión y adopción de nuevos valores vinculados a un proceso de autonomización y reivindicación de los intereses y derechos individuales, particularmente en lo atinente a la relación entre generaciones y entre géneros (Jelín, 1994 y 1998). Hoy sin duda en América Latina la familia centrada en la autoridad patriarcal se ha ido resquebrajado y el modelo de varón como único proveedor resulta para unos inaceptable y para otros inviable.

A família sempre esteve evoluindo conforme as transformações sociais vivenciadas. As profundas transformações na sociedade, decorrentes da evolução do pensamento, da liberalização dos costumes e, em especial, da necessidade de se garantir uma existência digna ao ser humano, tornaram imperiosa a reforma de nossa legislação, uma vez que as transformações sociais na família ocorrem constantemente.

Como bem salienta o professor de sociologia da Universidade de Lovaina, Jacques Leclercq (1968, p. 24),

existe a respeito da família um acordo universal do gênero humano que se explica pelo próprio caráter da instituição familiar. Não existe outra instituição tão próxima da natureza. Sociedade simples, assente do modo mais imediato em instintos primordiais, a família nasce espontaneamente pelo simples desenvolvimento da vida humana.

A família no âmbito latino-americano se apresenta como uma instituição totalmente diversificada, uma vez que conta com a maior diversidade racial, religiosa, sexual e política. Irma Arriagada expressa que na América Latina,

los sistemas de género en sociedades mestizas urbanas fueron marcados profundamente por la herencia colonial española, que asignaba gran importancia a la división entre

lo público y lo doméstico, al control de la sexualidad femenina, al concepto de honor de la familia, al reconocimiento de otros varones y a la paternidad como medio de reafirmar la propia masculinidad. Históricamente, las diferencias étnicas y de clase habrían intensificado el control sobre la sexualidad de las mujeres y habrían abierto a los varones la posibilidad de relacionarse con las mujeres de los diferentes grupos sociales, de conformidad con diferentes racionalidades y códigos morales. De otro lado, la fragilidad de las instituciones públicas en estas sociedades habría conducido a que la oposición doméstico/público se percibiese en términos territoriales de casa/calle. Mientras la casa es el espacio ordenado de las relaciones de parentesco y de las redes personales, la calle es un espacio ambiguo donde prima la voluntad personal sobre los intereses comunes (Fuller, 1997). Es este modelo patriarcal de familia el que hoy está en tela de juicio. Sobre él se debate en términos públicos y privados, observándose un desfase notable entre las representaciones, los discursos y las prácticas de la población.

Alguns dos elementos da modernização na América Latina têm se desenvolvido pouco, gerando pequenos grupos de incluídos nos benefícios sociais e materiais, sendo excluídos amplos setores da sociedade da modernização. Além disso, muitas das transformações da modernização encontrada na América Latina foram realizadas de forma segmentada, ou seja, não acompanhadas por elementos da modernidade, que se referem principalmente às dimensões culturais e de identidade dessas mudanças.

Assim, a modernidade encontra-se sob uma ordem pós-tradicional. Atualmente o aumento da diversidade de formas e estilos de vida, a heterogeneidade de influências sobre os hábitos pessoais, valores, imagens, formas de pensar e de entretenimento, fortemente impulsionados pelos processos de globalização que afetaram os laços sociais entre grupos, têm efeitos significativos sobre os aspectos mais pessoais de nossa experiência. As mudanças que geraram a modernização e modernidade na família constituem um ponto de ruptura da dicotomia público-privado e dão origem a formas emergentes de funcionamento familiar que redefinem a relação entre seus integrantes e a sociedade.

2. Da modernização da família latino-americana

Rainer Czajkowski observa que a proteção estatal às famílias não é casual ou desmotivada. O ordenamento jurídico leva em conta, fundamentalmente, a importância da família como núcleo básico e central de toda a estrutura social, em que o indivíduo recebe seu primeiro sustento e assistência, além do mais essencial de sua educação. Como bem observa Pietro Perlingieri (1999, p. 57),

o estudo do direito - e portanto do direito tradicionalmente definido "privado" - não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social.

Para Irma Arriagada,

entre los aspectos que caracterizan a la modernidad se encuentran justamente las modificaciones que se han producido dentro de la familia y los aspectos más ligados a proce-

... de formación de identidades sociales tendientes a generar una creciente autonomía, en especial por los cambios en los roles sociales de las mujeres.

No atual século XXI, desgarramo-nos do conceito de “pater”, autoritário e dono do núcleo familiar, retornando para aquele do afeto, do carinho, da liberdade, do respeito e da solidariedade, o que fez com que a mulher e os filhos não estejam mais submissos aos deveres de cega obediência, submetidos todos a uma dependência econômica humilhante. A igualdade entre os participantes do núcleo familiar fixa-se à luta por um mínimo existencial ético, dirigido à garantia da dignidade da pessoa humana, ao respeito aos integrantes do núcleo familiar.

Outra modernidade na família latino-americana nos últimos anos é o fato de que agora o pai não é o único gestor da família, o único que vai trabalhar para manter o lar conjugal. A mulher ganhou bastante poder, saindo para trabalhar e gerir a família, deixando o homem de ser sempre o chefe mantedor da família.

No Brasil, foi com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que ocorreu a quebra com o antigo sistema que se encontrava ancorado no desigual tratamento entre o homem e a mulher e nas discriminações entre os filhos. Desta forma, o sistema patriarcal encontra seu fim com o escopo de proteção à pessoa dos filhos, com o fim da diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, na proibição de qualquer forma de discriminação e determinação de mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos dentro e fora do matrimônio.

Devemos observar ainda que, apesar da evolução que encontramos no núcleo familiar latino-americano, este passa por grandes desafios, entre eles: a variedade na forma de sua constituição, a quebra de valores éticos e morais, as dificuldades sociais e econômicas, o desafio colocado pelas crianças abandonadas, as crianças de rua, as crianças vítimas da desintegração familiar, ou ainda o comércio infame por qual muitas delas são submetidas.

Certos elementos que integram a modernização na América Latina têm pouco desenvolvido, o que gera pequenos grupos de incluídos, como os beneficiários de programas sociais que são excluídos de amplos setores da modernização.

Muitas das transformações da modernização na família latino-americana têm sido realizadas de forma segmentada, ou seja, sem ser acompanhadas por processos de modernidade, que se referem principalmente às dimensões culturais e de identidade dessas mudanças sociais, o que faz com que as famílias cada vez mais sofram divisões por seleção de comportamento e sexualidade.

Nos últimos anos ocorreram diversas mudanças na estrutura familiar na América Latina, o que se deu pelo rápido aumento de famílias monoparentais chefiadas por mulheres em situações de divórcio ou de estado civil de solteiro que impactam diretamente na funcionalidade da família, assim como pela emergência das famílias homoafetivas, que anteriormente não eram reconhecidas, e que tão pouco detinham algum direito de serem postas conceitualmente junto aos demais ramos do direito de família, vez que ocupavam o lugar no direito civil societário, pois tais relações entre pessoas do mesmo sexo eram tidas como sociedades de fato, sem nenhuma proteção familiar.

A família moderna visa coibir esses tipos de abuso e discriminações aos seus integrantes, zelando pelo bem-estar e desenvolvimento de seus membros. Assim, a família deve ser vista como um todo que integra contextos mais vastos como a comunidade em que se insere, uma vez que é esta, a família, um elemento fundamental da sociedade.

3. *Novas percepções do vocábulo família*

Durante o período compreendido entre os anos oitenta e noventa, a família latino-americana foi se moldando e transformando: inicialmente constituídos por famílias nucleares, os modelos foram seguindo transformações sociais para formar famílias estendidas, o que resultou posteriormente em famílias agregadas unipessoais, que aumentaram em todos os países, assim como as famílias sem domicílios.

Para Netto Lobo (1999), a família moderna é exigente de tutela jurídica mínima que respeite os seguintes pontos: a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a autorresponsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; e o forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbado pelo prevailecimento de interesses patrimoniais.

Em um ponto de vista social e cultural, podemos observar algumas características preocupantes do atual contexto latino-americano que apresentam um relativo declínio econômico e distributivo que afeta de diversos modos o núcleo familiar latino-americano, o que se agrava devido à desaceleração do crescimento econômico.

Com o crescimento das separações e divórcios, o que ocorreu cada vez com maior frequência, iniciou-se a formação de um novo tipo de família, as famílias complexas, que também são conhecidas como recomposto ou família misturada. Essas famílias surgiram como um fenômeno novo e crescente na região latino-americana. São famílias de divórcio, de nulidade do casamento, da viuvez ou da ruptura da convivência de fato e de formação de novos títulos.

A civilização humana vivencia uma completa reformulação do conceito de família no mundo contemporâneo, no contexto do mundo globalizado. Em todos os cantos do planeta, o modelo tradicional de família vem perdendo terreno para o surgimento de uma nova família, que é essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, mas funcionalizada em seus partícipes, “uma família que continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçados da família tradicional” (GAMA, 2001, p. 127).

Ensina Sérgio Gischkow Pereira (1990, p. 71) que o “prestígio ao afeto, ao amor, à solidariedade, ao companheirismo, à convivência, à igualdade”, constituem, pois, característica fundamental do novo Direito de Família, assim como “a preocupação com a realidade social do fenômeno familiar, com a pesquisa dos verdadeiros valores vivenciados pelo povo, com a verdade e autenticidade das relações humanas”.

Assim, salvaguardar o instituto da família é tutelar juridicamente o ser humano, pois é por meio deste que a família, como principal organismo social do Estado, protege a pessoa humana, dando-lhe a dignidade e possibilitando o pleno desenvolvimento de suas qualidades culturais.

Salienta Czajkowski (2002, p. 35) que

a organização familiar continua sendo aquilo que se convencionou denominar “a *célula mater* da sociedade”. O Estado continua a prestar-lhe assistência e proteção, ou pelo

menos a isto se compromete, porque é destes organismos familiares que, em muito, depende a ordem social e o desenvolvimento.

Dentre os principais problemas enfrentados pela família na América Latina, o desemprego e a violência doméstica alcançam grandes proporções. Observando do ponto de vista social e cultural, podemos enumerar alguns aspectos relevantes do atual contexto latino-americano, os quais apresentam um relativo declínio econômico na distribuição da renda, o que afeta diferencialmente cada integrante da família. A situação é agravada pela desaceleração econômica e pela maior volatilidade do crescimento econômico, o que resulta na perda da luta contra a pobreza e as desigualdades sociais na América Latina.

Irma Arriaga assim apresenta o grande problema sobre o desemprego:

El desempleo se ha acentuado durante la última década y afecta con mayor fuerza a sectores específicos de la población: mujeres, jóvenes, población más pobre y menos educada; ello es más grave, porque lo sufren quienes tienen menos recursos sociales y económicos para hacerle frente. Las autoridades lo han identificado como uno de los principales problemas que sufren las familias latinoamericanas.

O desemprego afeta o ambiente familiar de tal forma que provoca alterações em toda a estrutura familiar, uma vez que, como não é possível manter a família, muitos jovens tornam-se esmoleiros para poderem ajudar na economia da casa, bem como muitas vezes se envolvem com o tráfico de substâncias proibidas ou com a prostituição.

A violência intrafamiliar é um problema social de grandes dimensões que afeta toda a sociedade, atingindo de forma continuada, especialmente mulheres, crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência. Esse tipo de violência não se apresenta de forma padrão ou singularizada. Devemos considerar como tal qualquer tipo de relação de abuso praticado no contexto privado da família contra qualquer um dos seus membros.

A prevalência significativa do desemprego bem como da violência intrafamiliar constituem um sério problema de saúde, um grave obstáculo para o desenvolvimento social e econômico e uma flagrante violação aos direitos humanos.

A apreensão da realidade dos problemas enfrentados pelas famílias latino-americanas e a avaliação de suas grandes transformações identificam polos de modernidade e tradicionalismo em abordagens que tratam desses problemas. Assim, por ser o objetivo do Estado promover a equidade e diminuir as desigualdades sociais, isso requer uma intervenção ativa de outras instituições, de forma compensatória e transformadora. Com esta intervenção, busca-se a expansão das garantias do governo sobre os direitos da cidadania social, o que significa uma política igualitária e universalista.

No entanto, mesmo com tantas transformações sociais, o modelo de família nuclear prevalece e domina na América Latina, tanto em áreas urbanas quanto nas áreas rurais. Assim, mesmo com as modernizações conceituais sofridas pela família, esta deve salvaguardar sempre seu conceito nuclear, vez que, mesmo sendo antiquado e fechado, é o modelo familiar predominante.

4. Considerações finais

Diversa da concepção matrimonializada e da deliberada intenção de proteger somente os filhos havidos do casamento e a autoridade paternal soberana, que denota uma visão eminentemente patriarcal, atualmente o direito de família tem por objetivo estender a proteção do Estado a uma nova noção de família, estruturada nas relações afetivas e na dignidade de seus integrantes, qualquer que seja a origem deste laço familiar. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado, conforme dispõem seu artigo XVI, 3.

Assim, o crescimento das relações humanas deve focar em um ideal de excelência, fundado pelo respeito à individualidade, pela consideração recíproca e por princípios de equidade. Desta forma, possibilitará a consecução do bem-estar da sociedade, a plenitude da vida, a realização pessoal dos membros de uma entidade familiar, por meio da afetividade, do companheirismo, da solidariedade, do respeito, da igualdade e da liberdade.

Carolina Mesa Marrero (2000), muito bem observa essa evolução pessoal que se apresenta na família contemporânea:

En los últimos años el aumento de uniones de hecho o parejas no casadas y su aceptación social es un ejemplo del profundo cambio operado en la concepción de la familia", capaz de permitir "detectar una evolución hacia fórmulas más acordes con el desarrollo de la personalidad y de la libertad.

As transformações na sociedade pós-moderna produziram reflexos em todos os aspectos decorrentes das relações humanas. Com a globalização aumentou a competição internacional, determinando uma irreversível mudança na estrutura econômica mundial e tornando indispensável o acesso à informação rápida e segura.

Nesse contexto, as transformações em nossa sociedade, advindas da evolução de nosso pensamento, da liberalização dos costumes, do incremento e da complexidade das práticas comerciais e laborais, da dinâmica e volátil estruturação econômica mundial e, especialmente, da necessidade de se garantir uma existência digna ao ser humano, tornaram imperioso o repensar do direito, tendo em vista a nova realidade social.

Assim, foram muitas as transformações sociais que influenciaram na direção da família. Prova disso, como anteriormente citado, é que a mulher não detinha voz ativa na família e atualmente a presidência dos dois maiores países da América do Sul, consequentemente constituindo as duas pessoas mais poderosas da América Latina, são mulheres, Dilma Rousseff e Cristina Kirchner, respectivamente presidentes do Brasil e da Argentina.

Salles (1996, p. 147) muito bem esclarece que

en síntesis, la modernidad en la familia se expresaría en el ejercicio de derechos democráticos, la autonomía de sus miembros y un mayor equilibrio en el reparto del trabajo (doméstico y social), de las oportunidades y de la toma de decisiones familiares. Se trataría de una nueva relación basada en asimetrías matizadas por pautas democráticas.

Netto Lobo (2003) observa que a família contemporânea deve se pautar de forma a aceitar os diversos paradigmas apresentados pela sociedade moderna, com as transformações sociais que a impulsionam, devido à diversidade sexual atualmente existente, bem como à evolução econômica diversificada em todos os países latinos.

A nova família latino-americana evolui no sentido de não dar tratamento desigual entre homens e mulheres, nem tratamento discriminatório contra os filhos decorrentes do casamento e aqueles oriundos de uma relação não consagrada pelas justas núpcias ou adotivos, nem tratamento discriminatório contra os seus integrantes que optem por um relacionamento sexual diverso do heterossexual padrão.

Como vimos, a família latino-americana contemporânea busca afastar características da antiga concepção nupcialista de família, em que o poder marital predominava sem limites com a discriminação da pessoa da mulher, bem como dos filhos havidos fora do casamento ou adotados, e daqueles que não seguiam a orientação heterossexual, transformando-se em uma instituição que acolhe e zela pelo bem-estar e pela plenitude da vida, da realização pessoal de seus membros. Desta forma, constatamos que a família se transforma através do tempo, acompanhando as mudanças sociais em que se encontra inserida.

6. Referências

ARRIAGADA, Irma. *Cambios y Desigualdad en las Familias Latinoamericanas*. Disponível em: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/9/19349/lcg2180e_Arriagada.pdf>.

Acesso em: 20 de Setembro de 2012.

CERRUTTI, Marcela; BINSTOCK, Georgina, *Familias latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública*. Disponível em:

<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/37438/sps147-familias-latinoamericanas.pdf>. Acesso em 10 de Setembro de 2012.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre, à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2.002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. “Das Relações de Parentesco”, in: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil* Belo Horizonte: Ed. Del Rey/ Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 2001.

ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil: Cuarto Tomo – Derecho de Familia*. 2 ed. Trad. por Blas Pérez Gonzales e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1953, vol. II.

LECLERQ, Jacques. *A Família*. Trad. Emérico da Gama. São Paulo: Ed. Quadrante, 1968.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo, Atlas, 2003, vol. XVI.

LOBO, Paulo Luiz Netto. “Constitucionalização do direito civil”, in: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n.141, jan./mar. 1999.

MARRERO, Carolina Mesa. *Las Uniones de Hecho – Análisis de las relaciones económicas y*

sus efectos. 2 ed. Navarra: Aranzadi Editorial, 2000.

PEREIRA, Sérgio Gischkow, "A União Estável e os Alimentos", in: *Revista dos Tribunais*, v. 657-Jul. 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil*.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 05 de Outubro de 2012.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 05 de Outubro de 2012.

SALLES, V. y R. Tuirán. Mitos y creencias sobre vida familiar, *Revista Mexicana de Sociología*, año LVIII, n. 2, México: Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), abril-junio, 1996.

VILLELA, João Baptista. "Repensando o Direito de Família", in: *Nova Realidade do Direito de Família: Doutrina, Jurisprudência, Visão Interdisciplinar e Noticiário*. Coord. Sérgio Couto, Rio de Janeiro: COAD, 1999, t. 2.

Declaração de Estocolmo: Estudo dos Princípios 10, 11 e 12

The Declaration of Stockholm: a study of the principles 10, 11 and 12

Luciana de Brito Freitas Leite

Especialista em processo. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Doutoranda em Ciências Penais pela UBA. Professora de Direito Penal do Centro Universitário de Patos de Minas. Advogada. Perita Ambiental.
e-mail: lucianaleite@netsite.com.br

Resumo: A cidadania ambiental no Brasil toma proporções alarmantes se considerarmos que nosso país possui um vasto patrimônio natural e exhibe altíssimos índices de depredação da natureza. Diante disso aumenta a importância de repensar os conceitos culturalmente introjetados para o entendimento do meio natural brasileiro e a necessidade de criação de estratégias visando sua preservação.

Palavras-chave: crise ambiental; instrumentos econômicos de gestão ambiental; Declaração de Estocolmo.

Abstract: The environmental citizenship in Brazil takes alarming proportions considering that our country has a rich natural heritage and displays very high rates of depredation of nature. Considering this, it increases the importance of rethinking the culturally internalized concepts for the understanding of Brazilian environment and the need to create strategies for their preservation.

Keywords: environmental crisis; economical instruments of environmental management; Declaration of Stockholm.

1. Introdução

Hoje se coloca como fato objetivo a possibilidade da extinção total da vida no planeta terra. Ao contrário do passado, quando as crises ambientais eram geralmente sucedidas pela revitalização do entorno natural circundante, a crise atual não sugere nenhuma recuperação posterior ao esgotamento dos ciclos biológicos dos ecossistemas.

O mundo é plano e linear e o meio ambiente, que procuramos abranger, tem 360 graus, não poderemos vê-lo de um relance, será preciso dividir essa circunferência em ângulos menores e girar à volta, ao alcance de nossos olhos: será sempre uma visão fragmentada. Outra: o mundo é esférico, tridimensional, e com maior razão não poderemos contemplá-lo porque muitas das suas faces, em latitude e longitude, nos estarão invisíveis, inatingíveis, e a fragmentação é inevitável, da mesma forma. Conclusão: é impossível vermos, contemplarmos, abarcarmos a Questão Ambiental em todas as suas dimensões, de maneira abrangente e satisfatória (MILARÉ, 2009, p. 54).

O meio ambiente se configura como um direito difuso, não dispondo de um corpo específico. O objeto do interesse difuso, nas palavras do jurista Paulo Affonso Leme Machado, “é sempre um bem coletivo, insuscetível de divisão, a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos”.

A noção de cidadania ambiental, ao universalizar direitos específicos e especificar direitos universais, sugere uma ampliação radical da noção mais costumeira de cidadania tal como esta tem frequentado discursos e mobilizações sociais. Retomando uma dita que, em dado contexto, estaria restrita ao movimento ecologista e hoje traduz uma demanda da sociedade humana mundial, “o ambientalismo referenda-se numa perspectiva que esposa bandeiras abrangentemente globais”.

A cidadania ambiental no Brasil toma proporções alarmantes se considerarmos que nosso país possui um portentoso patrimônio natural e exhibe altíssimos índices de depredação da natureza.

A importância de repensar os conceitos culturalmente introjetados no dia a dia é fundamental para o entendimento do meio natural brasileiro e da criação de estratégias visando sua preservação. Não há como escapar dessa discussão, pois, como assevera o geógrafo sino-americano Yi Fu Tuan, meio ambiente natural e visão de mundo estão estreitamente ligados, sendo esta última fundamental para explicar as atitudes que tomamos com relação aos elementos naturais.

A deseducação quanto à percepção do ambiente é evidente em vários outros aspectos do cotidiano, geralmente em razão de modelos culturais originários dos países desenvolvidos que colonizam de modo incessante a percepção do real das pessoas. Esse processo de socialização contribui para explicar o porquê de quase todas as espécies animais de presença marcante no imaginário infantil global serem próprias dos países temperados do Norte.

O ambiente de vida por excelência da Era Contemporânea corresponde ao meio urbano, que deveria, por motivos óbvios, estar no centro das preocupações do conjunto da sociedade. Juntamente com o meio urbano, mereceria idêntico destaque o rol de questões relacionadas com o funcionamento desse espaço como ecossistema artificial, um ambiente cuja leitura ecológica é quase sempre esquecida. Sem, com isso, pretender que as espécies em extinção ou as paisagens naturais ameaçadas não sejam merecedoras de atenção, solicita-se que as cidades ocupem na consciência cidadã a mesma ordem de importância que elas concretamente ocupam na vida cotidiana da maioria dos humanos.

No Brasil, as cidades estão no centro da problemática ambiental, a qual se articula também com o quadro de exclusão social que tem se aprofundado nas últimas décadas. Os problemas urbanos relacionam-se diretamente com um significativo rol de problemas ambientais básicos vivenciados pelo povo brasileiro. Dentre outros, os mais significativos seriam a questão da destinação dos resíduos sólidos, dos recursos hídricos e da poluição do ar. Na ausência dessa compreensão, as proposições ambientalistas tornam-se simplesmente elitistas e desfocadas dos problemas ambientais que de fato acometem o conjunto da população do nosso país.

Um decisivo passo para a difusão do ambientalismo foi seu transbordamento para outros movimentos sociais que perceberam nas reivindicações ambientalistas um vínculo orgânico com as causas que advogavam. O histórico das lutas ambientais desenvolvidas no território brasileiro a partir dos anos 1980 foi decisivo em muitos cenários, para conquistas sociais reais, redundando na reapropriação do ambiente de vida de muitas das populações tradicionais.

Podemos identificar três esferas de atuação conjunta que são indispensáveis pa-

ra qualquer ação efetiva de conservação da natureza e de objetivação da cidadania ambiental. A primeira refere-se à administração pública, exercida em três diferentes níveis – o federal, o estadual, e o municipal. A segunda corresponde à sociedade, que conta com uma grande diversidade de interlocutores. Na esfera da sociedade, temos a atuação das escolas, das comunidades de bairro, das igrejas, dos sindicatos, dos movimentos urbanos e rurais, das universidades, assim como das empresas, que podem ser de capital privado e ter uma estratégia de atuação de interesse público, nesta incluindo as preocupações ambientais. A terceira esfera materializa-se em âmbito individual, com o cidadão atuando no espaço da sua casa, do seu bairro, do seu local de emprego e assim por diante.

A responsabilidade compartilhada torna-se concreta pela criação de parcerias sociais entre esses três níveis, que interagem e, por sinergia, atuam conjuntamente para a resolução dos problemas ambientais, ou então simplesmente ela não existe. Não adianta apenas uma dessas esferas agir isoladamente, pois é preciso articular ao máximo, por meio de uma atuação conjunta e coordenada, estes três níveis nas intervenções em prol da conservação da natureza de modo a objetivar uma gestão ambiental eficiente.

Quem considerar que um Estado mínimo vai resolver a questão ambiental está fazendo o jogo da degradação ambiental. A sociedade é outra alavanca do avanço da cidadania ambiental e, com certeza, é a esfera que tem brindado o mundo com uma pródiga e envolvente série de experiências bem-sucedidas. É o caso das cooperativas de reciclagem que despontam em condomínios, escolas e associações comunitárias da periferia; são os sindicatos que agregam às reivindicações tradicionais itens como qualidade de vida e segurança no trabalho; este também seria o caso das experiências de educação ambiental, desenvolvidas com ou sem beneplácito institucional por professores e estudantes, e muitas vezes de modo espontâneo.

Não obstante a importância da ferramenta social, o fato é que o nível individual é da maior importância e não pode ser desmerecido por uma estratégia ambiental, até porque a cidadania ambiental tem nos indivíduos seu suporte objetivo. Parcela ponderável dos impactos no meio ambiente tem origem na ação e nos procedimentos rotineiros dos indivíduos.

Como salienta o filósofo José de Ávila Aguiar Coimbra, a escolha é nossa: “formar uma aliança global para cuidar da terra e uns dos outros, ou arriscar a nossa destruição e da diversidade da vida”. Necessário que iniciemos a construção da cidadania ambiental, séria, justa e consequente.

2. Realidade brasileira

No final da década de 60, preocupada com o crescimento econômico e o processo de industrialização predatória, a Suécia propôs à ONU a realização de uma conferência internacional para discutir os principais problemas ambientais que já alcançavam uma dimensão global, relacionando-os a questões socioeconômicas, em especial à pressão do crescimento demográfico sobre os recursos naturais nos países pobres.

A proposta foi acatada pela ONU que, em junho de 1972, na cidade de Estocolmo, realizou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, com a participação de 113 países, 250 organizações não-governamentais e organismos da ONU. Os principais resultados dessa Conferência foram a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a aprovação da Declaração sobre o Meio

Ambiente Humano.

Na capital da Suécia, Estocolmo, a sociedade científica já detectava graves problemas futuros por razão da poluição atmosférica provocada pelas indústrias. Também conhecida como Declaração de Estocolmo, ela contém 26 princípios referentes a comportamento e responsabilidades, que se destinam a nortear os processos decisórios de relevância para a questão ambiental.

Nesse evento, os países do terceiro mundo, liderados pelo Brasil, passaram a questionar a postura dos países ricos, que, tendo atingido pujança industrial com o uso predatório de recursos naturais, queriam agora retardar e encarecer a industrialização dos países subdesenvolvidos, impondo-lhes complexas exigências de controle ambiental; isso, porém, levaria a que os ricos continuassem sempre ricos, e os pobres permanecessem sempre e irremediavelmente pobres. A maior poluição é a pobreza e a industrialização suja é melhor do que a pobreza limpa, eram os slogans terceiro-mundistas.

Ante as críticas da comunidade internacional, a reação brasileira neutralizadora se fez sentir com a edição do Decreto 73.030 de 30.10.1973, instituindo a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), no âmbito do então Ministério do Interior, com o declarado objetivo de orientar uma política de conservação do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais.

Tendo como expoente o ambientalista Paulo Nogueira Neto, a criação do SEMA marca uma nova era para o ambientalismo e para o desenvolvimento da correspondente legislação brasileira.

Outro ponto importante dessa nova realidade foi a aprovação pela Lei 6.151 de 1974 do II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), para ser executado no período de 1975 a 1979, o qual, incorporando em seu texto a preocupação com o estabelecimento de uma política ambiental a ser seguida, acabou por mudar a estratégia do enaltecido desenvolvimento a qualquer custo, até então imperante.

Em sequência, quatro novos diplomas legais importantes para a tutela jurídica do ambiente foram expedidos: o Dec. Lei. 1.413 de 14/08/1975 (Controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais); a Lei 6453 de 17/10/77 (responsabilidade civil por danos nucleares e responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares); a Lei 6513 de 20/12/77 (Criação de áreas especiais e locais de interesse turístico) e a Lei 6.766 de 19/12/79 (Parcelamento do solo urbano), conhecida como Lei Lehmann.

Apesar disso, somente a partir da década de 1980 é que a legislação sobre a matéria passou a desenvolver-se com maior consistência e celeridade. O conjunto de leis até então não se preocupava em proteger o meio ambiente de forma específica e global, dele cuidando de maneira diluída, e mesmo casual, e na exata medida em que pudesse atender sua exploração pelo homem.

Sob o influxo da onda conscientizadora emanada da Conferência de Estocolmo de 1972 podemos destacar quatro marcos importantes: I - edição da lei 6.938 de 31/08/1981, conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que teve como mérito trazer para o mundo do direito o conceito de meio ambiente como objeto específico de proteção em seus múltiplos aspectos; II - edição da Lei 7.347/24/07/1985 - ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, o que possibilitou que a agressão ao meio ambiente viesse a tornar-se caso de justiça; III - Constituição Federal, que deu ao meio ambiente disciplina rica; e IV - Lei 9.605 de 12/02/1998, conhecida como Lei dos crimes ambientais.

Quando da Declaração de Estocolmo, os países pensavam que o meio ambiente

era uma fonte inesgotável, e que toda ação de aproveitamento da natureza fosse infinita. Para tanto, problemas foram surgindo, como o secamento de lagos e rios, o efeito da inversão térmica e as ilhas de calor. Tendo em vista esses problemas, era necessário organizar uma convenção na qual países se propunham a fazer uma parcela de ajuda ao mundo. Foi então que a ONU decidiu inaugurar a Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente.

A decisão de ajudar a natureza foi proposta primeiramente pelos EUA com liderança do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT). A decisão era acabar de vez com todas as atividades mundiais de indústria por um tempo, visto que essa atividade é a mais poluidora.

A decisão foi imediatamente contestada pelos países subdesenvolvidos que tinham a base econômica unicamente na industrialização. Eram necessárias as atividades de indústrias para o país se desenvolver e melhorar a sua situação socioeconômica.

Foi a partir disto que os debates começaram e findaram uma possível forma de acordo. O apelo para o “desenvolvimento a qualquer custo” foi a base para uma não-negociação do 1.º acordo programado pela ONU: o acordo que remete à falha da Conferência de Estocolmo: O relatório Brundtland e acordos que ainda vigoram como o Tratado de Kyoto e o Protocolo de Montreal. Em virtude desse impasse, a conferência ficou marcada pela disputa do “desenvolvimento zero”, defendido pelos países desenvolvidos; e o “desenvolvimento a qualquer custo”, defendido pelas nações subdesenvolvidas.

Na conferência de Estocolmo foram abordados temas como a chuva ácida e o controle da poluição do ar. As discussões contaram com a presença de 113 países e mais 400 instituições governamentais e não governamentais.

Após longos discursos e apresentações de pesquisas, foi concebido um importante documento relacionado aos temas ambientais, de preservação e uso dos recursos naturais, isso em esfera global. Essa conferência foi muito importante, pois pela primeira vez o mundo se direcionou para o volume da população absoluta global, para a poluição atmosférica e para a intensa exploração dos recursos naturais.

Os princípios 10, 11 e 12 da declaração de Estocolmo contam com um viés nitidamente econômico. Senão vejamos: o décimo princípio dispõe que “os países em desenvolvimento necessitam preços razoáveis para as suas exportações, como elemento essencial para o ordenamento do ambiente”.

Para os países em desenvolvimento, a estabilidade dos preços e a obtenção de ingressos adequados dos produtos básicos e de matérias-primas são elementos essenciais para o ordenamento do meio ambiente, já que há de se ter em conta os fatores econômicos e os processos ecológicos.

Já o princípio 11 regula que “as políticas ambientais não devem afetar o processo de desenvolvimento”.

As políticas ambientais de todos os Estados deveriam estar encaminhadas para aumentar o potencial de crescimento atual ou futuro dos países em desenvolvimento e não deveriam restringir esse potencial nem colocar obstáculos à conquista de melhores condições de vida para todos. Os Estados e as organizações internacionais deveriam tomar disposições pertinentes, com vistas a chegar a um acordo, para se poder enfrentar as consequências econômicas que poderiam resultar da aplicação de medidas ambientais, nos planos nacional e internacional.

O princípio 12 preleciona que “os países em desenvolvimento necessitam financiamento para implementar medidas de proteção do ambiente”.

Recursos deveriam ser destinados para a preservação e melhoramento do meio

ambiente, tendo em conta as circunstâncias e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento e gastos que pudessem originar a inclusão de medidas de conservação do meio ambiente em seus planos de desenvolvimento, bem como a necessidade de oferecer-lhes, quando solicitado, mais assistência técnica e financeira internacional com este fim.

Na esteira do que pretendem os referidos princípios, faremos algumas considerações sobre os instrumentos econômicos que estão sendo aplicados no Brasil e em vários outros países, bem como aqueles que estão em fase embrionária.

Aos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente foram recentemente acrescentados, pela Lei 11.284 de 02/03/2006, os econômicos. Esta importante inovação legislativa acompanha a exigência crescente de mecanismos desta natureza, conforme estipulam os princípios da Declaração de Estocolmo, em estudo. Tais mecanismos são necessários para a gestão ambiental, visando incentivar e propiciar a preservação do meio ambiente, como também proporcionar o aceleração da capacidade de reparação dos danos ambientais causados.

No mesmo sentido do que aqui se discute, a declaração da Rio-92, em seu princípio 16, dispõe: "As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais".

A Lei 11.284/06 menciona, dentre os instrumentos específicos, a concessão florestal, a servidão ambiental e o seguro ambiental.

Conforme lição de Milare, a concessão florestal, segundo a referida lei, é uma delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços em uma unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. A verdadeira intenção parece ser transformar a biodiversidade em ativo real e, com isso, promover o uso sustentável da floresta, auxiliando no combate ao desmatamento ilegal e também à grilagem de terras em florestas importantes, como a Amazônia.

A servidão ambiental também foi incluída no ordenamento jurídico pela Lei 11.284/2006 e hoje se encontra estampada no art. 9 da lei 6938/1981. Trata-se de renúncia voluntária do proprietário rural, em caráter temporário ou permanente, total ou parcialmente, do direito de uso, exploração ou supressão de recursos naturais existentes na propriedade, mediante a anuência do órgão ambiental competente.

O seguro ambiental, importante mecanismo de implementação do princípio da reparação integral do dano ambiental, garante a disponibilidade dos recursos financeiros necessários à reconstituição total do dano causado ao ambiente, mesmo na hipótese de insolvência do poluidor. Existe ainda projeto de Lei 2.313/2003, já aprovado na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, buscando implantar, entre nós, o seguro de responsabilidade civil do poluidor (MILARÉ, 2009, pp. 476-477).

A lei em comento prevê estes instrumentos em um rol não taxativo, permitindo pois a abertura para criação de outros mecanismos capazes de incentivar a adoção de práticas ambientalmente corretas, buscando uma melhor conciliação entre o desenvolvimento econômico e a necessária preservação do meio ambiente.

Existem alguns instrumentos surgindo no cenário nacional e mundial. Podemos citar a recente Lei 11.428/2006, conhecida como Lei da Mata Atlântica, que prevê a

adoção de incentivos econômicos para a proteção e o uso sustentável do referido bioma, entre os quais um Fundo de Restauração destinado ao financiamento de projetos de recuperação ambiental e de pesquisa científica.

Os conhecidos “Princípios do Equador” referem-se a um conjunto de procedimentos utilizados espontaneamente por instituições financeiras na gestão de questões socioambientais associadas a operações de financiamento de projetos. Ditos princípios, baseados nos padrões socioambientais da Internacional Finance Corporation (IFC), são mundialmente aplicados na implementação de projetos de todos os setores de atividades com valores de US\$ 10 milhões ou mais.

Cite-se ainda o “Índice de Sustentabilidade Empresarial”, criado a partir de uma iniciativa da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), que visa a avaliar ações de determinadas empresas comprometidas com políticas socioambientais corretas, permitindo que os investidores privilegiem aquelas que atuam de forma sustentável. As empresas irresponsáveis para com o meio ambiente podem causar enormes passivos ambientais, ensejando indenizações milionárias para a recuperação do meio ambiente e para a reparação dos danos causados a terceiros, o que não raro implica a desvalorização das suas ações em mercado aberto.

Vislumbra-se ainda a utilização do Direito Tributário de forma fiscal ou extrafiscal, de modo a incentivar os proprietários, produtores e industriais a utilizarem mecanismos preventivos de danos e impactos negativos ao meio ambiente. Dentre eles, estão a cobrança de IPTU elevado àqueles que não cumpram com a função social da propriedade, como também a aplicação de um preço público ou cobrança pelo uso da água que já está sendo implementada em algumas bacias hidrográficas e, ainda, possíveis incentivos fiscais que podem ser adotados mediante a minoração ou majoração de tributos buscando incentivar ou forçar a busca por tecnologia avançada capaz de prevenir consequências danosas ao meio ambiente.

Outro interessante instrumento econômico fiscal é o Imposto de Renda Ecológico, cuja proposta está em trâmite no Congresso Nacional, por meio do Projeto de Lei 5974/2005, e que, a exemplo da Lei Rouanet, que dá incentivos fiscais àqueles que investem em cultura, proporcionará um abatimento substancial no imposto de renda para as pessoas físicas e jurídicas que invistam em projetos ambientais. A intenção maior é que as deduções auferidas sejam destinadas a entidades não-governamentais, cujos projetos deverão ser previamente aprovados pelo Ministério do Meio Ambiente, mediante a garantia do uso sustentável dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, enquadrando-se nas diretrizes, prioridades e normas do Fundo Nacional do Meio Ambiente.

Outro exemplo é o ICMS Ecológico, que vem sendo evidenciado como um meio tributário eficiente para a proteção do meio ambiente, pois indica uma maior destinação de parcela do ICMS aos municípios em razão de sua adequação a níveis legalmente estabelecidos de preservação ambiental e de melhoria da qualidade de vida, observados os limites constitucionais de distribuição de receitas tributárias e os critérios técnicos definidos em lei.

Necessário ainda falar do Mecanismo de Desenvolvimento limpo (MDL), que torna eficaz o Protocolo de Kyoto, mediante a instituição de um mercado de venda de créditos de carbono. O MDL é um dos mais importantes instrumentos econômicos de flexibilização estabelecidos pelo Protocolo de Kyoto com o objetivo de facilitar o atingimento das metas de redução de emissão de gases de efeito estufa definidas para os países que o ratificaram. A proposta consiste em que cada tonelada de CO₂ que deixar de ser emitida ou for retirada da atmosfera por um país em desenvolvimento poderá

ser negociada no mercado mundial, criando novo atrativo para a redução das emissões globais.

Ainda existe a intenção de implantar a licitação sustentável, que vem sendo discutida no âmbito das Nações Unidas, por meio de seu Programa para o Meio Ambiente (PNUMA), e que a definiu como o processo pelo qual as organizações adquirem suprimentos ou contratam serviços levando em consideração o seguinte: aspectos como o melhor valor para considerações monetárias que incluam a análise de preço, qualidade, disponibilidade, funcionalidade, dentre outras; aspectos ambientais (licitação verde), que constituem os efeitos sobre o meio ambiente que o produto/ou serviço tem em todo o seu ciclo de vida; o ciclo de vida integral dos produtos e aspectos sociais: efeitos sobre questões sociais tais como a erradicação da pobreza, equidade internacional na distribuição de recursos, direitos trabalhistas, direitos humanos.

Insta dizer que a inclusão de princípios de desenvolvimento sustentável nas práticas licitatórias já é uma realidade em vários países, como Canadá, Japão, Áustria, Itália, Países Baixos, Noruega, Estados Unidos e África do Sul. As experiências nesses países indicam que a inclusão de considerações sobre consumo e produção sustentável nas opções de compra pelo poder público não só é viável, mas tem o importante papel de incentivar um mercado sustentável.

Vale ainda dizer que o Estado do Paraná foi o pioneiro na concepção do instituto e, como tal, foi o primeiro Estado a experimentar os resultados externamente positivos da adoção do ICMS Ecológico.

3. Conclusão

Os bens ambientais interferem tanto no aspecto social quanto no aspecto econômico, pois a um só tempo são responsáveis pela qualidade de vida e pelo desenvolvimento econômico, e a intervenção do Estado se justifica nessas duas frentes, tendo em vista um objetivo comum, ou seja, estabelecer um ponto de equilíbrio entre a atividade econômica e a repercussão ambiental que ela causa na qualidade de vida da coletividade. É exatamente aí que se encaixa o princípio do poluidor/usuário-pagador, limitando a propriedade privada e, portanto, o próprio desenvolvimento econômico que se assenta no ideário liberal (RODRIGUES, 2005, p. 223).

O princípio do poluidor/usuário-pagador tem raiz econômica e está presente na ordem constitucional econômica (art. 170, VI), ao dizer que é princípio desta última a defesa do meio ambiente. O legislador constituinte, ao aludir à defesa, reconhece que a atividade econômica presume-se impactante do ambiente, e, como tal, todas as cautelas de prevenção, proteção e ressarcimento do ambiente devem ser aprioristicamente imputadas e reputadas como advindas da atividade econômica. Quer com isto dizer que nenhuma atividade econômica poderá ser desenvolvida sem as cautelas ambientais, e cabe ao empreendedor da mesma a comprovação da existência ou inexistência dos prejuízos e agressões ao meio ambiente.

O princípio usuário/poluidor-pagador também se vê presente, diretamente, num dos elementos essenciais da atividade econômica capitalista: a propriedade. Em diversas passagens do texto constitucional, não existe mais o modelo de propriedade privada que foi a base de sustentação do liberalismo clássico. Hoje a propriedade deve atender a uma função social, e, que fique bem claro, não existe propriedade sobre a função ecológica dos bens ambientais, que são propriedade do povo, porque titulares

de um direito de uso comum desse bem maior.

Toda destinação invulgar (não ecológica) que se pretenda dar aos referidos bens, sejam elas impactantes ou não, devem ser objeto de controle e apreciação por parte do poder público, incumbido que está de proteger o direito insculpido no art. 225 da CF/88, e dessa forma, garantir o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Referências

ALMEIDA, L. T. O debate internacional sobre instrumentos de política ambiental e questões para o Brasil, in: *II Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica*. São Paulo, 1997.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *O outro lado do meio ambiente*. Campinas: Millenium Editora, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MARGULIS, S. *A Regulamentação Ambiental: Instrumentos e Implementação*. Rio de Janeiro: TD-437/IPEA, 1996. 61p

MARTINEZ JR., F. & BRAGA JR., B.P.F. Aplicação de instrumentos econômicos à gestão ambiental: o caso dos recursos hídricos, in: *Anais XII. Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos*. ABRH, Vitória, 1997, v. 1, p. 25-32.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente. A Gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SERÔA DA MOTTA, R., RUITENBEEK, J., HUBER, R. *Uso de Instrumentos Econômicos na Gestão Ambiental da América Latina e Caribe: Lições e Recomendações*. Rio de Janeiro: TD-440/IPEA, 1996. 61p

TUAN, Yi Fu. *Topologia - um estudo da percepção atitudes e valores do meio ambiente*. São Paulo: Difel, 1980.

www.wikipedia.org

www.jus.com.br

O direito de resposta ou desagravo pós ab-rogação da norma penal especial

The right of response or revenge post abrogation of the special penal norm

Manoel Almeida

Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Araras (Unar). e-mail: manoelalmeida.adv@gmail.com

Resumo: Ao dar provimento *in totum* ao pedido de cassação da Lei 5.250/67, formulado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Suprema Corte banuiu do ordenamento jurídico brasileiro todos os dispositivos, civis e penais, regulamentadores da atividade jornalística que se encontravam exclusivamente na referida legislação. Subsistem, naturalmente, os tópicos relacionados à mesma matéria com previsão nos códigos Civil e Penal – e respectivos códigos processuais – e demais legislação vigente. É o caso do direito de resposta expresso na Constituição da República, no Código Eleitoral, na Lei das Eleições e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, celebrada em São José, capital da Costa Rica, e ratificada pelo Brasil. O presente estudo aponta o advento da natureza cível do direito de resposta na nova ordem constitucional-democrática e aborda aspectos processuais pós ab-rogação da referida lei federal especial.

Palavras-chave: ADPF 130/08. Comunicação social. Direito de resposta. Direitos da personalidade. Lei de Imprensa. Liberdade de informação e expressão. Responsabilidade civil.

Abstract: When judging justifiable “in totum” the impediment request of the Law, a request formulated by the Partido Democrático Trabalhista (PDT), conditioned to “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” (ADPF), the Supreme Court banned from the Brazilian juridical order all the devices, both civil and penal, regulators of the journalistic activity that were exclusively in the mentioned legislation. The topics related to the same matter naturally subsist both in the Civil and Penal Codes and its respective processual codes and in the current legislation. This happens with the right to reply expressed in the Constitution of the Republic, in the Electoral Code and in the American Convention on Human Rights, held in San José, the capital from Costa Rica, and ratified by Brazil. The current study points out the coming of the civil nature of the right to reply in the new constitutional-democratic order and approaches processual aspects after the abrogation of such special and federal law.

Keywords: ADPF 130/2008. Civil responsibility. Freedom of information and expression. Press Law. Social communication. The rights of the personality. The right to reply.

“Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 8.º).

Introdução

Após as atrocidades contra civis durante a Segunda Guerra (1939-1945), que não poupou crianças, idosos, enfermos, os direitos da personalidade passaram a merecer especial atenção por parte da comunidade internacional. Não somente pelos milhões de indivíduos perseguidos e massacrados – na Itália, pelo Fascismo; na Alemanha, pelo Nacional-Socialismo – em decorrência de convicções religiosas, opiniões políticas, origem étnica ou mesmo aptidões sexuais, mas também pelos outros milhões de civis e prisioneiros das tropas do Eixo (germânicos e nipônicos, principalmente) vítimas de crimes de guerra perpetrados pelas Potências Aliadas (notadamente Estados Unidos da América, Reino Unido e a então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas).

Na Carta de 10 de dezembro de 1948, os estados-membros da recém-criada Organização das Nações Unidas, “considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade”, se comprometem a observar o “respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem” (*Declaração Universal dos Direitos Humanos* (preâmbulo). Nova Iorque: ONU, 1948).

Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (Idem, art. 2º, I)

Nas modernas civilizações em que predominam o estado de direito e o regime democrático a liberdade de comunicação e expressão e os princípios inerentes aos direitos da personalidade – intimidade, liberdade, honra e imagem – permanecem em constante tensão.

Dois *leading cases* do Supremo Tribunal Federal que marcaram o ano de 2009 no País dizem respeito a essa dicotomia: a polêmica decisão que declarou a desnecessidade do diploma para o exercício da atividade jornalística e a revogação total da lei federal que regulou “a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”, sendo esta o objeto do presente estudo, mais precisamente a alteração na natureza jurídica do direito de resposta após a suspensão da eficácia da norma penal especial.

Gênese da ADPF 130

Com fundamento na Lei 5.250/67, de 9 de fevereiro de 1967, integrantes da Igreja Universal do Reino de Deus ajuízam em todo o País ações indenizatórias múltiplas contra empresas jornalísticas e profissionais que questionaram a licitude do patrimônio de pessoas ligadas à igreja, inclusive seu fundador, o bispo Edir Macedo.

Em reportagem especial publicada em 15 de dezembro de 2007, a repórter Elvira Lobato, um dos alvos das investidas de fiéis e pastores da Universal, afirma que “a relação entre a igreja e as empresas dos bispos é obscura”, aventa a hipótese de que “os dízimos dos fiéis sejam esquentados em paraísos fiscais” e cita “o suposto uso de bis-

pos como ‘laranjas’ da igreja na compra de emissoras”.

Em 30 anos de existência, completados em julho, a Igreja Universal do Reino de Deus construiu não apenas um império de radiodifusão, mas um conglomerado de [sic] empresarial em torno dela. Além das 23 emissoras de TV e 40 de rádio, o levantamento da Folha identificou 19 empresas registradas em nome de 32 membros da igreja, na maioria bispos¹. [...] A legislação em vigor não permite que igrejas explorem, diretamente, o serviço de radiodifusão. A Igreja Católica tem a maioria de suas emissoras (12 TVs e 215 rádios) em nome de fundações. A Iurd ultrapassou as Organizações Globo em número de concessões próprias de televisão.²

Em 12 de fevereiro do ano seguinte, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ingressa com Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) contra a Lei 5.250/67, endossa editorial de *O Globo* segundo o qual o verdadeiro e inconfessável objetivo dos evangélicos era “intimidar jornalistas e empresas de comunicação”, ressalta que “o diploma legal impugnado é produto de um Estado Autoritário, que restringiu as liberdades civis em geral, e as de comunicação em particular” e formula pedido de medida liminar de suspensão de todos os processos e decisões com base no “autoritarismo congênito” da lei especial, e, no mérito, a ab-rogação dos 77 artigos, pedido este provido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 30 de abril de 2009.

A tentativa de censura por meio de múltiplas ações indenizatórias não é novidade. No processo “The New York Times x Sullivan”, já mencionado³, a Suprema Corte americana deliberou essencialmente sobre o alcance das 1ª e 14ª Emendas, no que se tornou o *leading case* das liberdades de expressão e de imprensa. Mas está apontada, com ênfase, nos autos, pelo Relator, o juiz Brennan, como “prova dramática” da ameaça à liberdade de imprensa e estratégia punitiva e inibidor da liberdade de manifestação, a diversidade de indenizações requeridas judicialmente pelos servidores aliados do comissário Sullivan, ele mesmo contemplado com uma indenização de 500 mil dólares, dos cinco milhões e seiscentos mil já requeridos judicialmente, pelo mesmo fato, contra o Times. Todos os processos foram soterrados pelo alcance maior da decisão, como se busca nesta ADPF.⁴

“O pensamento e sua manifestação, assim como a informação”, defende o partido arguente, “são naturalmente livres, sendo que a Constituição em vigor estabelece que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço a essa liberdade, que é ‘plena’ (art. 220, §1.º)”⁵.

¹ LOBATO, Elvira. Igreja Universal chega aos 30 anos com império empresarial. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 15 dez. 2007, p. A1.

² _____. Igreja controla maior parte de TVs do país. *Id.*, p. A4.

³ Pet. 3.486-4/DF. Rel. Ministro CELSO DE MELLO. DJ de 29 ago. 2005, Seção I, pp. 8-9.

⁴ PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA (PDT) vs. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Petição inicial da ADPF 130. Brasília/DF, 19 fev. 2008, p. 45.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130 (*op. cit.*).

As razões do Supremo

A declaração de procedência do pedido do autor na ADPF 130/08 banuiu do ordenamento jurídico brasileiro todos os dispositivos regulamentadores da atividade jornalística que se encontravam, exclusivamente, na legislação especial, doravante denominada Lei de Imprensa (embora mais técnica a designação genérica “Lei dos Meios de Comunicação Social” ou “Lei da Atividade Jornalística”, por abarcar outras mídias, como rádio, televisão e, atualmente, a internet⁶).

Como a ação penal se refere à prática de delitos previstos na Lei de Imprensa, e, tendo sido reconhecida pela Corte Suprema a inconstitucionalidade [*sic*] da referida lei, decisão proferida com eficácia contra todos e efeito vinculante, impossível o prosseguimento no julgamento dos recursos. [...] Nesse sentido: “EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - LEI DE IMPRENSA - REVOGAÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - NECESSIDADE. Julga-se extinto o feito quando revogada a lei em cujo dispositivo se ampara a ação proposta”. (TJMG, Ap. Crim nº 1.0024.05.730890-0/006, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Herbert Carneiro, j. em 26/08/2009, p. em 18/09/2009). Pelo exposto, julgo extinto o processo, com fulcro no art. 3º, do CPP, c/c art. 267, VI, do CPC, em face da impossibilidade jurídica do pedido contido em lei revogada pelo Supremo Tribunal Federal” (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0027.06.091847-4/001 - COMARCA DE BETIM).

Subsistem, naturalmente, os tópicos relacionados à mesma matéria com previsão na Constituição da República, nos códigos Civil, Penal e respectivos diplomas processuais, dentre outras normas vigentes, como a Lei das Eleições, o Código Eleitoral e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ao deferir medida liminar determinando a suspensão da aplicação de artigos da Lei de Imprensa, medida esta referendada pelo Plenário do Supremo, o ministro-relator Carlos Ayres Britto destacou o nítido “viés político-ideológico” da Lei de Imprensa, cujo “projeto de poder [...] remetia às calendas gregas a devolução do governo ao poder civil”.⁷

Mesmo antes de ser levada ao banco de réus, a Lei de Imprensa já não era totalmente aplicada pelo Judiciário. A crítica maior que se fazia, principalmente pela parte interessada – os meios de comunicação –, era o fato de a 5.250/67 ter nascido durante o regime militar, e por isso teria inspiração ditatorial.

Julgados já haviam declarado a incompatibilidade com o atual sistema de alguns dispositivos da Lei de Imprensa, como a tarifação do valor da indenização, limitadas a tetos que variam de dois a duzentos salários mínimos (arts. 51, I-IV, e 52), bem

⁶ Apesar de dicionaristas registrarem o termo “imprensa” como sinônimo de “jornalismo” ou no sentido de “qualquer meio utilizado na difusão de informações jornalísticas (p.ex., a radio-difusão); conjunto dos processos de veiculação de informações jornalísticas” (HOUAISS), imprensa se refere apenas aos veículos de comunicação impressos (jornais, revistas e similares). Cf. *Manual da redação: Folha de S. Paulo*. São Paulo: Publifolha, 2001, p. 74 (“Não escreva imprensa escrita (pleonasma) nem imprensa eletrônica, falada ou televisionada”) e MARTINS, 1997, p. 143 (“Imprensa para o Estado é apenas a escrita (sem a necessidade de qualificativos)”).

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 fev. 2008, p. 58.

como o prazo decadencial de três meses para o ofendido prestar queixa-crime (57, parte final), incompatível com o art. 103 do Código Penal⁸, que estabelece o prazo de seis meses para o exercício do direito de queixa ou representação.

Outro dispositivo bastante criticado era o que criava a responsabilidade criminal sucessiva:

Art. 37. São responsáveis pelos crimes cometidos através da imprensa e das emissoras de radiodifusão, sucessivamente: I - o autor do escrito ou transmissão incriminada (art. 28 e § 1.º), sendo pessoa idônea e residente no País, salvo tratando-se de reprodução feita sem o seu consentimento, caso em que responderá como seu autor quem a tiver reproduzido; II - quando o autor estiver ausente do País, ou não tiver idoneidade para responder pelo crime: a) o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico; ou b) o diretor ou redator registrado de acordo com o art. 9.º, inciso III, letra *b*, no caso de programa de notícias, reportagens, comentários, debates ou entrevistas, transmitidos por emissoras de radiodifusão; III - se o responsável, nos termos do inciso anterior, estiver ausente do País ou não tiver idoneidade para responder pelo crime: a) o gerente ou proprietário das oficinas impressoras no caso de jornais ou periódicos; ou b) o diretor ou o proprietário da estação emissora de serviços de radiodifusão; IV - os distribuidores ou vendedores da publicação ilícita ou clandestina, ou da qual não constar a indicação do autor, editor, ou oficina onde tiver sido feita a impressão.⁹

Ainda: o comando que veda a cumulação da ação de desagravo com o “exercício de ação penal ou civil contra o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias, com fundamento na publicação ou transmissão incriminada” (art. 29, § 3) afronta o princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Diferentemente do que apregoa a doutrina, tampouco a instância administrativa de curso forçado é exceção a tal princípio, ficando o direito de ação apenas prejudicado pela falta de uma das condições da ação, a saber, o interesse de agir, daí o outro nome: jurisdição condicionada.

Também agride a norma constitucional do livre acesso à Justiça a regra contida no art. 57, §, 6.º, condicionando o conhecimento da apelação ao depósito judicial do valor integral da indenização.

Da sentença do juiz caberá apelação, a qual somente será admitida mediante comprovação do depósito, pelo apelante, de quantia igual à importância total da condenação. Com a petição de interposição do recurso, o apelante pedirá expedição de guia para o depósito, sendo a apelação julgada deserta se, no prazo de sua interposição, não for comprovado o depósito. (NR)¹⁰

⁸ Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3.º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

⁹ A responsabilidade solidária é possível, todavia, no âmbito civil: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação (súmula n.º 221 do STJ, de 12/05/1999 - DJ 26.05.1999).

¹⁰ Parágrafo com nova redação dada pela Lei n.º 6.071, de 3 de julho de 1974 (DOU de 4/7/74, p. 7389). Na redação reformada, o recurso previsto era o agravo de petição, sendo que o agravando

A exigência de depósito prévio no valor da condenação para interposição de recurso vai de encontro ao inciso LV do art. 5.º da Constituição vigente (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes), ao inciso XXXIV, alínea “a” (“são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”), dentre outros que versam sobre “o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo” (art. 107, II, §3.º, 115, II, §2.º e 125, §6.º).

O amplo acesso à Justiça já era garantido pela Constituição de 1967, cujo art. 150, § 4.º, asseverava que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Da ordem constitucional-democrática

Nas ações movidas pelo então presidente Fernando Collor de Mello e seu secretário particular, Cláudio Francisco Vieira, contra o jornal *Folha de S. Paulo* e quatro jornalistas – o diretor de Redação, Otavio Frias Filho, o diretor executivo da Sucursal de Brasília, Josias de Souza, e os repórteres Gustavo Krieger e Nelson Blecher¹¹ – a defesa arguiu a “inconstitucionalidade” do dispositivo (a rigor, trata-se de arguição da não recepção do dispositivo, haja vista ser este anterior à Constituição)¹² que não admite a exceção da verdade¹³ contra, dentre outras autoridades, o presidente da República.

É verdade que o veto existe há muito na legislação brasileira e que o Código Penal agasalha regra semelhante¹⁴. Coincidência ou não, tanto a Lei n.º 5.250/67, quanto o Código Penal (Decreto Lei n.º 2.848/40) foram editados por governos ditatoriais e a lei de imprensa anterior (Lei n.º 2.083/53), originária de um intervalo histórico de democracia liberal, não adotava a proibição (autos 900102736-9 e 900100141-6).

A carta aberta de Frias Filho, estampada na primeira página segue nessa linha:

te deveria, do mesmo modo, solicitar “a expedição da guia para o depósito, sendo o recurso julgado deserto” se no prazo do agravo não fosse comprovado o depósito.

¹¹ A título de curiosidade, embora a acusação sustentasse a “conjugação de vontades” dos jornalistas em cometer a suposta calúnia, não foram os réus indiciados por formação de quadrilha (art. 288, Código Penal): “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos”.

¹² O instrumento correto para arguição de normas inconstitucionais é a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade). A própria Lei de Imprensa já havia sido objeto de ADI, não tendo sido conhecida por impossibilidade jurídica do pedido (ADI 521/MT. Rel. Ministro PAULO BROSSARD).

¹³ Não se admite a prova da verdade contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos (art. 20, §3º).

¹⁴ Art. 138. § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n.º I do art. 141; art. 141, I. I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro.

“Eu defendo para cada um a possibilidade de expressar o que pensa sem ir para a cadeia por isso, enquanto o sr. se agarra à lei de imprensa do regime militar; eu procuro alcançar o exemplo dos grandes jornalistas do passado, o sr. desce à mesquinha dos tiranetes”¹⁵.

Em seu voto, reiterando o entendimento prolatado por ocasião da medida acautelatória, o ministro Menezes Direito expressa opinião semelhante, asseverando “que não é possível legislar com conteúdo punitivo, impeditivo do exercício da liberdade de imprensa, isto é, que criem condições de intimidação”.

É inegável que em 1967 viviam-se tempos de exceção, que a liberdade de expressão foi o primeiro alvo do regime antidemocrático ora instalado e que alguns artigos da Lei de Imprensa conflitariam com os preceitos da “Constituição Cidadã” de 1988. Mas também há de se reconhecer que sua grande parte se harmoniza com o atual sistema, servindo de garantia para o exercício da liberdade de imprensa, motivo pelo qual os ministros Eros Grau, Menezes Direito e Celso de Mello ficaram vencidos quando votaram pela ab-rogação cautelar do diploma.

A Lei de Imprensa vedava inclusive a censura prévia, assegurando a “manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer” (art. 1º, *caput*)¹⁶ e, malgrado menos condescendente em relação aos abusos¹⁷, trazia diversas garantias à liberdade de informação, como o sigilo da fonte (art. 71), e prerrogativas, como a prisão especial (art. 66, *caput* e parágrafo único), nos moldes da reservada às autoridades públicas civis e militares (magistrados e governadores, inclusive).

Já os exíguos lapsos decadenciais para o ofendido notificar a empresa jornalística¹⁸ e ajuizar ação de reparação civil¹⁹ (de sessenta dias e de três meses, respectivamente) eram, indiscutivelmente, benéficos para os órgãos de comunicação social. A Lei de Imprensa vigorou por quarenta e dois anos, metade dos quais sob o regime democrático, tendo dela se servido o próprio fundador do partido arguente.²⁰

É na famigerada legislação que os veículos de comunicação se socorrem, notadamente o art. 27 e incisos, *in verbis*:

Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação: I – a opinião desfavorável da crítica, literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; II – a reprodução, integral ou resumida, desde que não constitua matéria reservada ou sigilosa, de relatórios, pareceres, decisões ou atos proferidos pelos órgãos competentes das Casas legislativas;

¹⁵ FRIAS FILHO, Otávio. *Folha de S. Paulo*. Carta aberta ao sr. Presidente da República, 25 de abril de 1991.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. Atualizada até 2000. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.38 p.

¹⁷ Com a previsão de apreensão dos jornais e extinção do registro, em caso de reincidência (art. 62, §4.º, a)

¹⁸ Lei de Imprensa, Art. 29, § 2.º, e Art. 58.

¹⁹ *Id.*, Art. 56.

²⁰ Vide, mais adiante, o tópico “Do direito fundamental à liberdade de opinião”

III – noticiar ou comentar, resumida ou amplamente, projetos e atos do Poder Legislativo, bem como debates e críticas a seu respeito; IV – a reprodução integral, parcial ou abreviada, a notícia, crônica ou resenha dos debates escritos ou orais, perante juízes e tribunais, bem como a divulgação de despachos e sentenças e de tudo quanto fôr ordenado ou comunicado por autoridades judiciais; V – a divulgação de articulados, quotas ou alegações produzidas em juízo pelas partes ou seus procuradores; VI – a divulgação, a discussão e a crítica de atos e decisões do Poder Executivo e seus agentes, desde que não se trate de matéria de natureza reservada ou sigilosa; VII – a crítica às leis e a demonstração de sua inconveniência ou inoportunidade; VIII – a crítica inspirada pelo interesse público; IX – a exposição de doutrina ou idéia. Parágrafo único. Nos casos dos incisos II a VI deste artigo, a reprodução ou noticiário que contenha injúria, calúnia ou difamação deixará de constituir abuso no exercício da liberdade de informação, se forem fiéis e feitas de modo que não demonstrem má-fé.

Importantes textos outorgados em períodos ditatoriais permanecem em vigor, convivendo com o atual panorama constitucional: o Código Tributário Nacional (1966), o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar (1969), o Estatuto do Estrangeiro (1980), o Código de Processo Civil (1973), a Lei das Contravenções Penais e o Código de Processo Penal (1941), o Código Penal (1940), o qual teria inspirações fascistas, a Lei de Execução Fiscal (1980), a Lei da Anistia (1979) e a Consolidação das Leis do Trabalho (1943), para citar alguns, carecendo, *data venia*, de razoabilidade a cassação da Lei de Imprensa pelo fundamento de que esta conflitava com as normas democráticas.

Também a Lei de Ação Popular²¹, ainda vigente, nasceu no período crítico, sendo sancionada pelo marechal-presidente Castelo Branco²² em 29 de junho de 1965. Por sua vez, o projeto do Novo Código Civil, em vigor desde 2003, é da lavra do governo Geisel²³, tendo sido encaminhado ao Congresso Nacional em 10 de junho de 1975.

Mesmo o atual Código Eleitoral, que disciplina o direito de voto, ápice do exercício da cidadania, é de 1965. Por isso não prevê, por exemplo, Recurso Contra Expedição de Diploma em face do presidente da República. Mas não houve necessidade de banimento do código. Apenas não são aplicados integralmente todos os seus dispositivos.

Foram, ainda, recepcionados como leis federais decretos-leis editados, tanto quanto a Lei de Imprensa, no período de recesso compulsório do Congresso Nacional (27 de janeiro de 1966 a 28 de fevereiro de 1967), como o decreto lei n. 201, norma penal incriminadora reminescente de Ato Institucional – portanto sem limitações quanto à matéria a ser tratada – dispendo sobre responsabilidade criminal de prefeitos e vereadores.

Significa dizer que a Lei de Imprensa, *quod erat demonstrandum*, fora revogada pelo novo ordenamento constitucional tão somente naquilo em que com este era incompatível. Caberia ao Supremo declarar a derrogação (revogação parcial) e não a ab-rogação (revogação total) do diploma, cujo fundamento de validade e eficácia está no art. 220, *caput* e §§ 1.º e 2.º (Constituição da República, Capítulo V, Da comunicação social).

²¹ lei n. 4.717/65.

²² Humberto de Alencar Castelo Branco (1897-1967).

²³ Ernesto Beckmann Geisel (1907-1996).

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, *observado o disposto nesta Constituição*. § 1.º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, *observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV*. § 2.º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística [sem os destaques no original].

Em outros termos, os direitos e as garantias fundamentais não são absolutos, de modo que não constituem “embaraço à plena liberdade de informação jornalística [...] o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV”, podendo ser objeto de regulamentação a livre “manifestação do pensamento” (5.º, IV), “o direito a indenização pelo dano material ou moral” decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (5.º, X), “o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão” (5.º, XIII) – atividade jornalística inclusa – e “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (5.º, V), sem que isso caracterize, assim como a vedação ao anonimato, censura de natureza política, ideológica ou artística.

Da resposta e da retificação

O art. 14 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), ratificado pelo Brasil em 6 de novembro de 1992 pelo Decreto n. 678, tratou do “Direito de Resposta ou Ratificação” nestes termos:

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

“A produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público”, assevera o *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros* (art. 2.º, II), sendo deveres do jornalista, dentre outros, “respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão” (art. 6.º, VIII), “defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja publicação foi o responsável” e “promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas” (art. 12, VI)²⁴.

Editada por Castelo Branco, no apagar das luzes de seu mandato (encerrado em

²⁴ FENAJ. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. Vitória, ES: Federação Nacional dos Jornalistas, 4 ago 2007.

15 de março de 1967)²⁵, a Lei de Imprensa assegurava tanto o direito de retificação (em caso de informação falsa) quanto o direito de réplica (consistente em rebater informação de caráter ofensivo, ainda que verídica):

Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação.²⁶

Enéas Costa Garcia entende que no desagravo da Lei de Imprensa o legislador “parece reconhecer apenas o direito de retificação, apesar de mencionar simultaneamente ‘retificação’ e ‘resposta’” e cita jurisprudência segundo a qual “ausente inexatidão na notícia não há lugar para direito de resposta, especialmente se o fato noticiado é verdadeiro (JUTACRIM 80/542, 56/371, RT 686/350)” (GARCIA, 2002, p. 510).

Conquanto a expressão “resposta ou retificação” pudesse, ainda, significar que o legislador tomasse os termos por sinônimos, a segunda parte (“toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública [...] a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo”) se refere ao direito de retificação, enquanto a primeira (“toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido [...] em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão”) se refere ao direito de resposta.

O direito de resposta, *lato sensu*, apresenta assim duas vertentes: no primeiro sentido, ele quer dizer direito de o respondente apresentar a sua versão correcta dos factos ocorridos ou imputados (direito de rectificação); no segundo sentido, ele significa o direito de ripostar acusações, opiniões ou juízos de valor (direito de réplica ou de resposta *stricto sensu*) (MOREIRA, *apud* GARCIA, 1994, p. 13).

Em seu *Dicionário jurídico*, a eminente Maria Helena Diniz conceitua o direito de resposta como “o concedido àquele contra quem foi publicado algo inverídico (...) de dar, no mesmo veículo e gratuitamente, a resposta devida, retificando a informação, rebatendo as críticas ou falsas notícias” (DINIZ, 1998, p. 158).

Essa definição, todavia, aplicar-se-ia melhor ao direito de retificação, o qual se fundamenta no princípio da veracidade. Para o direito de resposta *lato sensu*, que compreende o direito de réplica e o de retificação (direito de resposta *stricto sensu*), mais adequada é a definição de Houaiss, que afirma ser o “direito que tem o ofendido de dar resposta à ofensa recebida, usando o mesmo veículo (jornal, rádio, televisão etc.) e as mesmas condições (espaço ou tempo) de que se serviu o ofensor”²⁷.

Para maior clareza, evitar-se-á a homonímia optando-se por denominar a res-

²⁵ Humberto de Alencar Castelo Branco, um dos principais articuladores do Golpe de 64, foi morto em um suposto acidente aéreo logo após o término de seu mandato, aos 69 anos.

²⁶ Idem, art. 29, *caput*.

²⁷ HOUAISS. *Dicionário eletrônico da Língua Portuguesa*. Versão monousuário 3.0, junho de 2009.

posta em sentido amplo de “desagravo”, o qual se subdivide em resposta (ou réplica) e retificação.

Do direito fundamental à liberdade de opinião

Conforme o mencionado art. 29, *caput*, o desagravo restringe-se a publicações de caráter ofensivo, o que é reforçado pelo inciso V do art. 34, segundo o qual será negada a resposta ou a retificação “quando tiver por objeto crítica literária, teatral, artística, científica ou desportiva, salvo se esta contiver calúnia, difamação ou injúria”.

Ainda que a crítica jornalística atente contra a honra do ofendido, a réplica poderá ser negada se o texto-resposta incorrer no mesmo vício, contendo expressões ofensivas ao veículo de comunicação²⁸, a seus proprietários e diretores, ao autor ou a terceiros, “em condições que criem para estes igual direito de resposta” (art. 34, II e IV).

Não constitui ofensa ao responsável pela publicação, entretanto, o desagravo “no mesmo tom vigoroso do ataque” e que “guarda relação com os fatos referidos na publicação”, de modo “que os termos [assacados] por ambas as partes, reciprocamente, tidos como ofensivos, se dosimetrados, resultam equipolentes” (TJPA, Cams. Crims. Reunidas, QC n. 33.477, j. em 23.3.1998, rel. Des. Benedito de Miranda Alvarenga, v.u., RT 761/671-674) (*Apud* DAVID, 2001, pp. 351-352).

Essa mitigação ao art. 34 viabilizou aquele que é o marco do desagravo no Brasil: o duro contra-ataque veiculado no *Jornal Nacional* de 15 de março de 1994, assinado pelo então governador Leonel de Moura Brizola, que as organizações Globo Comunicação e Participações S.A. teriam declinado como senil no diário *O Globo* e no *Jornal Nacional*, carros-chefes do departamento de jornalismo da casa.

Tudo na Globo é tendencioso e manipulado. (...) Quando ela diz que denuncia os maus administradores deveria dizer, sim, que ataca e tenta desmoralizar os homens públicos que não se vergam diante do seu poder. (...) Quando me insulta por nossas relações de cooperação administrativa com o governo federal, (...) só vê nisso bajulação e servilismo. É compreensível: quem sempre viveu de concessões e favores do Poder Público não é capaz de ver nos outros senão os vícios que carrega em si mesma.²⁹

A proporcionalidade à ofensa é, ademais, garantida pela Constituição de 1988³⁰,

²⁸ *Ipsis verbis*, “expressões caluniosas, difamatórias ou injuriosas sobre o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias em que houve a publicação ou transmissão que lhe deu motivos”, mas, como se sabe, pessoas jurídicas não são sujeitos passivos de injúria.

²⁹ PORTAL PDT. Brizola responde à TV Globo – Direito de resposta. Vídeo (3min59s). Youtube: Verborreia, 29 abr 2009. FLV, 6,23MB, son. Color. Acesso: 13 mar. 2012. Disponível em: <http://www.pdt.org.br/>

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 5.º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS), bem como a liberdade de manifestação do pensamento (5.º, IV) e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (5º, IX) e

uma inovação em relação à Constituição anterior, que previa tão-somente o “Direito de resposta”³¹.

Da natureza jurídica

Também eram hipóteses de indeferimento do desagravo previsto na Lei de Imprensa a propositura de ação criminal ou de indenização (“Extingue-se ainda o direito de resposta com o exercício de ação penal ou civil contra o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias, com fundamento na publicação ou transmissão incriminada”) e se decorrido o lapso de sessenta dias (“A resposta, ou retificação, deve ser formulada por escrito, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias da data da publicação ou transmissão, sob pena de decadência do direito”)³².

Assim, mesmo o direito de retificação não se justifica se, embora falsa, a informação não tiver ânimo ofensivo (dolo), haja vista que o desagravo da lei especial tem natureza de sanção criminal:

Se o pedido de resposta ou retificação não for atendido nos prazos referidos no art. 31, o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação ou transmissão. § 1.º Para esse fim, apresentará um exemplar do escrito incriminado, se for o caso, ou descreverá a transmissão incriminada, bem como o texto da resposta ou retificação, em duas vias datilografadas, requerendo AO JUIZ CRIMINAL que ordene ao responsável pelo meio de informação e divulgação a publicação ou transmissão nos prazos do art. 31. (art. 32, § 1.º, sem grifo na fonte)

Logo após a edição da Lei de Imprensa, foram revogados pelo Decreto-Lei n.º 236, de 28 de fevereiro de 1967, os artigos da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962 (*Código Brasileiro de Comunicações*), que regulamentavam o direito de resposta, de natureza eminentemente cível:

Art. 89. É assegurado o direito de resposta a quem fôr ofendido pela radiodifusão. Art. 90. O direito de resposta consiste na transmissão da resposta escrita do ofendido, dentro de 24 (vinte e quatro) horas do seu recebimento, no mesmo horário, programa e pela mesma emissora em que se deu a ofensa. [...] Art. 95. Será negada a transmissão da resposta: a) quando não tiver relação com os fatos referidos na transmissão incriminada; b) quando contiver expressões caluniosas, injuriosas ou difamatórias contra a concessionária ou permissionária; c) quando se tratar de atos ou publicações oficiais; d) quando se referir a terceiros, podendo dar-lhes também o direito de resposta; e) quando houver decorrido o prazo de mais de 30 (trinta) dias entre a transmissão, incriminada e o respectivo pedido de resposta. Art. 96. A transmissão da resposta, salvo quando espontâ-

a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (5.º, X).

³¹ _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967.

³² BRASIL, *op. cit.* Art. 29, § 3.º e § 2.º, respectivamente.

nea, não impedirá o ofendido de promover a punição pelas ofensas de que foi vítima.³³

Com o provimento da ADPF 130/08, e a declaração de inaplicabilidade da lei especial, a natureza jurídica da ação de desagravo passa a ser de competência exclusivamente do juízo cível, cabível contra os ilícitos que o constituinte de 1988 chama, genericamente, “agravos”.

Dada a impossibilidade de modulação de efeitos de decisões de não-recepção, consoante precedentes do STF, a Lei de Imprensa deve ser considerada inválida desde a promulgação da CF/88. - O direito constitucional de resposta, antes previsto na Lei de Imprensa, continua passível de proteção jurídica, contudo não mais nos termos em que era previsto na lei não-recepcionada. Para amparar tal direito, os Tribunais deverão se valer da regra da analogia, invocando o art. 14 do Pacto de San José da Costa Rica e o art. 58 da Lei 9.504/97. RECURSO ESPECIAL N.º 885.248 - MG (2006/0184797-8) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI.³⁴

Nos termos do Código Civil brasileiro, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência [culpa], violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186). “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art. 927).

“Há tendência na jurisprudência de se alargar o conceito de culpa para possibilitar maior âmbito na reparação dos danos. Criou-se a noção de culpa presumida, alegando-se que existe dever genérico de não prejudicar.”

Passou-se a entender ser a ideia de culpa insuficiente, por deixar muitas situações de dano sem reparação. [...] É no campo da teoria objetiva que se coloca a *teoria do risco*, pela qual cada um deve suportar os riscos da atividade a que se dedica, devendo indenizar quando causar dano. O presente Código [Código Civil de 2002] inova arriscadamente nessa área. De fato, o parágrafo único do art. 927, que estabelece a obrigação geral de reparar o dano por conduta decorrente de ato ilícito, dispõe: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*” (VENOSA, 2004. pp. 614-615).

O risco de dano moral e à imagem é inerente à atividade jornalística, podendo a violação advir até de ato lícito, como o exercício regular de um direito – quando o interesse público se sobrepõe ao particular –, podendo, mesmo assim, haver obrigação de reparação se, no caso concreto, o titular do direito atingido não tiver concorrido para a veiculação da matéria que deu causa à violação (expondo-se intencionalmente, por exemplo)³⁵.

O exercício regular de um direito (art. 188, I, do Código Civil) é ato lícito tanto quanto o estado de necessidade (idem, inciso II), sendo que este “consiste na situação

³³ BRASIL. Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações.

³⁴ Brasília (DF), 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento)

³⁵ Também haverá dever de indenizar se o responsável pela publicação, agindo no interesse público, cometer excessos, mas aí o exercício do direito não será regular e o ato será ilícito.

de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger” (GAGLIANO, 2006, p. 499).

É o caso do sujeito que desvia o carro de um bebê, para não atropelá-lo, e atinge o muro da casa, causando danos materiais. [...] Se o terceiro atingido não for o causador da situação de perigo, poderá exigir indenização do agente que houvera atuado em estado de necessidade. [...] Excepcionalmente, portanto, a responsabilidade civil poderá decorrer de um comportamento humano admitido pelo direito (id. pp. 450-451).

Mutatis mutandis, se, em nome do interesse público, o órgão de comunicação social revela o nome da fonte que solicitou sigilo, ou publica foto de pessoa presa em flagrante de crime de ação penal pública incondicionada, estas, caso se sintam prejudicadas com a divulgação, poderão requerer indenização, mesmo tendo a empresa jornalística exercido regularmente o dever-direito de informar.

No sistema francês a regra é mais ampla, assistindo o *droit de réponse* a todos que sejam mencionados na imprensa, “independentemente de se tratar de afirmações de facto ou de juízos de valor e abstraindo da circunstância de a referência ser ou não lesiva de qualquer direito ou interesse legítimo da pessoa visada” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 26).

Logo, a simples menção à pessoa, pejorativamente ou não, daria causa ao exercício desse direito.

O direito de resposta encontra sua base – ao menos para a imprensa escrita – não na necessidade de uma resposta a um ataque, mas simplesmente na possibilidade, para uma pessoa citada ou designada, de fazer conhecer suas explicações ou seus protestos a respeito das circunstâncias e mesmo das condições que provocaram a sua menção. O fato gerador do direito reside nesta simples colocação em causa do autor da resposta, por citação ou designação, independentemente de outra circunstância, o que hoje é interpretado como expressão de um direito absoluto e discricionário. (MAYAUD, Yves. *L’abus de droit en matière de droit de réponse*, p. 5, *apud* GARCIA, *Ob. cit.*, p. 513).

Atualmente, de acordo com Enéas Costa Garcia (citando Jean-Paul Levy), a jurisprudência mitiga a incidência do art. 13 da Lei francesa (de 29 de julho de 1881) que versa sobre a liberdade de imprensa, aplicando-a somente “àquelas hipóteses onde se busca proteger a personalidade da pessoa citada”. “Por força do art. 10-2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, qualquer ingerência na liberdade de imprensa deve ser justificada com o objetivo de proteger a reputação de outrem” (GARCIA, *op. cit.*, p. 514).

Da aplicabilidade e da eficácia

A decisão do Supremo gerou no ordenamento efeitos *ex tunc*. Isso significa que a Lei de Imprensa regulou validamente a “liberdade de manifestação do pensamento e

de informação” de 14 de março de 1967 (data em que entrou em vigor) até 4 de outubro de 1988, o dia anterior à promulgação da atual Constituição, ressalvadas as coisas (causas) soberanamente julgadas.

Conquanto a responsabilidade por danos patrimoniais e imateriais às pessoas físicas e jurídicas seja disciplinada nos códigos Civil e Penal brasileiros, com o julgamento da ADPF 130 generalizou-se o entendimento de que o direito de resposta ficara sem regulamentação.

Fábio Konder Comparato chegou a ingressar no Supremo com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Representando entidades sindicais, o jurista pede à Corte que determine ao Congresso Nacional, entre outras providências, a criação de uma legislação específica sobre o direito de resposta nos meios de comunicação.

Coautor do livro *O STF e o Direito de Imprensa: análise e consequências do julgamento da ADPF 130/2008*, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ratifica que não haveria necessidade de uma legislação especial para regular a responsabilidade civil nas condutas de jornalistas, já disciplinadas pelos códigos Civil e Penal. Quanto ao direito de resposta haveria de fato um “vácuo legislativo”.³⁶

Carvalho recorre, por analogia, à contrapublicidade e à contrapropaganda previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC).³⁷

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36³⁸ e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator. § 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.³⁹

³⁶ Em sentido diverso, o Superior Tribunal de Justiça: VI – A despeito da absoluta inaplicabilidade de qualquer preceito constante da Lei de Imprensa, em face de sua não recepção pela Constituição Federal/88, nos termos declarados pela Suprema Corte, de modo algum, com tal declaração, estabeleceu-se um vácuo normativo. VII – O ordenamento jurídico vigente, encampado e norteado pela Constituição Federal, em que há expressa proteção ao direito de resposta (esta proporcional ao agravo), prevê, na sua legislação civil, o dever de reparar decorrente de ato ilícito, este entendido como aquele que causa prejuízo a outrem. É de se reconhecer, portanto, por meio de uma interpretação extensiva, que o direito de resposta está respaldado no Código Civil de 2002. RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.688 – RJ (2008/0003244-0) – RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA – R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO SIDNEI BENETI).

³⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Desembargador especialista em liberdade de imprensa sugere regulamentar direito de resposta. Entrevistadora: Marina Ito. São Paulo, SP. Entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, SP, jun. 2011

³⁸ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.).

³⁹ § 1.º. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência,

“Pode-se invocar o Código de Processo Civil (CPC) em uma ação de obrigação de fazer consistente em publicar a resposta, além de usar a tutela antecipada para obrigar a resposta antes de sair a sentença”, afirma o desembargador. “Mas faltaria um [direito de resposta] específico para a imprensa”⁴⁰. “A ação cabível teria a natureza cível do Código referido, e não mais criminal, como o era sob a vigência da Lei de Imprensa”⁴¹.

Não há porque conferir ao direito de resposta a natureza jurídica de instituto exclusivamente de Direito Penal. Se é certo que o instituto traz profundas influências no campo criminal, também estas existem no campo civil. Hoje, o direito de resposta tem natureza constitucional (art. 5.º, V). Logo, questionável considerá-lo como instituto exclusivamente penal, sua natureza seria mista. Pela mesma razão cabe questionar a atribuição do direito de resposta ao juízo criminal (GARCIA, *Ob. Cit.*, p. 523).

Com a devida reverência à doutrina especializada, o desagravo não conquistou o *status* de direito fundamental com a promulgação da Constituição vigente, mas já na Constituição de 1967, outorgada poucos dias antes da Lei de Imprensa, aos 24 de janeiro⁴² (sem destaque na fonte):

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É ASSEGURADO O DIREITO DE RESPOSTA. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe (CAPÍTULO IV - Dos Direitos e Garantias Individuais. Art. 150, §8.º).⁴³

O legislador constituinte originário, duas décadas depois, apenas reafirma, no capítulo que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos, “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à ima-

explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 37, id.).

⁴⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Desembargador especialista em liberdade de imprensa sugere regulamentar direito de resposta. Entrevistadora: Marina Ito. São Paulo, SP. Entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, SP, jun. 2011.

⁴¹ “E, desse modo, seria cabível a antecipação de tutela, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, observando-se os seguintes requisitos: verossimilhança das alegações, o dano ser de difícil reparação – e quase sempre a ofensa à honra o é; e, finalmente, a reversibilidade, que, no caso de imprensa, consistirá no reconhecimento do direito de o jornal cobrar pela publicação da resposta em caso de improcedência do pedido. (...) Embora tenha percebido que a informação tem um sentido público e que interessa a todos os leitores e espectadores, o acórdão do STF parecer [*sic*] se satisfazer com o tratamento privatístico que vem sendo dado à matéria.” (CARVALHO & GALVÃO, 2011, p. 172).

⁴² A lei de Imprensa, no entanto, entrou em vigor um dia antes da Constituição de 67, aos 14 de março.

⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (*op. cit.*).

gem" (5º, V).

A referida norma constitucional, vale reforçar, não se limita ao direito de réplica, mas também abriga o direito de retificação, assim como o fazia a Lei de Imprensa, desde que a informação inverídica enseje dano à personalidade.

Para Alexandre de Moraes, a abrangência do desagravo "é ampla, aplicando-se em relação a todas as ofensas, configurem ou não infrações penais". Ainda de acordo com esse autor, o direito de réplica "deverá ser tutelado pelo Poder Judiciário, garantindo-se o mesmo destaque [dado] à notícia que o originou [...], a mesma duração (no caso de rádio e televisão), o mesmo tamanho (no caso de imprensa escrita)" (MORAIS, 2005, p. 45).

A liberdade de manifestação de pensamento tem seus ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição veda o anonimato. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas, a quem corre o direito, também fundamental, de resposta (SILVA, 2007, p. 90).

Havendo recusa de publicação por parte do órgão, ou este tiver deixado de existir, tratando-se de obrigação de fazer pode o autor requerer a condenação do réu nas custas da publicação do desagravo em outro veículo de comunicação, ou a conversão em perdas e danos, nos termos da lei civil.

Supre o prazo prescricional da Lei de Imprensa o art. 205, combinado com o 2.028 (ambos do Código):

TÍTULO IV, CAPÍTULO I, Seção IV. Dos Prazos da Prescrição. Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. [...] LIVRO COMPLEMENTAR. Das Disposições Finais e Transitórias. Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.⁴⁴

Isto é, após a Constituição de 1988, e antes de 12 de janeiro de 2003 (início da vigência do atual Código Civil), o prazo para se pleitear o desagravo passou para vinte anos, contados da divulgação jornalística. De 12 de janeiro de 2003 em diante vigora o prazo de dez anos, também contados do fato, devendo tal redução retroagir às matérias veiculadas no decênio anterior. Nessa última hipótese a contagem tem início em 12 de janeiro de 2003, não a partir da divulgação da matéria dita ofensiva.

A esse respeito, todavia, de acordo com Mônica Cristina Mendes Galvão "prevalece o entendimento majoritário dos Tribunais quanto ao prazo prescricional de 03 anos" (CARVALHO, *Ob. cit.*, p. 131), aplicando-se à matéria a regra do art. 206, § 3.º, V, pertinente à reparação civil: "Prescreve: [...] Em três anos: [...] a pretensão de reparação civil"⁴⁵.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (*op. cit.*).

Ora, na falta de previsão específica, não se deve estender ao direito de resposta, por analogia, o prazo prescricional da reparação civil, mas aplicar o prazo genérico, pois a prescrição, sendo norma restritiva de direito, não admite interpretação ampliati-va – principalmente em se tratando de direito fundamental.

Além de não ser essa a melhor interpretação, não aplicar o art. 205 importa grave violação da segurança jurídica, pois a prescrição da pretensão dar-se-ia antes do julgamento da ADPF 130, alcançando irremediavelmente ações anteriores ao advento da Constituição de 1988 e fatos geradores do dano ocorridos nos dez anos anteriores à entrada em vigor do Código de 2002 (12 de janeiro de 2003).

Conclusão

Outrora de natureza punitiva, o direito de resposta ou de desagravo adquire inegável caráter reparatório extrapatrimonial com o julgamento da ADPF 130. Conquan-to afastada a sanção penal tipificada no art. 27 da Lei de Imprensa, imputado ao autor da matéria jornalística o abuso de direito, não há qualquer óbice para aquele que se considere prejudicado pela veiculação da matéria jornalística pleitear o desagravo, as-sim como a reparação pelos danos morais e materiais decorrentes, perante a Justiça Cível.

Em que pese a opinião, de estudiosos e aplicadores do Direito, de que a revoga-ção da lei criara um “vácuo normativo”, na expressão utilizada pelo meritíssimo minis-tro Marco Aurélio, único a votar pela total improcedência do pedido do autor na ADPF 130 e contra a prescindibilidade do diploma para o exercício do jornalismo, o fato é que os códigos Civil, Penal e processuais vigentes e a própria Constituição da República possuem mecanismos que suprem suficientemente os da lei federal revogada.

Mesmo o direito de desagravo tem previsão no art. 5.º da Constituição, o qual desfruta de eficácia plena (independe de regulamentação): “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (5.º, LXXVIII, §1.º).

Advindo regulamentação, esta não poderá criar empecilhos ao exercício desse direito, de resto cláusula pétrea, de modo que o impacto da revogação da Lei de Im-prensa foi deveras superestimado, tanto pelos defensores quanto pelos opositores da norma especial – cujos dispositivos evidentemente não recepcionados já não eram apli-cados pelo Judiciário havia duas décadas.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Congresso Na-cional, 1967.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso: 29 mar. 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Fe-deral, 1988.

_____. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

- <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso: 28 mar. 2012.
_____. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código penal.
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso: 8 mar. 2012.
- _____. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal.
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso: 8 mar. 2012.
- _____. *Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962*. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm>. Acesso: 7 mar. 2012.
- _____. *Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular.
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso: 8 mar. 2012.
- _____. *Lei n. 4.737, de 11 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso: 18 jun. 2013.
- _____. *Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. *Lei de Imprensa*. Atualizada até 2000. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.38 p.
- _____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil.
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso: 6 mar. 2012.
- _____. *Lei n. 6.071, de 3 de julho de 1974*. Adapta ao Código de Processo Civil as leis que menciona, e dá outras providências.
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6071compilada.htm>. Acesso: 8 mar. 2012.
- _____. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso: 8 mar. 2012.
- _____. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições.
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso: 8 mar. 2012.
- _____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso: 6 mar. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130*. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 fev. 2008, 334 pp. DJe n. 208. Divulgação: 5 nov. 2009. Publicação no D.O: 6 nov. 2009.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Desembargador especialista em liberdade de imprensa sugere regulamentar direito de resposta*. Entrevistadora: Marina Ito. São Paulo, SP. Entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, SP, jun. 2011.
<<http://ucho.info/?p=40690>>. Acesso: 13 mar. 2012.
- _____, GALVÃO, Mônica Cristina Mendes. *O STF e o direito de imprensa: análise e consequências do julgamento da ADPF 130/2008*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, 232 p.

DAVID, Fernando Lopes. *Crimes de imprensa: legislação e jurisprudência*. São Paulo: Iglu, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 158.

FENAJ. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. Vitória, ES: Federação Nacional dos Jornalistas, 4 ago 2007.

<www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acesso: 14 mar. 2012.

FOLHA DE S. PAULO. *Manual da redação*. Edição 2001, revista e atualizada. São Paulo: Publifolha, 2001.

FRIAS FILHO, Otavio. Carta aberta ao sr. presidente da República. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 25 abr 1991, p. 1.

GAGLIANO, Paulo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Vol. 1: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 449-451.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade civil dos meios de comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 638p.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico de língua portuguesa*. Versão monousuário 3.0, junho de 2009.

LOBATO, Elvira. Igreja Universal chega aos 30 anos com império empresarial. *Folha de S. Paulo*. Caderno Brasil-2. São Paulo, 15 dez. 2007, p. A1.

_____. Igreja controla maior parte de TVs do país. *id.*, p. A4.

MARTINS FILHO, Eduardo Lopes. *Manual de redação e estilo de O Estado de S. Paulo*. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: O Estado de S. Paulo/ Moderna, 1997.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Tradução oficial: United Nations High Commissioner for Human Rights. Nova Iorque: ONU, 1948

<<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso: 23 mar. 2012.

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA (PDT) vs. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Petição inicial da ADPF 130. Brasília/DF, 19 fev. 2008. 49 p.

PORTAL PDT. *Brizola responde à TV Globo – Direito de resposta*. Vídeo (3min59s). Youtube: Verborreia, 2009. FLV, 6,23MB, son. color. Acesso: 13 mar. 2012. Disponível em:

<<http://www.pdt.org.br/index.php/videos/>>

SANTOS, Izequias Estevam dos. *Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica*. 8 ed. Niterói: Impetus, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004., pp. 614-615.

Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no Direito Constitucional contemporâneo: uma releitura na perspectiva civil-constitucional

*Boundaries of the Principle of The Objective Good-Faith in the Contemporary
Contract Law: A New Reading Under the Civil-Constitutional Perspective*

Michael César Silva

Doutorando e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro da Associação Mineira de Direito & Economia (AMDE). Advogado. e-mail: michael@adv.oabmg.org.br

Vanessa Santiago Fernandes de Matos

Especialista em Direito Privado pela Universidade Candido Mendes (UCAM).
e-mail: vsantiago@gmail.com

Resumo: O presente estudo visa a analisar os contornos do princípio da boa-fé objetiva no Direito Privado contemporâneo, delineado no ordenamento jurídico brasileiro, através do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil (2002). O referido princípio passa a relativizar a autonomia privada nas relações jurídicas contratuais, para permitir aos contratantes exercer sua liberdade contratual de forma equilibrada e cooperativa.

Palavras-chave: contratos; boa-fé objetiva; justiça contratual; princípios.

Abstract: This study aims to discuss the consequences of the objective good-faith principle in contemporary Civil Law, as it figures in the field of Brazilian legal system, according to its features in Consumer Defense Code (1990) and Civil Code (2002). Such principle restricts private autonomy in the contractual relations, so as to provide to the parties the possibility of using their liberty in a balanced and cooperative way.

Keywords: contracts; objective good-faith; contractual justice; principles.

1. Introdução

O presente estudo propõe realizar uma reinterpretação do Direito Contratual à luz do princípio da boa-fé objetiva, tendo como pano de fundo, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, o qual nos fornece mecanismos para releitura crítica e construtiva do modelo jurídico.

Pretende-se delinear os parâmetros norteadores impostos pela boa-fé objetiva ao Direito Contratual contemporâneo, por meio da análise de sua inserção no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, por meio da técnica legislativa das cláusulas gerais, no intuito de garantir o adimplemento da relação contratual.

O princípio em comento apresenta indubitável relevo na interpretação das relações contratuais, donde se destaca a presença das funções da boa-fé-objetiva e a criação dos chamados deveres anexos de conduta, os quais norteiam o Direito Obrigacional e, por conseguinte, o Direito Contratual.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva passa a relativizar a autonomia privada das partes permitindo aos contratantes exercer sua liberdade contratual, de forma equilibrada e cooperativa, e, sobretudo, primando-se pela imprescindível observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III, CR/88), valor fundamental a ser realizado pelo ordenamento jurídico.

2. *A perspectiva civil-constitucional*

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou profunda modificação nos métodos de interpretação do Direito Privado (TEPEDINO, 2003, p. 115). Tal fato ocorreu devido à modificação do centro fundamental principiológico do Direito Civil, que passou a nortear-se por valores sociais e princípios consagrados na Constituição da República de 1988.

A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como *Direito Civil Constitucional* (ou *Direito Civil constitucionalizado*) (FARIAS; ROSENVALD, 2007a, p. 25, grifos no original).¹

Paulo Luiz Netto Lôbo preleciona que a constitucionalização do Direito Civil “é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional” (LÔBO 2003, p. 199; LÔBO, 2005, p. 3).

Esta mudança de paradigma deu-se em face da inserção de valores inerentes à pessoa humana, que passaram a orientar a interpretação dos institutos do Direito Civil, precipuamente, por meio da observância aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo 1.º, III da Constituição da República de 1988.

A expressão *Direito Civil Constitucional* quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na *dignidade da pessoa humana* (art. 1.º, III), *solidariedade social* (art. 3º, III) e na *igualdade substancial* (arts. 3.º e 5.º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis e não apenas impondo limites externos (FARIAS; ROSENVALD, 2007a, p. 27).

¹ Roberto Henrique Pôrto Nogueira explicita que “Direito Civil Constitucional, constitucionalização do Direito Civil, ou, ainda, civilização do Direito Constitucional, são todas terminologias que denotam o mesmo fenômeno: o de rompimento das fronteiras jurídicas clássicas entre o interesse público e o interesse privado” (NOGUEIRA, 2009, p. 12).

Destarte, a releitura do Código Civil à luz da Constituição da República de 1988, redefiniu o conteúdo de seus institutos, no sentido de funcionalizar as relações jurídicas privadas patrimoniais e adequá-las à nova ordem jurídica constitucional, fundada em valores extrapatrimoniais, visando à promoção do bem comum e o interesse coletivo.

Nessa esteira, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald expõem com brilhantismo que “o Estado Democrático de Direito centrado na especial dignidade humana proclama a despatrimonialização e a personalização do direito privado” (FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p. 3).² Assim, o caráter individualista, egoístico e patrimonialista, que permeou o Código de 1916, fora substituído pela inserção de valores e normas (princípios e regras) constitucionais, tendo por arcabouço a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República.

Nesse contexto, Gustavo Tepedino preleciona ser “imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição” (TEPEDINO, 2004, p. 1).³

Paulo Luiz Netto Lôbo assevera ainda que “[...] os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos” (LÔBO, 2003, p. 216).

Esta modificação no critério hermenêutico que perpassa o Direito Civil, segundo preceitos constitucionais consagrados na Constituição da República de 1988, implica

[...] estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais (TEPEDINO, 2004, p. 22).

Deste modo, o Direito Civil constitucionalizado busca compatibilizar, através da hermenêutica⁴, os institutos de Direito Civil aos preceitos constitucionais, reinterpretando seu conteúdo normativo à luz dos referidos preceitos, os quais passam a nortear as relações jurídicas privadas, funcionalizando-as a valores extrapatrimoniais, tendo por fundamento a promoção da dignidade da pessoa humana.

Gustavo Tepedino sintetiza com precisão o referido contexto ao preconizar que:

² Nessa linha de inteligência, ver: TEPEDINO (2003, p. 118-119); BIERWAGEN (2007, p. 50-51); LÔBO (2005, p. 3 e 7); LÔBO (2003, p. 205-206); NALIN (2006, p. 89); GAMA (2008, p. 66 e 68).

³ Luiz Edson Fachin preconiza que o Código Civil “deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, reconstitucionalizando o conjunto de regras que integre esse corpo de discurso normativo” (FACHIN, 2004, p. 18). Nesse sentido, ver: NALIN (2006, p. 40-41 e 87); MATTIETTO (p. 168-169); FIUZA (2003, p. 31-33); HIRONAKA (2003, p. 102-103); LÔBO (2003, p. 197-199).

⁴ Paulo Luiz Netto Lôbo explicita que “a constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social” (LÔBO, 2003, p. 216).

[...] *Socialização, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização* do direito civil, em seus diversos matizes, tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior (TEPEDINO, 2003, p. 119, grifos no original).

Portanto, o esforço hermenêutico no qual se funda a releitura principiológica do Direito Civil na contemporaneidade, notadamente, no Direito Contratual, pautado na prevalência dos princípios e regras consagrados na Constituição da República de 1988, impõe a despatrimonialização e personalização nas relações jurídicas privadas e, por conseguinte, novos contornos à liberdade contratual, buscando consagrar a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III CR/88), a solidariedade social (artigo 3.º, III CR/88) e a igualdade em sentido amplo (artigo 5.º, *caput*, CR/88).

3. O direito contratual⁵

O contrato, como fonte geradora de direitos e obrigações, afigura-se como principal instrumento de circulação de bens e serviços na sociedade, intimamente relacionado à economia, ou seja, ligado às operações econômicas existentes no meio social. Na contemporaneidade, com o afluxo dos preceitos de ordem social inerentes ao Estado Social e, posteriormente, ao Estado Democrático de Direito, passou a sofrer influências advindas do aspecto social, que relativizaram seus efeitos entre as partes e perante a sociedade.

O modelo jurídico surge como uma reivindicação da realidade social para regulamentar juridicamente as operações econômicas, ligadas à circulação das riquezas na sociedade, por meio da imposição de normas que, incipientemente, aglutinaram-se e originaram a formação do chamado Direito Contratual (NOVAIS, 2001a, p. 33-34).

As origens do contrato remontam ao Direito Romano (FIUZA, 2006, p. 390; FIUZA, 2007, p. 255; NOVAIS, 2001a, p. 35; PEREIRA, 2007, p. 8), que, perpassando pelo Código Civil Napoleônico de 1804, preceptor da era das grandes codificações, irradiou-se para outros ordenamentos jurídicos, tendo como fundamento o individualismo, caráter eminentemente patrimonialista e, sobretudo, a imposição da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

No Brasil, tal influência fundada no contexto histórico do liberalismo e da codificação europeia dos séculos XVIII e XIX penetrou no Código Civil de 1916, e passou a reger as relações jurídicas contratuais, impondo “um modelo realmente absoluto de contrato, sempre fundado na manifestação dogmática da vontade dos contratantes” (NALIN, 2006, p. 79).

A partir do advento da Constituição da República de 1988 e, em seguida, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a teoria contratual ganha novo afluxo,

⁵ Enzo Roppo define o Direito Contratual como sendo “[...] conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico [o contrato] e, portanto, para dar um certo arranjo – funcionalizado a determinados interesses – ao complexo das operações econômicas efectivamente levadas a cabo” (ROPPO, 1988, p. 11).

especialmente, com a inserção dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade preconizados no Estado Democrático de Direito, os quais introduzem uma reformulação na interpretação do Direito Contratual.

Com o Código Civil de 2002, a princiologia contratual contemporânea é consagrada definitivamente no Direito Privado, notadamente, no contratual, destacando-se entre seus princípios norteadores a boa-fé objetiva, a função social dos contratos, a justiça contratual e a autonomia privada, e tendo por fundamento as diretrizes da eticidade e socialidade, as quais afluem do princípio constitucional da solidariedade previsto no artigo 3.º, I, da CR/88.

Deste modo, assevera-se que “o direito contratual se pauta, atualmente, em princípios modernos, criados para atender às mudanças de paradigmas dos contratos” (FIUZA, 2006, p. 402), dentro de uma “concepção social do contrato” (MARQUES, 2006, p. 210; MIRAGEM, 2007, p. 177), denotando, assim, a necessidade de releitura do modelo jurídico (contrato) à luz dos referidos princípios e conforme os novos contornos do Direito Contratual.

4. O princípio da boa-fé objetiva

4.1. Escorço histórico

A boa-fé possui suas raízes históricas no Direito Romano. Inicialmente, exsurge por intermédio da chamada *fides*, espécie de preceito ético pautado na confiança, ligada à ideia de garantia de cumprimento dos pactos celebrados, com base na própria fé, ao respeito das convenções pactuadas. Tinha, assim, a função de garantia de respeito à palavra dada nas relações negociais (CORDEIRO, 2005, p. 399-400; CORDEIRO, 2007, p. 53-70 e 83; MARTINS-COSTA, 2000, p. 113).

Posteriormente, “com a substituição do fundamento de validade das relações contratuais da forma para o consentimento” (ROSENVALD, 2005, p. 76), à *fides* se acrescenta o qualitativo *bona*, passando a *fides bona*, inicialmente ligada ao aspecto objetivo.

Em seguida, transmuta-se definitivamente em *bona fides*, pela qual se constringe a quem prometeu a manter a promessa realizada, não pelo contexto verbal da promessa, mas segundo seu espírito, passando assim a boa-fé a ser entendida como um estado psicológico (aspecto subjetivo). No contexto exposto, a boa-fé assume a acepção subjetiva, sendo considerada como intenção ou o estado de ignorância do próprio sujeito, sendo que aquele que estivesse de boa-fé beneficiar-se-ia de regras mais favoráveis (CORDEIRO, 2005, p. 401; MARTINS-COSTA, 2000, p. 123; NEGREIROS, 1998, p. 29).

Nesse processo evolutivo, no intuito de tutelar os interesses envolvidos na relação negocial, a *bona fides* transmuta-se nos chamados *bonae fidei iudicia*, os quais consistiam em procedimentos técnicos e precisos perante o juiz, o qual sentenciava os casos com base na boa-fé, e conforme as circunstâncias concretas (CORDEIRO, 2007, p. 89-105; MARTINS-COSTA, 2000, p. 117 e 120-122; LEWICKI, 2001, p. 57-59).

Esses atribuíam “ao juiz uma grande margem de apreciação discricionária, isto é, o poder de estabelecer, a seu critério, tudo quanto o demandado devesse dar ou fazer com base no princípio da boa-fé” (AMARAL, 1995, p. 42).

Na evolução do instituto, a boa-fé torna-se integrante do pensamento da igreja, por meio do Direito Canônico, e estava ligada à ideia de ausência de pecado, com fundamento nos valores cristãos. Nesse contexto, a boa-fé adquire dimensão ética e axio-

lógica por traduzir-se na concretização da lei divina, mantendo seu aspecto subjetivo (ROSENVALD, 2005, p. 77; MARTINS-COSTA, 2000, p. 124).

No Código Civil Francês de 1804 (*Code Napoléon*), a boa-fé assentou-se em duas acepções: a subjetiva, ligada ao estado de ignorância do sujeito, e a objetiva, ligada ao reforço do vínculo contratual. Porém, essa não obteve o desenvolvimento satisfatório (conteúdo útil), dado à influência da Escola da Exegese e observância ao rigor do método da exegese (CORDEIRO, 2005, p. 402; CORDEIRO, 2007, p. 247, 253 e 265). Assim, apenas a boa-fé de caráter subjetivo desenvolve-se em França.

É no Direito Germânico que a boa-fé desenvolve os contornos do princípio, como se conhece na contemporaneidade. Inicialmente, constrói seu arcabouço jurídico a partir do § 242 do BGB (1900)⁶, ainda dentro do sistema fechado da codificação alemã, fundado, na acepção subjetiva (*Guter Glauben*). Esse tratava de mero reforço do §157,⁷ que determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé. (MOTA, 2001, p. 190). Até então, não se pensava em atribuir ao juiz a função fundamental de criar o Direito, por meio da aplicação.

É cunhada a expressão *Treu und Glauben* (lealdade e crença/confiança à palavra dada) consagrada na doutrina germânica, indicativa da boa-fé obrigacional (MARTINS-COSTA, 2000, p. 124; CORDEIRO, 2005, p. 401-402), de acepção objetiva, a qual deve presidir às relações negociais, sendo corporificada numa regra de conduta a ser observada pelas partes no cumprimento das suas obrigações.

Porém, somente após a Primeira Guerra Mundial, a doutrina e jurisprudência alemã, devido aos conflitos surgidos a partir das transformações sociais e econômicas provocadas pela guerra, deram nova guinada ao princípio, em suas atuais feições, de acepção objetiva, no sentido de poder-se preencher e sistematizar o princípio pela atuação criativa dos tribunais (ROSENVALD, 2005, p. 77; NEGREIROS, 1998, p. 48-49).

Na contemporaneidade, o princípio da boa-fé objetiva, devido a sua importância e aplicabilidade, é previsto como cláusula geral em diversos outros países.⁸

4.2. Lineamentos da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se, na contemporaneidade, como um dos mais importantes princípios do Direito Privado, especialmente no Direito Contratual, sendo, atualmente, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro por meio de sua positivação no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e no Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02).

O princípio em comento gerou profundas transformações no Direito Contratual, causadas pela relativização da autonomia privada dos contratantes, a qual passa a ser mitigada pela observância a novos deveres (anexos) inseridos na relação jurídica, que dele afluem na forma de obrigação secundária, bem como pela prevalência de funções in-

⁶ § 242 BGB: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico” (CORDEIRO, 2007, p. 325).

⁷ §157 BGB: “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico” (CORDEIRO, 2007, p. 325).

⁸ Para maiores informações acerca da boa-fé e sua evolução histórica, remete-se ao estudo de: CORDEIRO (2007, p. 53-403); CORDEIRO (2005, p. 399-418); MARTINS-COSTA (2000, p. 94-168); NEGREIROS (1998, p. 25-82); NEGREIROS (2006, p. 115-156); AMARAL (1995, p. 33-46); ROSENVALD (2005, p. 75-79); LEWICKI (2001, p. 57-63); NOVAIS (2001a, p.74-80).

trínsecas ao mesmo, que visam a nortear a conduta (comportamento) dos contratantes ao adimplemento contratual (SILVA, 2009, p. 410-411).

A boa-fé objetiva foi inserida no Direito Brasileiro por meio do artigo 131, I do Código Comercial de 1850, quando já se previa a boa-fé, de cunho contratual no tocante ao aspecto interpretativo. Todavia, a mesma relegou-se à letra morta da lei, sem maiores repercussões.

No Código Civil de 1916, não havia previsão legal expressa sobre o princípio, pois o diploma legal, bem como todo o ordenamento jurídico brasileiro, encontrava-se norteado pela *boa-fé subjetiva*, que denotava uma acepção psicológica, um estado de ignorância do agente.

O princípio da boa-fé objetiva foi previsto de forma efetiva no ordenamento jurídico brasileiro por meio de sua inserção no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, III (referencial interpretativo)⁹ e no artigo 51, IV (cláusula geral)¹⁰.

Salienta-se, ainda, que a boa-fé objetiva é, em verdade, um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, consagrado no artigo 3º, I, da Constituição da República, que se irradia através do Direito Obrigacional para todo o ordenamento jurídico.

Posteriormente, o Código Civil de 2002, por meio da previsão legal dos artigos 113 (referencial interpretativo)¹¹, 187 (vedação ao abuso de direito)¹² e 422 (cláusula geral)¹³, trouxe a lume novo regramento do modelo jurídico no Direito Brasileiro.

Esses novos contornos da boa-fé objetiva no Direito Privado são plenamente compatíveis com o regramento da boa-fé objetiva erigido no Código de Defesa do Consumidor, devido ao fato de ambos os diplomas legais possuírem afluxo da mesma matriz principiológica, qual seja, a Constituição da República de 1988, por meio do chamado *diálogo de fontes*¹⁴, expressão consagrada na doutrina brasileira pela Prof.^a Claudia

⁹ Art.4º, III CDC – Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

¹⁰ Art. 51, IV CDC: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

¹¹ Artigo 113 CC/02: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

¹² Artigo 187 CC/02: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹³ Artigo 422 CC/02: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁴ Trata-se da interligação sistemática existente entre o Código de Defesa do Consumidor e outros diplomas legais, especialmente, o Código Civil de 2002, que busca possibilitar maiores benefícios e mecanismos de defesa para o consumidor. Para maiores informações acerca do diálogo de fontes ver: MARQUES (2006, p. 663-701); MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM (2006, p. 26-58); MARQUES (2005, p. 11-82); BENJAMIN; MARQUES; BESSA (2007, p. 87-98); MIRAGEM (2007, p. 179-180); TARTUCE (2007, p. 85-89); BRAGA NETTO, 2008, p. 40-41.

Lima Marques.¹⁵

4.3. Acepções da boa-fé

A boa-fé é delineada no ordenamento jurídico por meio de duas acepções, quais sejam: a boa-fé subjetiva (estado psicológico) e a boa-fé objetiva (princípio).

Inicialmente, a boa-fé foi esculpida sobre seu aspecto subjetivo. Contudo, posteriormente, sob influência da doutrina e jurisprudência, principalmente a germânica, passou a ser concebida em seu aspecto objetivo, sendo inserida nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, por meio do sistema aberto das cláusulas gerais¹⁶.

Fernando Noronha explicita a distinção necessária que deve haver entre as duas espécies da boa-fé, a subjetiva e a objetiva, *in verbis*:

[...] A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é *boa-fé estado*, a outra *boa-fé princípio* (NORONHA, 1994, p. 132, grifos no original).¹⁷

A boa-fé subjetiva caracteriza-se pelo caráter subjetivo dado à boa-fé, o qual se verifica na consideração do fator psicológico, anímico, de ignorância do agente, na existência de uma determinada situação regular na relação jurídica.

Consiste a acepção supra numa “análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento” (NEGREIROS, 2006, p. 119-120; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 65). Deste modo, a apuração da boa-fé subjetiva dá-se por meio da análise das reais intenções que o contratante possuía, para verificar se o mesmo agiu de boa-fé ou má-fé na relação contratual.¹⁸

Destarte, impõe-se ao intérprete a compreensão de que se deve “[...] considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva, está a má-fé, também vista, subjetivamente, como a intenção de lesar a outrem” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411; NORONHA, 1994, p. 133).

¹⁵ Em relação ao diálogo de fontes, o Enunciado nº 167 do CJF (Conselho da Justiça Federal), dispôs que “com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007).

¹⁶ As cláusulas gerais apresentam-se como cláusulas de conteúdo vago, impreciso, propositalmente aberto, para que o magistrado, em seu trabalho de cognição relativo à aplicação das normas e princípios inerentes ao caso concreto submetido a sua apreciação, possa concretizar as referidas cláusulas. Estas possuem caráter genérico e abstrato, dirigidas precipuamente ao intérprete, que deverá, perante o caso concreto, preencher o conteúdo material da norma, por meio de interpretação construtiva, a fim de apresentar a solução mais adequada ao caso. Para maiores informações acerca das cláusulas gerais ver: MARTINS-COSTA (2000, p. 303 e 341); THEODORO JÚNIOR (2004, p. 123-125); JORGE JÚNIOR (2004, p. 21-24); AMARAL (2006, p. 72).

¹⁷ Nessa mesma linha de inteligência ver: MARTINS-COSTA (2002, p. 612); MARQUES (2006, p. 216).

¹⁸ Trata-se da chamada *boa-fé crença*, que se exterioriza através de um estado de ignorância, de crença errônea acerca de certas situações (SCHIER, 2006, p. 38; NORONHA, 2007, p. 82).

Lado outro, a boa-fé objetiva traduz-se numa regra de conduta (CORDEIRO, 2007, p. 632), que qualifica uma norma de comportamento leal, ético, segundo o qual o que importa é a apuração do comportamento das partes conforme os padrões estabelecidos pela boa-fé (NEGREIROS, 2006, p. 142; MARTINS-COSTA, 2000, p. 412).

A boa-fé objetiva funda-se na necessidade de as partes atuarem reciprocamente com cooperação, lealdade, honestidade e confiança (FIUZA, 2006, p. 410-411; HIRONAKA, 2003, p. 112-113), no intuito de concretizar a diretriz da eticidade preconizada no Código Civil.

É a chamada *boa-fé princípio*, a qual se impõe aos contratantes, visando a não frustrar a legítima expectativa da outra parte. É essencial entender que a boa-fé objetiva pressupõe sua análise externamente (e não internamente), para aferir-se a retidão da conduta, do comportamento, perpetrado pelas partes, diante das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, a convicção do agente, seu estado psicológico, deixa de ser relevante na relação jurídica contratual, apenas sendo primordial a avaliação da conformidade ou não do comportamento das partes com os padrões éticos e sociais vigentes na sociedade. Isto porque o descumprimento da boa-fé objetiva não denota má-fé do agente, mas tão somente quebra ou simplesmente ausência da boa-fé (FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p. 41).

A referida distinção é fundamental, pois a boa-fé que se introjeta no Direito Contratual contemporâneo é a de *égide objetiva*, sendo o Direito Contratual, campo fecundo e primordial, no tocante à sua aplicação, denotando assim sua relevância diante dos novos contornos do contrato, na contemporaneidade.

4.4. A *boa-fé objetiva*

A boa-fé objetiva é princípio de transformação do Direito Obrigacional, que na contemporaneidade, destaca-se como elemento norteador de todo o Direito Privado. O princípio da boa-fé objetiva representa um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411).¹⁹

Trata-se de uma regra de conduta, de comportamento ético, social, imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo ainda a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas (ROSENVALD, 2005, p. 80; FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p. 59).

É esse o sentido que permeia os artigos 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002, e os artigos 4.º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, os quais orientam o referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro na contemporaneidade.

[...] a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter

¹⁹ Nesse sentido ver: NORONHA (1994, p. 152); NORONHA (2007, p. 446-447); NOVAIS (2001b, p. 22-23); NEGREIROS (2006, p. 122-123); THEODORO JÚNIOR (2008, p. 25-26).

genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *standard* (HIRONAKA, 2003, p. 112-113, grifos no original).

É imprescindível salientar que o princípio da boa-fé objetiva ensejou a modificação da concepção tradicional de contrato (relação jurídica estática), que passa a ser visto como *relação jurídica complexa e dinâmica* (COUTO E SILVA, 1976, p. 10-11)²⁰, formado por um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas, delineadas pela inserção dos deveres anexos, nas relações jurídicas obrigacionais.

[...] a boa-fé objetiva, passa a integrar o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos de conduta (proteção, cooperação e informação, dentre outros), os quais visam a consagrar sua finalidade precípua, qual seja o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução do contrato e pós-contratual (SILVA, 2009, p. 412).²¹

Diante desse novo paradigma do Direito Obrigacional, o cenário do Direito Contratual também se altera, para coadunar-se à relevante função exercida pela boa-fé objetiva, principalmente na criação de novos deveres a serem observados pelos contratantes, bem como no controle da autonomia privada, na realização de interesses individuais.

Destaca-se, ainda, no tocante ao estudo do princípio da boa-fé objetiva, seu aspecto tridimensional exteriorizado pelas funções interpretativa, integrativa e de controle, as quais norteiam sua aplicação nas relações obrigacionais e, por conseguinte, nas contratuais.

Nelson Rosenvald, em síntese acerca do princípio da boa-fé objetiva, explicita com clareza e precisão o contexto do modelo jurídico em análise, *in verbis*:

[...] a boa-fé objetiva é horizontal, concerne às relações internas dos contratantes. Atende ao princípio da eticidade, pois polariza e atrai a relação obrigacional ao adimplemento, deferindo aos parceiros a possibilidade de recuperar a liberdade que cederam ao início da relação obrigacional. Mediante a emanção de deveres laterais – anexos, instrumentais ou de conduta –, de cooperação, informação e proteção, os parceiros estabelecem um cenário de colaboração desde a fase pré-negocial até a etapa pós-negocial, como implicitamente decorre da atenta leitura do art. 422 do Código Civil. Dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, integrativa e corretiva), a boa-fé ainda exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos, pela via do abuso do direito [art. 187, CC] (ROSENVALD, 2007, p. 89).

²⁰ Trata-se do entendimento do prof. Clóvis do Couto e Silva acerca da compreensão (concepção) da obrigação como processo. Nesse sentido ver: MARQUES (2006, p. 217-218); MARTINS-COSTA (2000, p. 382-409); NORONHA (2007, p. 75); FARIAS; ROSENVALD (2007b, p. 39-42).

²¹ Nesse sentido ver: MELLO (2001a, p. 316); COUTO E SILVA (1976, p. 131); NORONHA (2007, p. 80).

Destarte, o referido princípio visa ao adimplemento contratual e à limitação do exercício dos direitos subjetivos (abuso de direito), e nesse contexto, a autonomia privada passa a ser relativizada (SCHIER, 2006, p. 46), ou seja, modelada, integrada, valorizada, ou mesmo para alguns, mitigada pela inserção da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

A boa-fé objetiva impõe-se, assim, como elemento transformador de todo o Direito Obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do Direito, e em especial, o Contratual (MARTINS-COSTA, 2002, p. 611), donde se verifica sua importância nas relações jurídicas, evidenciando sua inegável força normativa no ordenamento jurídico contemporâneo.

4.5. Funções da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva possui caráter tridimensional (MARTINS-COSTA, 2002, p. 640; TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 222-224; NORONHA, 1994, p. 151), que se exterioriza por meio de três funções elencadas no Código Civil de 2002, quais sejam: a interpretativa (artigo 113), a de controle (artigo 187) e a integrativa (artigo 422).²² Destas, a função mais importante é a integrativa, pois, a boa-fé objetiva integra qualquer relação obrigacional, e, por conseguinte, contratual, por meio dos deveres anexos de conduta.

A *função interpretativa da boa-fé objetiva* indica a forma como o intérprete irá pautar-se para buscar o sentido adequado de examinar-se o conteúdo contratual fundado na observância da boa-fé nas relações jurídicas contratuais. A boa-fé objetiva apresenta-se assim como cânone interpretativo, como referencial hermenêutico, pautado no paradigma da eticidade, que na teoria dos negócios jurídicos, possui papel essencial, na contemporaneidade.

[...] Destarte, a boa-fé servirá como parâmetro objetivo para orientar o julgador na eleição das condutas que guardem adequação com o acordado pelas partes, com correlação objetiva entre meios e fins. O juiz terá que se portar como um “homem de seu meio e tempo” para buscar o agir de uma pessoa de bem como forma de valoração das relações sociais (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 20).

Trata-se de uma norma de interpretação dos negócios jurídicos, a partir da qual se interpretarão “as declarações de vontade conforme a confiança que hajam suscitado de acordo com a boa-fé” (OLIVEIRA, 2006, p. 218), e demais circunstâncias apresentadas na relação jurídica contratual. Dessa forma, a função interpretativa referencia a boa-fé “como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais [sic] conforme à lealdade e à honestidade entre as partes” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 223).

Destaca-se, ainda, que a previsão legal do artigo 113 é norma cogente, que não pode ser afastada pela vontade das partes, pois, é dever jurídico imposto aos contratantes, que deverão comporta-se, obrigatoriamente, nos negócios jurídicos segundo os ditames da boa-fé.

²² Destaca-se que “[...] as referidas funções objetivam permear a aplicação da boa-fé objetiva, por todo o Direito Obrigacional, na busca do adimplemento contratual, e da limitação do exercício do Direito Subjetivo, permitindo, assim, o equilíbrio contratual almejado pelo ordenamento jurídico” (SILVA, 2009, p. 414).

A função interpretativa impõe que o intérprete, ao analisar as relações jurídicas obrigacionais, não se aterá a uma interpretação literal do negócio jurídico, mas, precisamente, deverá pautar-se por uma interpretação, fundada na observância do sentido pertinente às convenções sociais inerentes àquela dada comunidade política.

Nesse contexto, tem-se a prevalência da *teoria da confiança*, que se apresenta como um ecletismo da teoria da declaração (prevalência do texto em detrimento do aspecto psíquico) e da teoria da vontade (predominância da vontade interna das partes sobre a declaração), pela qual o intérprete buscará a vontade objetiva do contrato (vontade aparente do negócio jurídico), pautado nos ideais orientadores da boa-fé objetiva (ROSENVALD, 2005, p. 89; FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p. 64).²³

Assim, o intérprete analisará as circunstâncias do caso concreto e a finalidade econômico-social do contrato (NEGREIROS, 2006, p. 136), as quais desencadearam a manifestação de vontade dos contratantes, para através de esforço hermenêutico, determinar a solução adequada ao caso, dentro, evidentemente, dos contornos estabelecidos pela boa-fé objetiva, visando a não frustrar a legítima expectativa da outra parte.

A *função de controle da boa-fé objetiva* impõe limites ao exercício abusivo do direito subjetivo dos contratantes, para determinar até onde o mesmo é legítimo ou não e, desta forma, obter o merecimento do ordenamento jurídico.

Nesse escopo, a referida função implica a limitação de direitos subjetivos das partes (MARTINS-COSTA, 2000, p. 382-409; AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 24), as quais devem necessariamente observar os preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva no entabulamento dos negócios jurídicos, no intuito de que o contrato possa cumprir sua função social.

A boa-fé objetiva caracteriza-se, assim, como “máxima de conduta ético-jurídica” (FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p. 65), que visa a coibir o abuso de direito subjetivo, qualificado pelo ordenamento jurídico como ato ilícito, conforme previsão legal do artigo 187 do Código Civil de 2002, de modo a garantir o adimplemento contratual.

Imprescindível salientar que “a boa-fé está diretamente relacionada à teoria do abuso de direito nesta sua função de limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual” (NEGREIROS, 2006, p. 140).

Destarte, busca-se evitar o abuso de direito, reduzindo a liberdade de atuação dos contratantes, pois determinados comportamentos, ainda que lícitos, não observam a eticidade preconizada pelo princípio da boa-fé objetiva, e assim, negligenciam os ditames da lealdade, honestidade e confiança mútua, que devem nortear a conduta das partes nas relações jurídicas, ferindo a legítima expectativa da outra parte.

A *função integrativa da boa-fé objetiva* é fonte criadora de novos deveres especiais de conduta a serem observados pelas partes durante o vínculo obrigacional (NORONHA, 1994, p. 157). São os chamados deveres anexos, instrumentais ou colaterais de conduta, que passam a ser observados em toda e qualquer relação jurídica obrigacional.

É por meio da função integrativa (ou criadora) que se irradiam os deveres anexos de conduta, impostos pela boa-fé objetiva, os quais afluem para todo o Direito Obrigacional, e, por conseguinte, para os demais ramos do Direito. O contrato passa a ser entendido como relação jurídica *complexa e dinâmica* (COUTO E SILVA, 1976, p. 10-11; MARTINS-COSTA, 2000, p. 382-409; MARQUES, 2006, p. 217-218; NORONHA, 2007, p. 75; FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p. 39-42), compreendido pela obrigação principal acrescida

²³ Nesse mesmo sentido ver: FARIAS; ROSENVALD (2008, p. 15-17); MARQUES (2006, p. 212); AMARAL (2006, p. 415); TARTUCE (2007, p. 145); SETTE (2003, p. 127-128); HIRONAKA; TARTUCE (2007, p. 56).

dos deveres anexos da boa-fé objetiva, os quais devem ser observados pelas partes, alterando-se, o vínculo obrigacional estático outrora existente, restrito ao campo da prestação.

Assim, o contrato não envolve, tão somente, a obrigação de prestar, mas também uma *obrigação de conduta* (MARQUES, 2006, p. 218) dos contratantes visando a garantir o adimplemento da obrigação.

Trata-se da função mais importante do princípio da boa-fé objetiva, pois os referidos deveres que se originam deste passam, obrigatoriamente, a integrar qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária, para que essa seja equilibrada e permita não frustrar a confiança mútua e a legítima expectativa dos contratantes.

[...] a boa-fé também impõe certos deveres aos contratantes, chamados secundários, laterais ou acessórios, porque, estando em segundo plano com relação à obrigação principal (o cumprimento do objeto do contrato), surgem durante todo o processo de contratação (negociação, conclusão e execução), podendo até mesmo subsistir além desta, em momento pós-contratual [...] (BIERWAGEN, 2007, p. 83).²⁴

Portanto, o Direito Obrigacional, e em especial os contratos, irão nortear-se pela autonomia privada acrescida pelos deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, no intuito de garantir o efetivo adimplemento contratual.

4.6. Os deveres anexos de conduta

A partir do princípio da boa-fé objetiva exsurtem os chamados deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais, colaterais, dentre outros), os quais se introjetam em toda relação jurídica obrigacional, no intuito de instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato.

Estes deveres de conduta que acompanham as relações contratuais vão ser denominados de *deveres anexos* (*Nebenpflichten*), deveres que nasceram da observação da jurisprudência alemã ao visualizar que o contrato, por ser fonte imanente de conflitos de interesses, deveria ser guiado e, mais ainda, guiar a atuação dos contraentes conforme o princípio da boa-fé nas relações (MARQUES, 2006, p. 219, grifos no original).

Destarte, além do dever da prestação (obrigação principal) surgem também outros deveres de conduta durante a relação jurídica (obrigação secundária), os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de quebra, de ofensa a boa-fé objetiva (COUTO e SILVA, 1976, p. 29-30; LÔBO, 2005, p. 76; MARTINS-COSTA, 2002, p. 634; MARQUES, 2006, p. 220; NEGREIROS, 2006, p. 150).

[...] o conteúdo do contrato amplia-se, por força da boa-fé, para além das obrigações estritamente contratuais. Ao lado das obrigações que não existiriam fora do contrato, a boa-fé passou a incluir no contexto contratual o dever geral de não causar dano, em todas as suas múltiplas especificações. Este campo de atuação dos deveres instrumentais (NEGREIROS, 2006, p. 155-156).

²⁴ Nesse sentido ver: MARTINS-COSTA (2000, p. 437-438); COUTO E SILVA (1976, p. 113).

Os deveres anexos podem ser compreendidos como deveres positivos e negativos, os quais através da sua inserção na relação jurídica, relativizam a autonomia privada, ao estabelecer deveres de comportamento, os quais nortearão a conduta dos contratantes, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual (MELLO, 2001, p. 316).

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, a doutrina firmou entendimento no sentido de que, quando se descumprem os deveres anexos de conduta, surge a chamada *violação positiva do contrato ou adimplemento ruim* (CORDEIRO, 2007, p. 594-602; NALIN, 2006, p. 226; GARCIA, 2008, p. 45 e 192; MARQUES, 2006, p. 220; SILVA, 2002, p. 82-105), pois a obrigação principal é cumprida, porém, tem-se o descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).²⁵

Portanto, não basta que as partes cumpram apenas a obrigação principal. Os contratantes devem cooperar entre si, agir com lealdade, para que o negócio jurídico obtenha êxito, ou seja, “colaborar durante a execução do contrato, conforme o paradigma da boa-fé objetiva” (MARQUES, 2006, p. 233), por meio do respeito aos deveres anexos, visando ao correto adimplemento da obrigação.

Da consagração da boa-fé objetiva nas relações contratuais decorrem principalmente os deveres de informação, de colaboração e cuidado, somatória que realiza a insofismável verdade de que, em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma: lida-se com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração. Enfim, está presente, também na ambiência contratual, o sentido ético, a tendência socializante e a garantia de dignidade que são, por assim dizer, as marcas ou marcos deste direito que, perpassando os séculos, se apresenta modificado aos primórdios do milênio novo (HIRONAKA, 2003, p. 113).

Desta forma, é imprescindível que as partes atuem nas relações jurídicas obrigacionais firmadas, com observância aos deveres anexos de conduta, os quais impõem para além da obrigação jurídica principal, deveres fiduciários (obrigação complexa), os quais objetivam resguardar a legítima expectativa e a confiança mútua existente entre as partes.

Por fim, assevera-se que a boa-fé objetiva materializa-se através dos deveres anexos de proteção (ou cuidado), cooperação (ou lealdade) e de informação (ou esclarecimento)²⁶, dentre outros, pois, sua enumeração não pode ser considerada taxativa.²⁷

²⁵ Nesse sentido, Flávio Tartuce expõe que “[...] segundo o Enunciado n. 24 do Conselho da Justiça Federal, da *I Jornada de Direito Civil*, a quebra desses deveres anexos é modalidade de inadimplemento obrigacional, cuja responsabilidade independe de culpa. Para alguns autores, essa quebra da boa-fé objetiva conduziria a uma terceira modalidade de inadimplemento, ao lado da mora e do inadimplemento absoluto, denominada *violação positiva do contrato*” (TARTUCE, 2007, p. 200 e 213, grifos no original).

²⁶ O dever de informação (ou de informar) impõe aos contratantes, o dever precípua de informação acerca de todas as circunstâncias relevantes sobre o contrato, para que as partes possam, livremente, exercitar sua autonomia privada. Tem-se como o mais importante dos deveres anexos da boa-fé objetiva, pois a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos, relacionados ao conteúdo contratual, que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária. Destaca-se, ainda, que o dever de informação é extremamente valorado na sociedade contemporânea, em decorrência da cláusula geral de boa-

4.7. O corolário da boa-fé objetiva: transparência

O princípio da transparência (artigo 4.º *caput* do Código de Defesa do Consumidor) é um dos princípios norteadores dos contratos de consumo. Preconiza a maneira como a informação deve ser prestada ao consumidor durante a contratação, a qual deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre os contratantes.

É um dos instrumentos, ao lado do dever anexo de informação, aptos a proteger a liberdade de escolha do consumidor, com vistas à consagração da boa-fé objetiva e justiça contratual na relação jurídica contratual.

Alguns doutrinadores entendem que a transparência advém do princípio da boa-fé objetiva, ou mesmo que se trata de um reflexo ou subprincípio (RIBEIRO, 2003, p. 146; SCHIER, 2006, p. 49; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 57; THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 25-26; NALIN, 2006, p. 146 e 150; CAVALIERI FILHO, 2008, p. 34-36), que em consonância com o dever de informação, tem o intuito de *qualificar a informação prestada*. Nesse sentido, a transparência é entendida como verdadeiro corolário da boa-fé objetiva, possuindo papel fundamental nas relações jurídicas contratuais (GARCIA, 2007, p. 30).

A transparência impõe a efetiva qualificação da informação sobre aspectos relevantes da avença, ligados, principalmente, *a estipulação do conteúdo contratual*, sob pena de haver violação do referido princípio, e em consequência, descumprimento da boa-fé objetiva.

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

[...] transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis por que institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato (MARQUES, 2006, p. 715).²⁸

Isto porque a transparência afeta a *essência do contrato*, pois a informação fornecida integra o conteúdo contratual, de modo a concretizar o reequilíbrio obrigacional do contrato, com vistas à consecução da igualdade material. Joaquim de Sousa Ribeiro assevera a importância da transparência como instrumento de tutela das relações contratuais, *in verbis*:

Exigir transparência nas relações de mercado e nos contratos que as canalizam é exigir

fé objetiva, sendo entendido como obrigação secundária ao contrato e importante mecanismo de reequilíbrio contratual nas relações de consumo (ROSENVALD, 2005, p. 109; MARQUES, 2006, p. 772).

²⁷ Para maiores estudos acerca dos deveres anexos da boa-fé objetiva ver: CORDEIRO (2007, p. 586-631); MARTINS-COSTA (2000, p. 437-454); FARIAS; ROSENVALD (2007b, p. 43-46); NORONHA (2007, p. 77-87); TEPEDINO; SCHREIBER (2005, p. 222-224).

²⁸ Nesse sentido ver: TOMASETTI JUNIOR (1992, p. 53); FABIAN (2002, p. 68-70); SCHIER (2006, p. 50).

que o conhecimento do objecto e das condições da oferta seja facilmente acessível aos interessados. Aos sujeitos que procuram bens ou serviços deve ser garantida a possibilidade de compreensão cabal das características da prestação a que ganharão direito, do montante exacto das contrapartidas a seu cargo e dos termos de execução do contrato, sem que para isso tenham que desenvolver especiais esforços ou recorrer a apoio técnico especializado.

[...] Nesta dimensão, a transparência tem fundamentalmente a ver com a quantidade e qualidade da informação que aquele contraente tem que fornecer a este [...] (RIBEIRO, 2003, p. 136-137).

Entretanto, em inúmeros contratos de consumo, verificam-se cláusulas contratuais que impedem a compreensão adequada do consumidor em relação aos termos do contrato, por não prestarem informações suficientes e adequadas, ou mesmo por não serem transparentes, trazendo inúmeros prejuízos ao mesmo.²⁹

Nesse contexto, o sentido adequado à transparência seria de qualificar a autonomia privada, por meio da efetiva liberdade de decisão do contratante, garantida pelo fornecimento de informações adequadas e necessárias (transparentes) à realização da avença, as quais devem ser fornecidas desde o momento da formação do contrato.

O princípio da transparência em consonância com o dever de informação, impõe ao fornecedor a obrigação de prover informação efetiva, descrição rigorosa e ostensiva do serviço prestado ao consumidor, sobretudo, naqueles casos em que, pela natureza da prestação ou pelo modo de contratar, encontra-se ínsita a presença do risco na relação contratual, ao qual é acrescida ainda a *falta de informação* ou mesmo o *desconhecimento do contratante sobre aspectos relevantes acerca da contratação* (SILVA, 2009, p. 422).³⁰

Assim, o princípio da transparência e o dever de informação, recaem sobre todas as cláusulas contratuais, as quais elencam direitos e deveres das partes, e permitem deste modo, o exercício da autonomia privada, conforme os preceitos erigidos pela boa-fé objetiva.

Portanto, a boa-fé objetiva, como manifestação da tutela da confiança, é concretizada por meio da transparência nas relações negociais, vinculando a parte que possui vantagens informativas, através da imposição do dever jurídico de informação clara, precisa e ostensiva de todo o conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias, no intuito de impedir que se frustrem as expectativas legítimas da contraparte, evidentemente vulnerável no tocante às informações relativas ao teor das cláusulas contratuais da avença.

²⁹ Nesse sentido, Joaquim de Sousa Ribeiro explicita que “[...] o consumidor tem direito a decidir com pleno conhecimento de causa, devendo ser-lhe facultada a oportunidade de avaliar, com toda exactidão, aquilo que adquire e aquilo que paga. São contrárias à boa-fé e abusivas, por intransparentes, as indicações obscuras, através de fórmulas excessivamente complicadas, mas também as cláusulas enganadoras, restritivas ou modificativas, de forma dissimulada, do que resulta de outras disposições ou de comunicações publicitárias para as quais a sua atenção é solicitada” (RIBEIRO, 2003, p.146).

³⁰ Paulo Nalin assevera que no tocante ao princípio da transparência, “seu maior impacto na relação contratual está na necessidade de que uma informação contratual de qualidade seja oferecida ao contratante vulnerável, pois somente a partir dela é que também pode ser emitida uma vontade qualificada” (NALIN, 2006, p. 147).

4.8. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002

Em face dos novos contornos alicerçados pela boa-fé objetiva no Direito Privado, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), faz-se necessário empreender-se esforço hermenêutico, para determinar com precisão o conteúdo da referida cláusula geral nas relações jurídicas paritárias (abrangidas pelo Código Civil) e não-paritárias (abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor), no sentido de se garantir a aplicabilidade consentânea do princípio, conforme estatuído em seu conceito dogmático.

A boa-fé, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (1990), era utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, apenas em sua acepção subjetivista, denotando o estado psicológico, a íntima convicção do agente, ou seja, a intenção do sujeito da relação jurídica (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 217). Era a linha de inteligência do Código Civil de 1916.

Contudo, com o processo de industrialização, a influência do liberalismo econômico, a massificação dos contratos e o surgimento dos contratos de adesão, e por consequência, pelo desequilíbrio contratual gerado nas contratações (FIUZA, 2006, p. 406), o Estado vê-se forçado a intervir nas relações privadas para prover maior segurança aos contratantes e equilíbrio aos contratos, por meio de um efetivo papel intervencionista na consecução das finalidades sociais, no sentido de minimizar as desigualdades sociais e econômicas impostas pelo Estado Liberal (LIMA, 2003, p. 51).

Nesse contexto, exsurge o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), aplicável às relações jurídicas de consumo, no intuito coibir abusos, resguardar os consumidores (presumivelmente vulneráveis) e promover o reequilíbrio nas relações contratuais de consumo.

Destarte, a moderna previsão legal da boa-fé objetiva, fundada no § 242 do BGB e no artigo 1.375 do Código Civil Italiano, é inaugurada no Direito Brasileiro, por meio do artigo 4.º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, como um dos princípios retores da Política Nacional das Relações de Consumo esculpida no artigo 4.º CDC. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 218-219).

A inserção da boa-fé objetiva nas relações de consumo trouxe novo impulso à jurisprudência pátria, que passou a utilizá-la como instrumento de proteção ao consumidor e de reequilíbrio das relações jurídicas não paritárias.

Nessa esteira, a aplicação da boa-fé objetiva pelos tribunais pátrios passou a nortear-se por finalidade e funções que tecnicamente não lhe eram próprios, mas, sim, da legislação consumerista, afastando-se dos preceitos fundantes do conceito de boa-fé objetiva (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 220; GAMA, 2008, p. 102). Isto porque, em sua gênese no Direito Germânico, não se tratava de um preceito protetivo, “*mas de uma sujeição de ambas as partes contratuais, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais*” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 220).

Porém, com o advento do Código Civil de 2002, nova aplicabilidade da cláusula geral da boa-fé objetiva foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de *regular as relações jurídicas paritárias*, independentemente da vulnerabilidade de uma das partes, pois indubitavelmente não havia desequilíbrio contratual a ser sanado.

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins con-

tratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente esse caráter protetivo. E em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir.

[...] Não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta. Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente ética da boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesses (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 221-222).

Nesse sentido, a boa-fé objetiva preconizada no artigo 422 do Código Civil ganha contornos distintos da que, aprioristicamente, foi consagrada na jurisprudência brasileira anterior ao Código Civil de 2002, qual seja: proteção dos consumidores, devido à desigualdade das partes contratantes, visando ao reequilíbrio contratual.

Destarte, nas relações jurídicas paritárias reguladas pelo Código Civil, a boa-fé objetiva visa não a proteger uma das partes, mas, *a exigir de ambas as partes*, uma atuação honesta e leal, conforme os valores e preceitos consagrados pelo ordenamento civil-constitucional, impondo funções e deveres de conduta, decorrentes da própria natureza do vínculo assumido, que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio jurídico celebrado (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 225-226 e 228).

Deste modo, há nítido campo de atuação distinto da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, evidenciando-se que o ordenamento jurídico objetiva com o princípio supra “assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com o contrato” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 226), sendo necessário para tanto que o intérprete, por meio da hermenêutica, preencha o conteúdo da referida cláusula geral, seja nas relações paritárias ou não paritárias, no intuito de se determinar os contornos dogmáticos do princípio da boa-fé objetiva, notadamente suas funções, deveres anexos e limites, viabilizando assim sua aplicação diante do caso concreto.

5. Conclusão

A releitura do Direito Contratual é imprescindível dentro do contexto contemporâneo das relações jurídicas contratuais, profundamente alteradas pela inserção de princípios constitucionais aos conflitos de Direito Privado, pelo surgimento da nova teoria contratual e pelo advento da legislação consumerista.

Nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva apresenta-se como elemento essencial na reinterpretação do Direito Contratual, a partir da perspectiva civil-constitucional.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou a funcionalização e a repersonalização das relações jurídicas patrimoniais, as quais passaram a adequar-se à nova ordem jurídica constitucional, fundada em valores extrapatrimoniais, destacando-se a dignidade da pessoa humana, visando à promoção do bem comum e o inte-

resse coletivo.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, as relações contratuais tomam novo impulso, com a consolidação da principiologia contratual contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva, que passa a relativizar a autonomia privada, apresentando novos contornos à liberdade contratual, no tocante ao estabelecimento do conteúdo do contrato. Inaugura-se, assim, um novo cenário hermenêutico a ser delineado, na aplicação do Direito Contratual.

A boa-fé objetiva destaca-se como mecanismo norteador da conduta dos contratantes, especialmente, no momento de celebração do contrato, tendo o dever de informação e o princípio da transparência, relevante aplicação no tocante à apresentação de todas as informações, efetivamente, necessárias para a conclusão da avença.

Nessa esteira, as funções e os deveres anexos da boa-fé objetiva delimitam os limites do conteúdo da referida cláusula geral, a qual deve repercutir de modo distinto nas relações jurídicas paritárias e não paritárias, em razão de seu campo de aplicação ser diferente, tendo por fundamento os valores e princípios consagrados pelo ordenamento civil-constitucional e, sobretudo, direcionando-se pela necessária observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental a ser realizado pelo ordenamento jurídico.

6. Referência

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr./jun., 1995.

AMARAL, Francisco. A boa-fé no processo romano, *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro: UFRJ, v. 1, n. 1, p. 33-46, jan./jun. 1995.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n.º 167 do Conselho da Justiça Federal*. Enunciado aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: volume 1: parte geral. Tomo 1: introdução doutrina geral negócio jurídico*. 3 ed. aumentada e inteiramente revista. Coimbra: Almedina, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, n. 324, p. 16-19, out.2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007a.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre, v. 18, p. 8-32, dez./jan. 2008.

FIUZA, César. Crise e Interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23-59.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito civil: atualidades II - da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 253-265.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: volume 4: contratos, tomo 1: teoria geral*. 2 ed. rev., atual. reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.93-114.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, in: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 41-80.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55-75.

LIMA, Taísa Maria Macena de. O contrato no Código Civil de 2002: função social e principiologia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª região*. Belo Horizonte, n. 67, p. 51-63, jan./jun., 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 197-217.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo de fontes, in: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-82.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos e táxis*: A boa-fé nas relações de consumo, in: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 163-186.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a, p. 307-324.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *O abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de

Janeiro: Renovar, 2001b.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais, in: MARQUES, Claudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 176-225.

MOTA, Maurício Jorge. A pós-eficácia das obrigações, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 187-241.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin em "O Império do Direito", in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 1-36.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: volume 1: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b, p. 17-54.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil Anotado. Volume I: parte geral*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume 3: contratos: declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil*. 12 ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Imperativo de Transparência no Direito Europeu dos Contratos, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 131-157.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 403-450.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2 ed. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código, in: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 115-130.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, in: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 4, p. 52-90, 1992.

Estacionamento exclusivo destinado a clientes de estabelecimentos empresariais nas calçadas das vias públicas: legalidade desta prática

Exclusive parking destined to clients of commerce establishments in curbs of public streets: the lawfulness of this practice

Paulo Ricardo Braga Maciel

Graduando em Direito no Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM.
e-mail: paulorbmaciel@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho, elaborado com embasamento em obras de doutrinadores do Direito Brasileiro, principalmente no âmbito de Direito Constitucional, Administrativo e Empresarial, tem por objetivo apresentar o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado e questionar se há legalidade na prática constante de destinação de estacionamento exclusivo aos clientes de estabelecimentos empresariais, nas calçadas das vias públicas. A determinação deste tema justificou-se em face da verificação da crescente prática dos estabelecimentos empresariais em destinar as calçadas públicas a estacionamentos exclusivos de seus clientes, no âmbito municipal. Este assunto é de grande importância em virtude do trânsito não receber a atenção que merece, causando, assim, um numeroso índice de conflitos. A atitude destes estabelecimentos empresariais tem causado um enorme transtorno nas vias públicas, deixando o usuário comum da via sem local para parar seu veículo, privilegiando os clientes destes estabelecimentos que se apoderam de um local de domínio público para se beneficiarem. Empregou-se ao estudo a pesquisa bibliográfica, documental (jurisprudências) e de campo, tendo como técnica empregada o estudo dogmático jurídico e analítico sintético, através do método dedutivo.

Palavras-chave: Interesse Público. Interesse Coletivo. Princípio da Isonomia. Estacionamento e calçadas.

Abstract: This study developed basically with works of scholars of Brazilian law, especially under Constitutional Law, Administrative and Business, aims to present the Principle of Supremacy of Public Interest on Private Interest and question whether there legality in practice constant allocation of parking exclusive to customers of business establishments, the sidewalks of public roads. The determination of this issue was justified in view of checking the growing practice of business establishments intended for the public sidewalks to parking exclusive to its customers within the municipality. This matter is of great importance because of the traffic does not receive the attention it deserves, thus causing numerous conflicts index. The attitude of these business establishments have caused a huge upset on public roads, leaving the user with no common pathway location to stop your vehicle, focusing on the customers of these establishments seize a place in the public domain to benefit. The Government refrains from fulfilling its role is to look after the rights and transferring public assets to private control of a public place, i.e. a public thing that is being managed by an individual and, what is worse, according to their personal interests. Was employed to study the literature, documentary (juris-

prudence) and field, with the technique used to study dogmatic legal synthetic and analytical, through deductive method.

Keywords: Public Interest. Collective Interest. Principle of Equality. Parking and Sidewalks.

1. Introdução

Com a globalização e com o desenvolvimento do capitalismo, o ser humano se vê cada dia mais dependente da tecnologia, das evoluções industriais e dos transportes, sobretudo dos transportes privados.

O crescente aumento de veículos no país, cumulado com a falta de estrutura do tráfego de veículos, vem causando diversos problemas no trânsito, seja ele de grandes cidades ou de cidades pequenas, como é o caso de Patos de Minas.

Em decorrência deste cenário, vários estabelecimentos empresariais destinam as calçadas públicas, em frente a seus imóveis, com a finalidade de oferecer estacionamentos exclusivos aos seus clientes. Dessa forma, retiram o controle de um local público, passando para o controle de um particular um bem (via pública) que é público. Logo, esse bem passa a ser gerido por um particular de acordo com seus interesses pessoais.

Esse fato priva o particular de parar seu veículo na via pública, forçando-o a arcar com despesas de um estacionamento privado, em locais que, notoriamente, deveriam ser destinados à população em geral. Isso pode até levar este cidadão a se colocar em situação de irregularidade, no que tange às normas de trânsito e até mesmo à legislação penal, pois o trânsito, e, principalmente, o estresse dos usuários do trânsito, têm sido um grande causador de conflitos entre as pessoas.

A atitude destes estabelecimentos empresariais tem causado um enorme transtorno nas vias públicas, deixando o usuário comum da via sem local para parar seu veículo, privilegiando os clientes destes estabelecimentos que se apoderam de um local de domínio público para se beneficiarem.

Assim, inicialmente serão apresentados conceitos basilares para compreensão deste trabalho, sendo: estacionamento, exclusividade, clientes, estabelecimentos empresariais, calçadas e via pública. Mais adiante, serão abordados os aspectos legais alusivos à prática irregular de se disponibilizar estacionamento exclusivo para clientes, nas calçadas públicas, apresentando dispositivos legais sobre o tema. Antes de entrar na problemática do estudo, far-se-á uma breve análise do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, mencionando algumas jurisprudências.

Por fim, questionar-se-á quanto à legalidade na prática constante de destinação de estacionamento exclusivo aos clientes de estabelecimentos empresariais, nas calçadas das vias públicas e, mais ainda, buscar-se-á saber se o interesse privado está preponderando em relação ao interesse público.

2. Análise da prática comum de estacionamento exclusivo, destinado a clientes de estabelecimentos empresariais, nas calçadas das vias públicas

2.1. Conceitos basilares para a compreensão do tema

Antes de adentrar ao tema é necessário trazer alguns conceitos para a melhor compreensão do trabalho. Primeiramente, entender-se-á o conceito de estacionamento;

em seguida, o de exclusividade e, mais a frente, o de estabelecimento empresarial e, por fim, o que vem a ser calçadas e vias públicas.

Estacionamento, de acordo com o Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), é a imobilização de veículos por tempo superior ao necessário para embarque ou desembarque de passageiros.

Conforme o dicionário Aurélio (2001), exclusivo é o que exclui, que cabe por privilégio ou prerrogativa; privativo, restrito, especial; já a exclusividade é qualidade do que é exclusivo; posse, uso, direito que não admite participação de outrem.

Clientes são as pessoas que negociam com um empresário, que recorre a um homem de negócios, a um banco, a um advogado, a um médico ou a estabelecimentos empresariais.

O art. 1.142 do Código Civil de 2002 define estabelecimento como "todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária". Assim, conforme os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho (2009), estabelecimento é o conjunto de bens indispensáveis que o empresário reúne para a exploração de sua atividade econômica, tais como mercadorias em estoque, máquinas, veículos, tecnologia, marcas e outros sinais distintivos, prédios etc. Pode ainda entender estabelecimento como conjunto de bens corpóreos e incorpóreos organizados pelo empresário para a exploração da atividade econômica (empresa).

Estabelecimento empresarial trata-se da articulação e circulação dos fatores de produção capital, mão de obra, insumo, tecnologia e produtos. Sob o ponto de vista econômico, a empresa é considerada como uma combinação de fatores produtivos, elementos pessoais e reais, voltados para um resultado econômico, tomando ímpeto na ação organizadora do empresário. É a organização econômica destinada à produção ou à venda de mercadorias ou serviços, tendo, em geral, como objetivo o lucro.

Neste mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 55) aduz que

o complexo de bens reunidos pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica é o estabelecimento empresarial. O empresário deverá [...] além de possuir ou alugar um imóvel para o exercício do comércio, denominado ponto. A sociedade empresária poderá possuir mais de um estabelecimento, sendo que o mais importante será a sede e o outro ou outros serão as filiais ou sucursais.

Já as calçadas, de acordo com o Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), são a parte da via, normalmente segregada e em nível diferente, não destinada à circulação de veículos, reservada ao trânsito de pedestres e, quando possível, à implantação de mobiliário urbano, sinalização, vegetação e outros fins. E, por fim, via pública consiste na superfície por onde transitam veículos, pessoas e animais, compreendendo a pista, a calçada, o acostamento, a ilha e o canteiro.

2.2. Realidade municipal

Devido ao excessivo aumento da aquisição e circulação de veículos, a via pública está ficando sobrecarregada. Assim, os proprietários de estabelecimentos empresariais têm buscado formas de amenizar e solucionar seus problemas, uma delas é que estes estabelecimentos recuam a fachada de seu prédio, aumentando a calçada, rebaixam o meio fio, abrindo-se um espaço para o estacionamento de veículos (em ângulos

de 90, em relação à via pública), destinando toda sua calçada para o estacionamento de seus clientes. Dessa forma, privam a pessoa comum, da sociedade, de estacionar na via pública, já que onde há o rebaixamento de meio fio, destinado à entrada e saída de veículos é proibido parar e estacionar. Assim, mesmo as calçadas sendo públicas, o controle de que pode estacionar no local cabe ao dono do imóvel à sua frente, o que vem acarretando vários transtornos no trânsito do Município de Patos de Minas.

Sendo assim, aos usuários do trânsito cabem duas alternativas: não sair com seu veículo de casa (ficando impedido do direito de ir e vir) ou estacionar em frente ou nos locais destinados ao estacionamento exclusivo de clientes (ficando sujeito à remoção do seu veículo pelo serviço de guincho e notificação pela infração de trânsito).

Em Patos de Minas, tais estabelecimentos insistem em continuar tal prática egoísta, visando a atender à sua necessidade e deixando o cidadão desamparado. É neste contexto, então, que a administração municipal deverá tutelar o interesse coletivo.

A Administração Pública Municipal não tratou do tema em nenhuma de suas principais normas legais, quais sejam: Lei Orgânica, Código de Posturas e Plano Diretor. Assim, a despeito e apesar dos Congressistas não abordarem o tema, em âmbito nacional, entende-se que quem deveria cuidar deste assunto e impedir que esta prática acontecesse seria o Município, porém esta não é a realidade, pois não há, neste Município, nenhuma norma legal que abarca o tema objeto deste trabalho.

3. Aspectos legais alusivos à prática de estacionamento exclusivo, destinado a clientes de estabelecimentos empresariais, nas calçadas das vias públicas

No que diz respeito ao tema deste trabalho, deve-se estudar os aspectos legais que norteiam este tema, começando pela Carta Magna, seguindo pelo Código de Trânsito Brasileiro e Estatuto das Cidades, além das legislações municipais de Patos de Minas.

Em relação ao trânsito brasileiro, a Constituição Federal, em seu art. 22, inciso XI, diz que “compete privativamente à União legislar sobre: XI - trânsito e transporte;”. Desta previsão constitucional extrai-se o seguinte entendimento: cabe, exclusivamente, à União legislar sobre o Trânsito no âmbito do território nacional, dessa forma, ficam excluídos os Estados e Municípios, de tratar da matéria em leis específicas.

Porém, esta mesma Carta, em seu art. 182, diz que cabe aos Municípios a coordenação e o planejamento do trânsito urbano, através de seu Plano Diretor.

Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

No tocante ao Direito de Propriedade, direito fundamental, o art. 5.º, caput e XXII/CF prevê que

Art. 5 – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é

garantido o direito de propriedade; (Art. 5.º, caput e XXII/CF).

Logo, todos têm direito a vir a ter uma propriedade, porém este direito não é absoluto, sendo que toda propriedade deve atender a sua função social (art. 5.º, XXIII/CF), ou seja, esta deverá ser socialmente correta, podendo seu proprietário usufruir de seu imóvel desde que isto não impeça o bem estar de todos, tampouco esteja em confronto com o interesse público.

A lei que regula o trânsito, em âmbito nacional, é o Código de Trânsito Brasileiro, lei 9.503/97. Neste texto o legislador não contemplou de forma específica o modo de utilização das calçadas, estabelecendo apenas que

Art. 68 - É assegurada ao pedestre a utilização dos passeios ou passagens apropriadas das vias urbanas e dos acostamentos das vias rurais para circulação, podendo a autoridade competente permitir a utilização de parte da calçada para outros fins, desde que não seja prejudicial ao fluxo de pedestres.

Assim, por meio destas normas gerais, abstrai-se a conclusão de que as calçadas não poderão ser utilizadas para algo que prejudique o fluxo de pedestres e, ampliando um pouco este entendimento, prejudique o trânsito em si.

Neste mesmo diploma legal, o art. 24, mais precisamente nos incisos II e VII, prescreve que

Art. 24 - Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição: II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas; VII - aplicar as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar.

Desta forma, não há, na legislação de trânsito, qualquer regulamentação a nível federal que discipline a largura dos passeios e calçadas, até mesmo porque se trata de assunto de interesse local, levando-se em consideração a largura da via, o fluxo de veículos, o fluxo de pedestres, a velocidade permitida para a via etc., cabendo ao Município, através de seu plano diretor, disciplinar o assunto.

Necessário ainda salientar que a calçada não deverá ser destinada para fins de estacionamento, mas somente para entrada e saída de veículos, nos termos do art. 29, inciso V do Código de Trânsito Brasileiro.

Art. 29 - O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: V - o trânsito de veículos sobre passeios, calçadas e nos acostamentos, só poderá ocorrer para que se adentre ou se saia dos imóveis ou áreas especiais de estacionamento.

Para o usuário da via pública que venha a estacionar em calçadas, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 181, estabelece que ele estará cometendo uma infração

de trânsito, estando sujeito à uma penalidade (pecuniária) e uma medida administrativa (remoção de seu veículo), o mesmo ocorre em relação ao usuário que venha a estacionar seu veículo à frente de um local destinado à entrada ou saída de veículos, neste sentido:

Art. 181 – Estacionar o veículo: VIII - no passeio ou sobre faixa destinada a pedestre, sobre ciclovia ou ciclofaixa, bem como nas ilhas, refúgios, ao lado ou sobre canteiros centrais, divisores de pista de rolamento, marcas de canalização, gramados ou jardim público: Infração – grave; Penalidade – multa; Medida administrativa - remoção do veículo; IX - onde houver guia de calçada (meio-fio) rebaixada destinada à entrada ou saída de veículos: Infração – média; Penalidade – multa; Medida administrativa – remoção do veículo.

A Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana.

O art. 1.º, § único, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo e do bem-estar dos cidadãos.

Seguindo a leitura do texto legal, em seu art. 2.º, há a previsão de que cabe ao Município ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, bem como também a ordenação e o controle do uso do solo visando evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, assim:

Art. 2 – A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos.

A Lei Orgânica do Município de Patos de Minas, em seu art. 3º, estabelece que “todo o Poder do Município emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição da República e desta Lei Orgânica”, ou seja, o poder é do povo e não da administração pública, tampouco dos seus gestores.

Continuando no mesmo texto, já no art. 4.º, parágrafo único, há a previsão de que o bem comum deverá sempre prevalecer, pois é um dos objetivos prioritários do Município, assim,

Art. 4 – São objetivos prioritários do Município, além de outros previstos no Art. 166 da Constituição do Estado: VIII - proporcionar aos seus habitantes condições de vida compatíveis com a dignidade humana, a justiça social e o bem comum.

Neste mesmo sentido, o art. 166 aduz que

Art. 166 – A política urbana a ser executada pelo poder público tem como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, de seus bairros e dos distritos, e garantir o bem-estar da população, mediante sobretudo: I – cumprimento da

função social da propriedade; II - formulação e execução do planejamento urbano.

Conforme estabelecido pelo Estatuto da Cidade, é de competência do Município promover, no que couber, mediante planejamento e controle de uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano; regulamentar a utilização dos logradouros públicos; e legislar sobre assuntos de interesse local, tais como: o Plano Diretor, o planejamento do uso, parcelamento e ocupação do solo, a par de outras limitações urbanísticas gerais, observadas as diretrizes do Plano Diretor, a polícia administrativa de interesse local, especialmente em matéria de saúde e higiene públicas, construção, trânsito e tráfego, planta e animais nocivos e logradouros públicos.

Por fim, o art. 187 estabelece que “compete ao Poder Público Municipal: III - implantar o sistema de trânsito na cidade e distritos”. Aqui, mais uma vez, não se menciona como será regulamentada a forma de estacionamentos na cidade, estabelecendo apenas que ao Município compete a implantação do sistema de trânsito em sua localidade.

A lei municipal n.º 1.333/73 institui o Código de Posturas do Município de Patos de Minas, e, em seu art. 89, aduz que “o Trânsito, de acordo com as leis vigentes, é livre, e sua regulamentação tem por objetivo manter a ordem, a segurança e o bem estar dos transeuntes e da população em geral”. Assim, a regulamentação do trânsito tem, entre seus objetivos, que manter o bem estar da população em geral.

No mesmo diploma, mais adiante, o art. 90 afirma que “Art. 90 - É Proibido embarçar ou impedir, por qualquer meio, o livre trânsito de pedestres ou veículos nas ruas, praças, passeios, estradas e caminhos públicos, exceto para efeito de obras públicas ou quando exigências policiais o determinarem”.

Com isso, fica claro que nada, nem mesmo o poder público, exceto para efeito de obras públicas ou quando exigências policiais determinarem o embarço ou impedimento do trânsito, poderá embarçar ou impedir o livre trânsito de pedestres ou veículos.

No Código de Posturas do Município de Patos de Minas não há previsão de como será regulamentada a forma de estacionamentos na cidade, estabelecendo apenas normas gerais que têm por objetivo manter a ordem, a segurança e o bem estar dos transeuntes e da população em geral.

O Estatuto da Cidade, em seu art. 40, afirma que “o plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”. Mais adiante, o art. 41 estabelece que “o plano diretor é obrigatório para cidades: I - com mais de vinte mil habitantes”.

Em Patos de Minas, a Lei Complementar n.º 271, de 1.º de novembro de 2006, instituiu a revisão do Plano Diretor do Município de Patos de Minas. Dentre os princípios fundamentais e dos objetivos gerais da política urbana do Município, nesta lei, o art. 3.º, incisos I e II, preveem que “a política urbana deve se pautar pelos seguintes princípios: I - função social da cidade; II - função social da propriedade;”, o que não ocorre, pois a Administração Pública fica inerte, mais uma vez, sendo omissa e não tratando do tema objeto deste trabalho.

Indo um pouco além, no plano diretor municipal, o art. 38, inciso VI, estabelece que

Art. 38. São objetivos do Sistema de Mobilidade Urbana: VI - implementar ações para preservar a circulação segura dos pedestres, inclusive os com mobilidade reduzida, nas

calçadas com a retirada das barreiras existentes e a proibição de colocação de novos obstáculos que venham prejudicar esse deslocamento.

Entretanto, não é a realidade, pois a Administração Pública Municipal não interfere neste assunto, deixando que esta parcela da população, que necessita de sua proteção, fique desamparada.

4. Análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009), tem surgimento no século XIX, pois o direito deixa de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos dos indivíduos e passa a objetivar a consecução da justiça social e do bem comum. Os interesses representados pela Administração Pública estão previstos no art. 37 da Constituição Federal Brasileira, e se aplicam na atuação do princípio da supremacia do interesse público.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 83),

o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o princípio geral do direito, inerente a qualquer sociedade, e condição de sua existência, ou seja, o princípio basilar da conduta administrativa. Pois, a própria existência do Estado somente tem sentido se o interesse a ser por ele perseguido e protegido for o interesse público, o interesse da coletividade.

Das lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009), extrai-se o entendimento de que o princípio da supremacia do interesse público é um princípio implícito. Embora não se encontre expresso na Carta Política, ele é decorrente das instituições adotadas no Brasil. Por ser o Brasil regido pelo sistema democrático, e pelo regime representativo, presume-se que toda atuação do Estado esteja pautada pelo interesse público, manifestado pela “vontade geral”. Este princípio é característico do regime de direito público, sendo um dos pilares do denominado regime jurídico-administrativo.

Segundo Di Pietro (2009, p. 66 e 67),

o princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2.º, caput, da Lei n.º 9.784/99, e especificado no parágrafo único, com a exigência de “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”

O outro pilar do regime jurídico-administrativo é o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois a administração pública não é a proprietária da coisa pública, e sim mera gestora de bens e interesses alheios, que são públicos. Os bens e interesses públicos são indisponíveis, pois não pertencem à administração pública, tampouco aos seus agentes. A esses cabem apenas a gestão em prol da coletividade, verdadeiro titular dos direitos e interesses públicos. Em razão deste princípio, entende-se que são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos

do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade. Deste princípio derivam todas as restrições impostas à atividade administrativa.

Os interesses público e privado se complementam e se harmonizam, não se encontrando em conflito, pois a realização de um importa na do outro.

Eventuais colisões são resolvidas, previamente, pelo constituinte originário, que deve optar pela prevalência dos interesses públicos em relação aos interesses privados. Posteriormente, cabe a lei infraconstitucional tutelar essa preponderância do coletivo em relação ao individual. Por fim, caberá ao magistrado, em face de cada caso concreto, aplicar a supremacia do interesse público ao interesse privado.

Não existe, portanto, colisão entre os direitos coletivo ou particular, pois, para este aparente conflito, sempre haverá uma forma de harmonizar, oferecendo ao caso ou situação, um critério universal, válido para todas as situações de colisão.

Em um aparente conflito de preponderância de interesses, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem possibilitado a aplicação das garantias constitucionais, em que os direitos, liberdades e garantias individuais devem ceder aos reclames do interesse público.

Neste sentido, salienta José dos Santos Carvalho Filho que

algumas vezes se têm levantado atualmente contra a existência princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se ao interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade deste princípio (CARVALHO FILHO, 2009, p. 31).

Há exceções levantadas por diversos doutrinadores, dentre eles Humberto Ávila, José dos Santos Carvalho Filho, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, nas quais quando o interesse privado envolver direitos fundamentais este princípio da supremacia do interesse público poderá ser afastado, pois ele não é um princípio absoluto. Como por exemplo, em determinadas situações, quando o conflito de interesses envolver de um lado educação, como interesse coletivo e saúde como interesse privado, poderá sim prevalecer o interesse privado em razão da relevância do bem jurídico tutelado.

Portanto, quando houver conflito entre um particular e um interesse público, deve, via de regra, prevalecer o interesse público. Essa é uma das prerrogativas conferidas à administração pública, porque a mesma atua por conta de tal interesse, ou seja, o legislador na edição de leis ou normas deve orientar-se por esse princípio, levando em conta que a coletividade está num nível superior ao do particular.

Não há no Supremo Tribunal Federal, tampouco no Superior Tribunal de Justiça, decisões que tratam do assunto objeto deste trabalho, não obstante em suas decisões estes tribunais já se pronunciaram a respeito da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Nas decisões do STF (RE 455283 e RMS 22665) e STJ (RMS 27428 e RMS 26023), vislumbra-se esse entendimento.

5. O interesse privado está preponderando em relação ao interesse público?

Buscar-se-á agora analisar a legalidade da destinação dos estacionamentos exclusivos para clientes de estabelecimentos empresariais nas calçadas das vias públicas, contudo não há como se verificar a legalidade da atuação da Administração Pública, sem compreender o Princípio da Supremacia do Interesse Público e, mais ainda, sem que seja analisado se o interesse privado está preponderando em relação ao interesse da coletividade.

Pelo exposto neste trabalho, resta claro que o interesse privado está sim preponderando em relação ao interesse coletivo, pois o cidadão fica privado de estacionar em qualquer lugar da via pública, haja vista que, quando estes estabelecimentos recuam o muro de seu prédio, aumentando a calçada e rebaixando o meio fio, abre-se um espaço para o estacionamento de veículos, em ângulos de 90º, em relação à via pública. Os estabelecimentos destinam toda sua calçada para o estacionamento de seus clientes, privando o cidadão de estacionar na via pública, pois onde há o rebaixamento de meio fio, destinado à entrada e saída de veículos, é proibido parar e estacionar. As calçadas são públicas, mas cabe ao dono do imóvel à sua frente, decidir quem pode ou não pode estacionar no local.

Sendo assim, o cidadão fica impedido de estacionar nestes locais, tendo que arcar com o pagamento de um estacionamento privado ou até mesmo tendo que estacionar em locais distantes do seu destino. Caso ele estacione em frente ou nos locais destinados ao estacionamento exclusivo de clientes, ele ficará sujeito à remoção do seu veículo pelo serviço de guincho e a ser autuado pela infração de trânsito.

Observa-se, então, que há um total desrespeito ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, pois a Administração Pública, por meio de uma autorização silenciosa, permite a ação destes estabelecimentos empresariais autorizando-os a fazer as modificações, em seus imóveis, visando destinar estacionamentos privativos aos seus clientes, em calçadas públicas. Neste caso, não só há afronta ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, como também ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, tendo em vista que não cabe à Administração Pública ou aos seus gestores dispor de um direito coletivo.

Sendo assim, ao atuar dessa maneira, a Administração Pública está privilegiando interesses particulares em detrimento do interesse geral, tendo em vista que o bom e correto funcionamento do trânsito é um direito e interesse da coletividade.

6. Conclusão

Tratando-se do tema, pode-se observar que, hoje, no Município de Patos de Minas, tem-se um enorme e crescente aumento de veículos, que utilizam das vias públicas. Isto, cumulado com a falta de estrutura do tráfego, vem causando diversos problemas no trânsito, problemas estes que são responsáveis por estresses, brigas e impaciência dos usuários das vias. Um dos principais motivos de insatisfação destes usuários é a falta de estacionamentos nas vias!

Como se verifica, o estacionamento exclusivo a clientes, feito nas calçadas, priva o particular de parar seu veículo na via pública, forçando-o a arcar com despesas de um estacionamento privado, quando, na verdade, poderia estacionar em locais que,

notoriamente, deveriam ser destinados à população em geral. Entretanto se ali estacionar, este cidadão pode se colocar em situação de irregularidade, no que tange às normas de trânsito. A atitude destes estabelecimentos empresariais tem causado um enorme transtorno nas vias públicas, deixando o cidadão sem local para parar seu veículo, privilegiando seus clientes, que se apoderam de um local de domínio público.

A calçada é pública, porém cabe ao particular cuidar dela e dar a destinação legal a que lhe é devida; todavia, a partir do momento em que Administração Pública deixa o particular recuar a fachada de seu imóvel, o proprietário do imóvel, por ser o gestor da calçada, adquire o controle de um local de trânsito, que, pela lei, seria do Município.

Com isso, vários estabelecimentos empresariais recuam a fachada de seu imóvel, aumentando o espaço das calçadas públicas, visando destiná-las para estacionamentos exclusivos de seus clientes, retirando o controle de um local público, passando para o controle de um particular e, o pior de tudo, de acordo com seus interesses pessoais.

O trânsito, de acordo com a Constituição Federal, deverá ser regulamentado pelo Código de Trânsito Brasileiro, que, por sua vez, delega aos municípios regulamentá-lo, no âmbito de sua competência, da maneira que melhor lhe convier; entretanto, não poderá destoar ou entrar em confronto com as normas que lhe são superiores.

O Município não trata do tema especificadamente, deixando-o sem previsão legal. Através do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, chegamos ao entendimento que, sempre, o particular deverá abster de fazer algo que lhe é de direito ou que lhe convém, visando a garantir a supremacia do Interesse Público. Por sua vez, à administração pública cabe o ônus de tutelar tal interesse, bem como lhe é vedado dispor de bens e direitos públicos, de algo que interesse a coletividade.

A realidade mostra-se divergente, uma vez que, no Município de Patos de Minas, o interesse privado está preponderando em relação ao interesse público, conforme se observa nas várias empresas que realizam a conduta de destinar as calçadas públicas a estacionamento exclusivo de seus clientes.

Por fim, conclui-se que não há legalidade na prática de destinação de estacionamento exclusivo aos clientes de estabelecimentos empresariais, nas calçadas das vias públicas, pois a calçada é pública e, sendo pública, pertence ao cidadão e não à administração municipal, tampouco aos seus gestores, que devem apenas, e tão somente, geri-las da maneira que melhor interesse à coletividade.

Acredita-se que a medida correta a ser adotada por parte da Administração Pública é no sentido de não autorizar esta destinação das calçadas públicas para estacionamento exclusivo de clientes, impondo a estes estabelecimentos que estejam na situação a condição de deixar que qualquer pessoa, indistintamente, venha a estacionar em “suas” calçadas. Assim, o proprietário do imóvel, caso queira continuar a ser o gestor do estacionamento nas calçadas públicas, deverá entrar e sair em um único espaço, reservando a grande parte da testada do meio fio para os demais veículos, pertencentes à população em geral. Importante também é o Congresso Nacional intervir nessa situação, regulando essa brecha social, pois não há nenhuma legislação que trata especificamente deste tema.

Dessa forma, nem a administração pública, nem o particular estará cometendo uma ilegalidade e os direitos e interesses coletivos estarão sendo preservados.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17 ed. São Paulo: Método, 2009.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. v. 5.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORGADO, Almir. *Manual de Direito Administrativo*. Niterói-RJ: Impetus, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

A investigação social para a aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível em concurso público

Social investigation in Brazilian selections for public careers, to verify good moral character and irreproachable conduct

Roberto Henrique Pôrto Nogueira

Doutor e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Professor em Dedicção Exclusiva do Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto/Minas Gerais. Bolsista CAPES. e-mail: portonogueira@gmail.com

Luís Eduardo Pôrto Nogueira

Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Especialista em Direito Público. e-mail: luisepn@hotmail.com

Resumo: Este trabalho tem por objetivo analisar, em uma perspectiva teórico-doutrinária, a validade jurídica de aspectos relativos à investigação social, presente em concursos públicos, destinada a aferir o preenchimento dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, impostos por lei aos candidatos, como condições de ingresso em determinadas carreiras públicas. Tais requisitos, nos editais, são desdobrados em outras exigências. A validade dependerá de sua relação com o efetivo interesse público e da coerência com os princípios constitucionais aplicáveis. Na falta de elementos que permitam decisão consistente, deve o candidato ser mantido no certame. O princípio da ampla defesa implica que a decisão de exclusão esteja fundamentada, possibilitando a interposição de recurso administrativo, e precedida da oportunidade de defesa, dada a gravidade do ato. O trabalho também é útil para fornecer suporte à necessária uniformização de critérios para a realização da investigação social.

Palavras-chave: Investigação social. Concurso público. Princípios.

Abstract: This work aims to analyze, in a theoretical-doctrinal perspective, the validity of aspects of social investigation in Brazilian selections for public careers, usually intended to verify the fulfillment of the requirements of good moral character and irreproachable conduct, imposed by law to applicants as conditions for admission to specific jobs. The validity of such requirements in official convocations depends on public interest and their compatibility with constitutional principles. In the absence of evidence to consistent decision, the candidate must be maintained in the selection process. The principle of full defense implies that the decision to exclude the candidate must be supported by strong evidences, allowing the filing of administrative appeal, and preceded by the possibility of defense, given the gravity of the act. The work is also useful to provide support the necessary standardization of parameters for the occurrence of social investigation.

Key-words: Social investigation. Public job selections. Principles.

1. Considerações iniciais

A Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2008b) instituiu o princípio da plena acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas. A regra é a de que, preenchidos os requisitos estabelecidos em lei (art. 37, I), todos podem exercer uma função pública¹.

A par do atendimento às exigências legais, a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público, que será de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei (art. 37, II).

O concurso público objetiva selecionar pessoas naturais aptas ao exercício de determinada função pública; além de graduar a capacidade de cada um segundo a ordem de classificação, presta-se também a avaliar o cumprimento, pelos candidatos, dos requisitos legais de acesso.

Entre tantas etapas ou procedimentos de um concurso, tais como provas de múltipla escolha e dissertativas, orais e de títulos, entrevista e exame psicotécnico, um há que tem suscitado grande polêmica: a investigação social ou de vida pregressa, que tem várias nomenclaturas, a depender do edital do concurso, e muitas vezes lança mão de critérios subjetivos na aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, previstos em lei como condições para ingresso em certas carreiras públicas.

Vale ressaltar que o resultado da referida investigação pode ser grave e irreversível: a exclusão do candidato do certame, caso obtenha parecer desfavorável da comissão examinadora.

Tendo em vista a indefinição semântica dos termos que expressam os requisitos de moral inatacável e bom comportamento, tem ficado a cargo dos editais especificá-los, o que tem ocorrido por meio do desdobramento em exigências como o não cometimento de transgressões disciplinares, entre inúmeras outras a serem analisadas oportunamente.

Se, por um lado, o legislador constituinte quis pôr fim à apropriação de cargos públicos por apadrinhados políticos, estabelecendo um modelo racional, impessoal e equânime de provimento de cargos e empregos públicos, baseado no mérito e com vistas ao atendimento do interesse público, por outro, as condições impostas aos candidatos na investigação social podem extrapolar os objetivos presentes na Constituição, a ponto de serem tão numerosas e rigorosas que eventualmente podem gerar o efeito inverso, ensejando favorecimentos ou perseguições.

O presente estudo visa, portanto, a analisar, teórico-doutrinariamente, a chamada investigação social tal como aparece nos editais de concursos públicos, seus limites em face dos princípios constitucionais, seus requisitos de validade e a conformidade jurídica dos critérios utilizados na avaliação do preenchimento dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível.

Este trabalho faz-se necessário na medida em que é escassa a doutrina que trata especificamente do tema, sendo útil a sistematização dos conhecimentos às posteriores fases da pesquisa, ligadas a análises de jurisprudência.

Partir-se-á da coleta de editais, tomados por mera amostragem, por meio dos quais se perceberá como o procedimento da investigação social se materializa, com exigências que poderão variar de acordo com o concurso público e com o cargo em

¹ A expressão *função pública* é aqui utilizada em sentido amplo (DI PIETRO, 2005, p. 442).

disputa.

Em seguida, traçar-se-á um panorama da investigação social nos concursos públicos, por meio do estudo de princípios constitucionais, o que levará à consideração dos próprios requisitos de validade do procedimento e dos fatores que mais têm gerado controvérsias na verificação dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível.

Assim, cumpre frisar: o trabalho será eminentemente teórico, de modo que não abordará as decisões dos tribunais pátrios sobre o assunto, haja vista que, para tal mister, um outro esforço de pesquisa e análise seria imperioso, diante dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e das diversas iniciativas legislativas que objetivam estabelecer, em lei, requisitos relacionados às diversas definições de “ficha-limpa” como exigência de acesso a cargos públicos. Essa parte da jornada será empreendida em momento posterior, e terá as considerações aqui alcançadas como pressupostos teóricos.

2. A investigação social nos editais

Os editais de concursos públicos revelam o uso de expressões das mais variadas para definir o objeto deste estudo, qual seja, o procedimento, dentro de um procedimento ainda maior, que é o próprio concurso, destinado, precisamente, a averiguar os requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível dos candidatos.

Tal procedimento, neste ensaio, será chamado *investigação social*. Embora seja reconhecida sua imprecisão terminológica, é uma das expressões mais comuns nos editais, além de ser também a mais abrangente entre elas, assim como também são abrangentes os elementos de análise utilizados pelas comissões dos concursos.

Percebe-se que são investigados aspectos pretéritos e atuais da vida do candidato e das pessoas com quem ele se relaciona, privacidade e intimidade, o âmbito familiar, escolar, profissional, a vizinhança, o lazer, o ser e o agir, ou seja, características ontológicas e comportamentais.

A investigação social pode consistir em uma fase ou etapa do concurso público, bem delimitado, do ponto de vista temporal, entre os diversos momentos do processo seletivo, ou, caso contrário, estar diluído em todo o certame, realizado enquanto ocorrem suas fases assim definidas.

Pode acontecer, também, de o edital sequer definir a análise da idoneidade moral e da conduta irrepreensível como um procedimento à parte, limitando-se a mencionar aquelas como requisitos para a não-eliminação do candidato. Certamente, em função da evidente dificuldade de se graduarem tais atributos segundo critérios objetivos, a investigação social é sempre de caráter eliminatório.

Breve exame dos editais permite observar que a investigação social aparece principalmente naqueles que regulamentam o processo seletivo para o ingresso em carreiras com funções tipicamente estatais, como o policiamento, a fiscalização, a defesa da pátria e a jurisdição. Com efeito, é compreensível que os atributos da idoneidade moral e conduta irrepreensível sejam esperados de um agente público, sobretudo se investido de poderes que eventualmente possam levar à restrição de direitos individuais.

O edital do concurso para delegado da Polícia Civil de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2008a) prevê o início da fase de investigação social com o preenchimento de

ficha de informações, também chamada de boletim de investigação social, e apresentação de documentos pessoais.

Os requisitos relativos à conduta e moral do candidato são desdobrados em outros fatores, nos seguintes termos:

- 12.2. A Investigação Social tem como objetivo verificar se o candidato ao cargo de Delegado de Polícia apresenta idoneidade moral e conduta compatíveis com as responsabilidades do cargo (artigo 85 da Lei nº 5.406/1969).
- 12.3. Serão analisados fatores como:
 - a) prática de ato tipificado como ilícito penal.
 - b) prática, em caso de servidor público, de transgressões disciplinares.
 - c) prática de ato que possa importar em repercussão social de caráter negativo ou comprometer a função de segurança e confiabilidade da Instituição Policial.
 - d) dependência química (drogas lícitas e/ou ilícitas).

Tais fatores, se analisados em seus devidos termos, guardam, todos, pertinência com as atribuições do cargo. O que se investiga sobre o candidato é aquilo que pode, direta ou indiretamente, gerar reflexos no desempenho da função policial. De fato, não se espera que servidor responsável pelo combate ao crime, inclusive o tráfico ilícito de entorpecentes, tenha praticado delitos ou seja dependente químico. Ademais, a falta disciplinar diz respeito diretamente ao desempenho profissional do candidato. Por outro lado, o ato que tenha repercussão social de caráter negativo, por si só, não é suficiente para justificar a eliminação do candidato, a não ser que efetivamente comprometa a credibilidade da instituição perante a sociedade.

Para a verificação da dependência química, está prevista a possibilidade de submissão do candidato a exame antidrogas:

12.8. O candidato, desde a sua inscrição no Concurso Público até a sua posse poderá, a critério da Direção-Geral da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais, ser submetido a exame antidrogas.

12.8.1. Em caso de resultado positivo para drogas de abuso, reserva-se à ACADEPOL o direito de eliminar o candidato do concurso, cabendo recurso desse ato, e ficando a critério e às expensas do candidato, a contraprova.

12.9. Ao candidato considerado INAPTO na fase da Investigação Social, bem como àquele eliminado nos termos do item 12.8.1., será concedido o direito de REVISÃO da decisão no prazo de 02 (dois) dias úteis, contados da data da publicação do resultado. O recurso interposto fora do prazo será preliminarmente indeferido.

Segundo o edital, a submissão ao exame não é uma faculdade do candidato, mas um dever assumido ao se inscrever no concurso. Pelas normas editalícias, portanto, o candidato fica obrigado a produzir prova contra si mesmo, embora se lhe permita, em caso de resultado positivo, tentar provar o contrário e interpor recurso.

O resultado do procedimento é a indicação ou contraindicação do candidato, expedida por meio de relatório da Comissão de Análise das Investigações Sociais, designada pelo Diretor-Geral da Academia de Polícia Civil de Minas Gerais (ACADEPOL).

Interessante observar a cautela prevista no item 12.5.1 do edital do concurso, dispondo que “a contraindicação somente pode ocorrer, após prévia sindicância levada a efeito, observado o contraditório, com emissão de relatório fundamentado e concor-

dância expressa dos Membros da Comissão de Análise das Investigações Sociais”. Condicionar a contraíndicação à instauração de sindicância, fundamentação e oportunidade de defesa ao candidato – diferentemente de parte dos concursos, que não tem observado o contraditório – é dificultar que o candidato venha obter do Judiciário a posterior anulação do ato excludente.

No concurso para admissão ao Corpo Auxiliar de Praças da Marinha, a investigação social recebe o nome de *verificação de dados biográficos* e abrange duas fases (BRASIL, 2008a): a preliminar, destinada à análise e investigação dos dados informados pelo candidato por ocasião da chamada pré-inscrição, e a final, quando será preenchido um “questionário biográfico simplificado” pelo candidato classificado e convocado para o início do período de adaptação (item 9.2 do edital). É eliminado o candidato que não possui procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável (item 9.3), requisitos a serem cumpridos com o atendimento a outras exigências, presentes desde o início do certame:

3.1.2 - São condições necessárias à inscrição:

[...]

c) ter idoneidade moral e bons antecedentes para a situação de futuro militar da Marinha (art. 11 da Lei nº 6.880/80 - Estatuto dos Militares). Se militar ou membro da Polícia ou do Corpo de Bombeiros Militar, em atividade, apresentar, na data do início do período de adaptação, atestado de idoneidade moral e bons antecedentes, emitido pela autoridade a quem estiver subordinado [...]

[...]

f) não estar “sub judice”, respondendo a inquérito, condenado criminalmente ou cumprindo pena por crime militar ou comum;

g) não estar no serviço ativo das Forças Armadas por força de decisão judicial não transitada em julgado;

h) não ser portador de certificado de isenção do Serviço Militar, devido às suas condições morais, físicas ou mentais;

[...]

k) não ter sido reprovado, por insuficiência de nota de conceito ou por falta disciplinar incompatível com a condição de militar, em Curso de Formação ou Estágio de Aplicação de processo seletivo anterior [...]

Para a carreira de juiz de direito do Estado de Minas Gerais, segundo o edital do concurso de 2008 (MINAS GERAIS, 2008b), são requisitos de ingresso, entre outros, idoneidade moral, inexistência de antecedentes criminais e não estar sendo processado nem ter sofrido penalidades por prática de atos desabonadores no exercício profissional (item II.1). O preenchimento de tais requisitos é analisado a partir da inscrição definitiva, por meio da análise dos documentos apresentados neste momento (item VII.3), tais como “certidão do órgão disciplinar a que estiver sujeito o candidato, comprovando não estar sendo processado nem ter sido punido no exercício da profissão, cargo ou função”, currículo detalhando residência nos últimos dez anos, estabelecimentos de ensino frequentados, empregos em instituições privadas ou funções públicas exercidas e relação de dez autoridades, empregadores ou professores a quem serão pedidas informações a respeito do candidato. Além da previsão de observância ao contraditório e ampla defesa, peculiar a este concurso é a possibilidade de participação de qualquer pessoa na investigação social:

VII - DA INSCRIÇÃO DEFINITIVA

[...]

9 – Encerrado o prazo de inscrição definitiva, a Comissão do Concurso fará publicar, no “Minas Gerais - Diário do Judiciário”, a relação, em ordem alfabética, dos nomes dos inscritos, a fim de que qualquer pessoa ou entidade possa, no prazo de cinco dias contados da publicação, prestar informações sigilosas sobre candidato ou representar contra o pedido de deferimento de inscrição, apresentando ou indicando, no caso de Representação, provas do alegado.

9.1 – Em caso de informação sigilosa negativa a respeito de candidato, a Comissão do Concurso, supervisionada pelo Presidente da Comissão Examinadora, diligenciará no sentido de apurar e esclarecer os fatos apontados, resguardando o sigilo do informante.

9.2 – Verificada a procedência da informação sigilosa negativa, será facultada defesa ao interessado, no prazo de dez dias.

10 – A Comissão do Concurso solicitará às autoridades indicadas pelos candidatos, bem como a outras autoridades, entidades e órgãos públicos, informações sigilosas a respeito dos mesmos, aplicando-se, em caso de informação negativa, o disposto no subitem 9.1 deste capítulo.

[...]

18 – Indeferido o pedido de inscrição definitiva, poderá o candidato, dentro de cinco dias contados da publicação prevista no item 17 deste capítulo, interpor recurso administrativo contra a decisão, dirigido à Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Caso o candidato permaneça no concurso, a investigação prossegue, estando previsto seu aprofundamento durante o curso de formação para ingresso na magistratura (item XI.7), com a possibilidade da utilização de equipe multidisciplinar, formada por médicos, psicólogos e outros profissionais julgados necessários para avaliar a aptidão, conduta e adequação ao exercício do cargo (item XI.9.3).

O edital do concurso de 2007 para procurador federal de segunda categoria, da Advocacia-Geral da União (Fundação Universidade de Brasília, 2007a), dispõe que o candidato deve obter, como requisito básico para a investidura no cargo, manifestação favorável na fase chamada de *sindicância* ou *avaliação de vida pregressa* (item 4.1.11). O procedimento visa a investigar a prática de ato desabonador da conduta do candidato; em caso positivo, há causa de impedimento para a posse (item 4.2.b).

Fica o candidato obrigado ao preenchimento de uma “ficha de informações confidenciais (FIC)”, na qual deverá informar sua religião, residências e empregos atuais e anteriores, estabelecimentos onde estudou desde o ensino fundamental, informações sobre processos cíveis ou criminais e inquéritos policiais em que ele ou algum de seus familiares tenha sido parte ou investigado, a existência de procedimento administrativo disciplinar, se já houver trabalhado no serviço público, existência de títulos protestados e cadastro em órgãos de proteção ao crédito, filiação a entidades de classe, frequência a clubes recreativos, prática de esportes, *hobbies* e vícios, como fumo ou bebida (Fundação Universidade de Brasília, 2007b).

Desde logo, pode-se considerar pertinente todo elemento de investigação relacionado à atuação profissional dos candidatos, havendo aí uma relação direta com o objetivo principal do concurso, que é selecionar os mais competentes.

Em contrapartida, outros fatores, já à primeira vista, podem parecer desnecessários ou injustificáveis: a religião, pelo fato de ser a República Federativa do Brasil um Estado laico e, nos termos da Constituição (BRASIL, 2008b), ser inviolável a liberdade de crença (art. 5.º, VI e VIII); a existência de processos em que os familiares são partes, pelo

princípio de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5.º, XLV); os *hobbies*, pelo questionamento de em que isso influirá na escolha dos candidatos; e, finalmente, o fumo ou a bebida, pelo fato de existirem drogas lícitas, devendo o vício ser considerado na medida de seu impacto no comportamento social do candidato e conjuntamente com os exames médicos pré-admissionais.

Entre os documentos necessários à avaliação de vida pregressa, destaca-se o item 10.1.d do edital, exigindo que o candidato apresente “declarações, de magistrados, professores universitários, autoridades outras, advogados, somando, no mínimo, três declarantes, que atestem a idoneidade moral e o correto comportamento social do candidato”. Além da dificuldade em se apreender o que seria idoneidade moral e um comportamento social correto, talvez sendo menos árduo saber o que não o seja, o método empregado mostra-se ineficiente, vez que fica à escolha do candidato as pessoas que declararão, e, sendo assim, o farão certamente em seu favor, o que indica que tal expediente não passará de mera formalidade.

É facultada à banca examinadora a realização de diligências, após a análise dos documentos, e aventada a possibilidade de ser o candidato ouvido ou entrevistado durante a investigação, embora não se lhe confira a oportunidade do contraditório propriamente dito, facultando-lhe, somente, a interposição de recurso administrativo.

No concurso para policial rodoviário federal de 2008, não há uma etapa de investigação social; o procedimento ocorre durante todo o concurso. O candidato, também nesse certame, preenche uma ficha de informações confidenciais, a partir da qual é apurado se o candidato apresenta “procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável”, de acordo com o item 18 do edital (BRASIL, 2008b).

São enumerados como requisitos para a investidura no cargo (item 3.1) o “procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável”, a declaração de não estar cumprindo sanção administrativa disciplinar, certidão do cartório de protesto de títulos e de antecedentes criminais.

A “investigação social e/ou funcional”, prevista no item 18 do edital, encontra-se regulamentada em instrução normativa (BRASIL, 2007), na qual o preenchimento dos requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável é longamente especificado:

Art. 6.º. São fatos que afetam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável: Art. 2.º. A Avaliação de Saúde será composta de Exame Clínico, realizado por profissionais médicos e de Exames Complementares. (*sic*)

- I - Habitualidade no descumprimento dos deveres de assiduidade, pontualidade, disciplina e urbanidade;
- II - Prática de ato de deslealdade às instituições legalmente instituídas;
- III - Manifestação de desprezo às autoridades e a atos da administração pública;
- IV - Habitualidade em descumprir obrigações legítimas;
- V - Relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais ou morais;
- VI - Prática de ato que possa importar em escândalo ou comprometer a função policial;
- VII - Frequência a locais incompatíveis com o decoro da função policial;
- VIII - Uso de droga de qualquer espécie, prática de ato tipificado como infração penal ou qualquer prática atentatória a moral e aos bons costumes;
- IX - Contumácia na prática de transgressões disciplinares; ou
- X - Participação ou filiação como membro, sócio ou dirigente de entidade ou organização cujo funcionamento seja legalmente proibido ou contrário às instituições constitucionais ou ao regime vigente.

Destaque desse concurso é o grau de detalhamento conferido ao procedimento de investigação social, tornando público o roteiro a ser empregado por comissão formada por seis servidores do Departamento de Polícia Rodoviária Federal.

O anexo da instrução normativa prevê grande número de fontes e elementos de investigação, incluindo pesquisa de arquivos criminais, arquivos de informações do serviço de inteligência da Polícia Federal, das polícias civis e militares, Forças Armadas e Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), arquivos de informações das embaixadas e consulados (item 3.1.2) e consulta ao serviço de proteção ao crédito, visando detectar se o candidato “habitualmente descumpre obrigações legítimas” (3.1.3.a).

O procedimento da investigação social a ser feita na área residencial do candidato merece transcrição:

4 - DO PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO NA ÁREA RESIDENCIAL:

4.1 - Consiste na entrevista de pessoas que possam fornecer informações a respeito do candidato e deverá abranger:

- a) Como é o relacionamento dos vizinhos com o candidato;
- b) Qual o conceito que os vizinhos têm do candidato quanto ao seu temperamento. Se é calmo, agressivo, simpático, comunicativo, e outras situações atípicas;
- c) Qual o padrão de vida que o candidato possui e se é compatível com o seu rendimento ou sua situação familiar;
- d) Qual o conceito moral que os vizinhos têm do candidato, realizando entrevista policial de maneira a verificar os aspectos de honestidade;
- e) Quais os hábitos sociais do candidato, contemplando clubes sociais e associações que frequenta, vícios de embriagues (*sic*), uso de drogas, jogos de azar;
- f) Prática de esportes, identificando suas modalidades, quem são seus contatos esportistas e quais os conceitos observados pela vizinhança em relação à esses contatos;
- g) Se há algum vizinho que tenha registro de ocorrência com a Polícia ou com a Justiça e, em caso positivo, verificar qual o seu relacionamento com o candidato;
- h) Outros questionamentos pertinentes para avaliar o comportamento do candidato junto aos vizinhos.

4.2 - No relatório sobre a investigação de vizinhança deverá consignar os nomes e endereços dos entrevistados, bem como suas opiniões a respeito do candidato.

Percebe-se a preocupação de aferir não somente a conduta do candidato, mas, também, a de todas as pessoas de seu círculo social. São levados em consideração os conceitos que os vizinhos têm do candidato, incluindo o conceito moral, o que os vizinhos acham de quem pratica esportes com o candidato, se algum vizinho esteve envolvido em procedimento policial ou judicial e o relacionamento deste vizinho com o candidato.

A investigação social consistirá também na entrevista de pessoas que possam fornecer informações, opiniões e conceitos, próprios ou alheios, acerca do candidato e de seu comportamento nos estabelecimentos de ensino onde estudou ou estuda (item 5 do anexo), nos locais recreativos (item 6) e nos locais de trabalho (item 7). Até aos locais de atendimento médico e hospitalar (item 8) também chega a investigação social:

8 - INVESTIGAÇÃO NOS LOCAIS DE ATENDIMENTO MÉDICO/ HOSPITALAR:

8.1 - Consiste na verificação de locais de atendimento médico público ou particular, de grande concentração, com finalidade de verificar a existência de prontuários médicos relativos ao candidato.

8.2 - Busca de antecedentes médico-hospitalar que possam indicar doenças pré-

existentes, consumo de medicamentos controlados, cirurgias, acidentes, etc.. (*sic*)

Evidente o exagero da medida, não se revelando ser o meio mais adequado para avaliar a saúde do candidato, pois, para isso, existem os exames pré-admissionais. É de se questionar sua própria viabilidade prática e jurídica, invadindo as informações dos prontuários do paciente, além de não guardar nexos plausíveis com a averiguação dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível.

O item 9.3 do anexo da instrução normativa dispõe que deve ser dado ao candidato o direito de ampla defesa, por meio do acesso aos motivos de sua não-recomendação e interposição de recurso administrativo. Não é mencionado o contraditório, nem prevista a oitiva do candidato antes de sua exclusão.

A leitura e a análise dos editais acima permitem observar, *a priori*, a existência de abusos no regramento do processo seletivo. O estudo de princípios constitucionais pode permitir verificar se as exigências e os critérios utilizados na investigação social estão de acordo com o ordenamento jurídico.

3. Princípios constitucionais aplicáveis

Uma vez necessário lançar mão da análise de princípios jurídicos para o teste da hipótese estabelecida na introdução do trabalho, algumas considerações para o delineamento de marco teórico pertinente fazem-se essenciais.

Parte-se da ideia de que princípios são normas, não necessariamente generalistas, abstraídas das obrigações políticas associativas e, assim, genuínas, impassíveis de pré-determinação de aplicabilidade, havidas num determinado contexto sociojurídico, delineado pelas práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscrevem.

Tais princípios consideram a trajetória pretérita do Direito, para a atitude interpretativa criativa construtiva, de modo a possibilitar a continuidade do processo em desenvolvimento, sem jamais aprisionar ao passado ou esboçar projeções desarrazoadas para o futuro (DWORKIN, 2003).

A aplicação desses princípios, segundo Dworkin (2003), passa por duas dimensões de prova: a adequação, que sugere que a interpretação que for adotada deve fluir ao longo de todo o texto, de maneira padronizada, na crença de que a continuidade o precedeu; e a justificação, por meio da qual a aplicação de determinado princípio deve ser passível de justificar-se como capaz de continuar o projeto de desenvolvimento do conteúdo coerente do Direito.

Diante disso, os princípios jurídicos não admitem ser hierarquizados ou ponderados, pois isso acabaria, em última análise, por definir regras de aplicação, de modo a mitigar a consideração das peculiaridades do caso concreto (NOGUEIRA, 2009).

Do princípio da supremacia do interesse público “resulta, em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura” (MELLO, 1997, p. 55).

Os concursos públicos visam a selecionar os candidatos mais capacitados e adequados para o exercício de cargos ou empregos públicos, para que o Estado assim possa, por meio de seus agentes, realizar melhor suas finalidades. Esse é o interesse público, que deve, segundo tal princípio, prevalecer sobre o interesse particular do candidato.

Por outro lado, em um Estado de Direito Democrático, é também interesse

público a participação e contribuição dos cidadãos nas atividades estatais. Eduardo Santos de Oliveira ensina que

o exercício de cargos públicos, ainda os de menor densidade hierárquica, é a atuação de um direito político [...] Deste modo, no ponto em que tornou os cargos públicos acessíveis aos brasileiros, a Constituição da República mais não fez que guardar estrita coerência com seu *status* de Constituição cidadã. Se isso é certo, segue-se que não se pode negar a um cidadão o direito de participar ele próprio do governo de seu Estado. (OLIVEIRA, 2004, p. 29).

Assim, a participação em concurso público é uma manifestação da participação popular, mais um modo de exercício da cidadania (MELLO, 1997, p. 29), sendo que impor condições que não encontrem pertinência com os princípios constitucionais pode ser incoerente com a própria ideia de participação e democracia, indo de encontro aos fundamentos da cidadania (art. 1.º, II) e o objetivo da promoção do bem de todos, sem discriminações infundadas (art. 3.º, IV), presentes na Constituição da República.

O interesse do candidato não é o da vedação à sua exclusão do concurso; seu interesse legítimo é que a referida exclusão, caso ocorra, encontre fundamento e relação com o interesse público que se almeja proteger.

O princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, II, da CR), traduz-se, no Direito Administrativo, como o princípio que impede a Administração de impor condutas ou estabelecer restrições aos particulares, ou mesmo a seus agentes, que não encontrem previsão legal (MELLO, 1997, p. 61). Além disso, determina que a atividade administrativa não pode exorbitar da lei ou ser exercida contra a lei, mas que se desenvolva tão somente segundo a lei.

Reserva-se à lei, em sentido estrito, a imposição de condições que restrinjam o acesso às funções públicas, sob pena de ferir o princípio da legalidade contido no art. 37, I e II, da Constituição (BORGES, 2007, p. 102). Trata-se não só de limitação formal, mas, também, material, ficando vedado ao edital, ou à resolução editada para o concurso, inovar no ordenamento jurídico.

Por isso é que a exclusão de candidato em concurso público não pode fundamentar-se abstratamente no interesse, ou na supremacia do interesse público; é necessário que o interesse público esteja expresso em lei, que, por sua vez, busca fundamentar na ordem constitucional.

O princípio cogitado [supremacia do interesse público], evidentemente, tem, de direito, apenas a *extensão e compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado (MELLO, 1997, p. 56).

Evidencia-se, neste ponto, a relação entre interesse público e legalidade, pois “é a representação popular, o Legislativo, que deve, pessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de perseguir-

los” (MELLO, 1997, p. 59).

Do mesmo modo que, nos termos da Súmula 686 do Supremo Tribunal Federal, “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público” (BRASIL, 2003b), os requisitos relacionados à conduta e moral do candidato devem encontrar previsão legal, expressando um interesse público *positivado*.

A igualdade ou isonomia aparece no preâmbulo da Constituição como valor supremo de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. No art. 5.º, é direito fundamental. Antes, no art. 3.º, é tida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, ao inciso IV vedar preconceitos e quaisquer outras discriminações. Como princípio, há de rechaçar “o que lhe venha em contrário como impróprio e insubsistente” (ROCHA, 1990, p. 20).

Toda e qualquer restrição à igualdade (entendida, aqui, como plena acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas) deve estar prevista em lei (art. 37, I, da CR). Cármen Lúcia Antunes Rocha (1990, p. 39-40) enumera alguns critérios para a promoção da igualdade pela lei. Em primeiro lugar, não deve a lei permitir ou possibilitar a manutenção de desigualdades que não estejam fundadas em critérios de fato ou de direito. Em segundo, não pode criar desigualdades entre pessoas com situação jurídica que permita a igualação. Terceiro, veda-se à lei sedimentar ou favorecer preconceitos ou discriminações. Quarto, pretende-se que a lei elimine as desigualdades pela desigualação. Por último, será legítimo o tratamento igual ou desigual que não seja arbitrário, que realize o ideal de justiça e se justifique pela razão humana.

A maior dificuldade para a perfeição do princípio constitucional da igualdade reside exatamente na busca de um critério justo para a igualação ou para a desigualação. Não há critério diferenciador sempre aplicável ou, pelo contrário, absolutamente impossível de ser aproveitado. O que o princípio da igualdade definitivamente afasta é a possibilidade de um fator, que por imaturidade humana seja fonte de atitudes preconceituosas, só por isso erija-se a critério normativo de diferenciação. A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1990, p. 45-46) disserta que a validade do critério tomado como desigualador será aferida pela consideração de sua natureza intrínseca e da estrita correspondência existente entre ele (o critério) e o interesse que se pretenda proteger. Ressalta que a relação entre a desigualação e o interesse jurídico protegido deve ser direta, objetiva e justificada; caso contrário, o critério não passa de puro preconceito e, por conseguinte, a desequiparação é inválida.

De tais considerações decorre que os requisitos de ingresso, ainda que estabelecidos em lei, não podem contrariar o princípio da isonomia, privilegiando o acesso por candidatos que detenham determinada cor, sexo, idade ou estado civil, salvo se a natureza do cargo o exigir (art. 39, § 3.º, c/c art. 7.º, XXX, da CR).

Se o princípio é de que todos podem ter acesso às funções públicas, qualquer elemento ou critério de análise, empregado na investigação social, que resulte em manutenção de uns candidatos no certame, com a exclusão de outros, ainda que previsto em lei, deve se pautar em necessidades decorrentes da própria natureza e atribuições do cargo em disputa, com vistas ao atendimento do interesse público, sob pena de se tornar pretexto para discriminações injustificáveis.

Da impessoalidade pressupõe-se a imparcialidade, que pode ser lida como sendo a qualidade de quem não é parte. O princípio da impessoalidade enuncia que não se permitem favoritismos nem perseguições, discriminações em benefício ou em detrimento de quem quer que seja (MELLO, 1997, p. 70). É decorrência direta do princípio da isonomia,

assim, o princípio da igualdade, para o qual a plena acessibilidade à função pública guarda íntima correlação, também demanda aspectos fáticos indeclináveis, tais como uma base nos regramentos mais elementares e substanciais da humanidade, porquanto afastada de preferências subjetivas ao critério do intérprete, e calcada na necessidade inviolável de idêntico tratamento jurídico às partes envolvidas em qualquer propósito de conflito [...]. (OLIVEIRA, 2004, p. 27).

A efetividade do princípio da impessoalidade pressupõe a existência da própria legalidade.

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos (MELLO, 1997, p. 59).

Acrescente-se que o princípio da impessoalidade exige a adoção de critérios objetivos, presentes em lei e edital e aplicados pelas comissões de investigação social, exatamente para evitar os já citados favoritismos ou perseguições.

Segundo o princípio da moralidade administrativa, “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos”, sendo-lhes “interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos” (MELLO, 1997, p. 72-73).

Se não somente a Administração, mas também seus agentes, têm de se comportar segundo princípios éticos, é plausível a exigência legal de boa conduta dos candidatos a um cargo público. Nesse caso, será considerado como o candidato se comporta em sociedade e, cumulativamente, como esse comportamento, a ser apreendido mediante critérios objetivos pela comissão do concurso, poderá ou não influir em seu desempenho profissional ou no funcionamento da entidade cujo cargo eventualmente venha a ocupar.

Especial destaque merece, na definição do princípio, a utilização dos termos “atuar” e “comportamento”, evidenciando que a moralidade administrativa abrange condutas (o agir), não características dos candidatos relacionadas à sua personalidade (o ser), não podendo estas últimas serem consideradas, na investigação social, a título de verificação de idoneidade moral e sob o pretexto de observância a esse princípio.

Vale ressaltar que, no âmbito da Administração Pública Federal, a Lei n.º 8.112 (BRASIL, 1990), em seu art. 5.º (BRASIL, 2008e), não inclui como requisitos para a investidura em cargo público a idoneidade moral e a conduta irrepreensível, com a ressalva do §1.º de que as atribuições do cargo possam justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei. Por outro lado, é dever do servidor manter conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116, IX).

O princípio da eficiência “pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados” (DI PIETRO, 2005, p. 84).

A exigência constitucional do concurso público é meio de privilegiar a eficiência no serviço público, o qual será exercido pelos indivíduos mais capacitados. Maria Cecília Mendes Borges (2007, p. 40) corrobora tal afirmação: “é que o processo de pre-

enchimento das funções públicas influi de forma determinante em seu exercício, no perfil, qualidade e estilo do agente que se seleciona, definindo-se, em última análise, qual o estilo de Estado pretende-se construir”.

A capacidade do candidato, com reflexos posteriores, caso venha a ser nomeado, na eficiência do serviço público, será aferida principalmente com a aplicação das provas do concurso. Não obstante, a investigação social pode contribuir para a observância do princípio da eficiência na medida em que permita afastar candidatos que sejam claramente inadequados para o exercício de determinada função pública.

A respeito do princípio da razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.[...]

[...] Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos [...] (MELLO, 1997, p. 66)

Uma providência desarrazoada é também ilegal, pois desconforme à lei no sentido de transbordar um de seus limites, qual seja, a finalidade (MELLO, 1997, p. 67).

Como princípio constitucional, a razoabilidade impõe inclusive o controle de constitucionalidade de leis que estabeleçam exigências abusivas ou desconexas ao candidato a cargo ou emprego público. O Supremo Tribunal Federal foi nessa direção, qual seja, da passagem de um simples exame de legalidade para a análise da constitucionalidade, ao editar súmulas assentando seu entendimento a respeito de questões controvertidas em matéria de provimento de cargos públicos, nas súmulas 683 a 686.

Segundo Oliveira,

[...] ainda que exista lei anterior disciplinando a carreira, urge verificar em que medidas encontram-se assentadas as exigências para investidura no cargo, posto que a compatibilização destas com os princípios que regem o constitucionalismo vigente obriga que não sejam desprovidas de razoabilidade, sempre aderindo à natureza e complexidade dos cargos públicos (2004, p. 94).

A razoabilidade, como parâmetro administrativo na execução do concurso, implica “avaliar se dada medida representa o meio mais adequado à consecução do interesse público, do qual a Administração Pública não pode se afastar” (OLIVEIRA, 2004, p. 91-92).

Se certa exigência, presente em concurso público, está conforme ao princípio da razoabilidade, e não há uma única solução plausível e ideal para avaliar determinada capacidade ou característica necessária ao cargo, há de ser reputada válida. O Judiciário não poderá anular o meio utilizado pela comissão do concurso, pois, “existindo discricção, é ao administrador – e não ao juiz – que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada” (MELLO, 1997, p. 67). Lado outro, se, num dado caso, não é possível saber qual seria a medida mais adequada, com certeza pode-se saber que determinadas medidas absolutamente não o são, cabendo ao Judiciário, neste caso, desconstituí-las,

por desarrazoadas.

A proporcionalidade é faceta do princípio da razoabilidade (MELLO, 1997, p. 68), ressaltando naquela a proibição de excesso. Nesses termos, não é razoável a decisão discricionária que não guarda proporção adequada entre os meios utilizados e os fins colimados na lei (DI PIETRO, 2005, p. 81).

O excesso é certamente desnecessário ao atendimento do interesse público, que é, em última instância, a finalidade de toda e qualquer lei, donde se conclui que um ato desproporcional é também ilegal, sendo certo que “ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público” (MELLO, 1997, p. 68).

Quando os editais de concursos tentam especificar o preenchimento dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível por meio de outras exigências, tem-se que estas serão válidas somente até a medida em que se relacionem com a natureza e atribuições do cargo, vedadas condições abusivas, que não se justifiquem em face do interesse público.

O artigo 5.º, inciso LV, da Constituição (BRASIL, 1988) estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1997, p. 71), do preceito se entende que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, deve oferecer oportunidade de contraditório e ampla defesa, inclusive o direito de recorrer das decisões tomadas.

A eliminação do candidato, que obtém parecer desfavorável na investigação social, não prescinde, portanto, da ampla defesa.

O princípio da publicidade “exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipótese de sigilo previstas em lei” (DI PIETRO, 2005, p. 75).

Em sendo legalmente previstos os requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, os fatores que serão considerados para sua análise deverão ser divulgados no edital ou em atos normativos anteriores à investigação social, assim como o método empregado para a obtenção de informações relativas ao candidato. A publicidade faz-se necessária até mesmo em observância ao princípio da ampla defesa, pois não haverá como o candidato contestar eventual parecer desfavorável se não tiver conhecimento dos meios utilizados para se chegar à conclusão de que ele é inapto para o cargo.

Lembre-se, obviamente, que as informações pessoais colhidas serão mantidas em sigilo, estando o acesso restrito ao candidato ou seu procurador.

Vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca do princípio da motivação:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo (MELLO, 1997, p. 69).

Para o citado autor, o princípio da motivação tem dois pilares: a cidadania, como fundamento da República, tendo os cidadãos a prerrogativa de saber o porquê de

decisões tomadas por delegatários do poder que emana do povo, e a inafastabilidade do controle jurisdicional, que somente será exercido eficazmente tomando como partida os próprios fundamentos apontados pelo administrador público.

Também a ampla defesa só se concretiza se houver fundamentação que possibilite ao prejudicado conhecer os motivos que ensejaram a decisão para, a partir deles, formular, administrativamente ou em juízo, as razões pelas quais entende deva ser anulada.

O princípio do estado de inocência, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inciso LVII, da CR) é tratado doutrinariamente muito mais como uma garantia do acusado em processo penal. A própria topografia do inciso, entre dispositivos que atinam ao processo, indica estar na Constituição como uma das garantias processuais.

Nessa linha de entendimento, Fernando Capez afirma que

o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual (2006, p. 44)

O raciocínio, presente no processo penal, de que somente uma condenação criminal transitada em julgado pode ensejar a aplicação da pena, não se pode simplesmente transpor para o Direito Administrativo.

É conhecido o princípio da independência das instâncias penal e administrativa, sobretudo na aplicação de sanções disciplinares a servidores públicos (DI PIETRO, 2005, p. 536), a qual não se vincula em absoluto à decisão proferida no juízo criminal.

Entretanto, a decisão de exclusão de candidato, baseada em parecer desfavorável na investigação social, que não esteja fundamentada na existência de condenação criminal transitada em julgado cujos efeitos persistem, deve estar fundamentada em lei que preveja a restrição ou dispor de outros elementos de análise e de farta documentação que permita elidir a presunção de não-culpabilidade e se justificar em face da idoneidade exigível do futuro ocupante do cargo, devendo o exame da idoneidade ser tanto mais rigoroso quanto maior for a autoridade inerente ao cargo. Caso contrário, havendo dúvida a respeito, deve o candidato permanecer no certame.

4. Requisitos de validade

Nos termos do art. 5º, XIII, da CR, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, e, segundo o art. 37, I, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis àqueles que preencherem os requisitos estabelecidos em lei. É imprescindível, pois, a previsão legal dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível.

Os fatores de análise do preenchimento desses requisitos devem constar ao menos do edital ou outro ato normativo do concurso, os quais devem mencionar os meios e critérios utilizados na investigação social.

O edital, por ser ato infralegal, não é instrumento hábil a criar obrigações para os candidatos. Tecnicamente, portanto, pode-se afirmar que o edital não é a lei do concurso. O administrador público que inclui no edital exigências não decorrentes da lei acaba por usurpar uma competência que é do Legislativo, ferindo o princípio da separação dos poderes (OLIVEIRA, 2004, p. 64).

Os requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível permitem ampla margem de subjetividade ao intérprete, em função da própria indefinição semântica dos termos que os expressam.

Há, porém, diferença entre a indefinição dos requisitos e a ausência, insuficiência ou subjetividade dos critérios de avaliação do preenchimento desses requisitos. Sugere-se que sejam objetivos pelo menos os critérios de verificação.

Sobre a necessidade de objetivização nas diversas etapas dos concursos,

conclui-se que [...], em suas várias fases, devem ser objetivizados, até mesmo naquilo que aparenta subjetividade, como avaliações orais, entrevistas e psicológicas, oportunizando-se vista e recursos administrativos aos candidatos, e garantindo-se a transparência administrativa, devendo o procedimento ser permeado pela moralidade, eficiência e razoabilidade (BORGES, 2007, p. 170).

Constata-se que nas provas orais existe, como parâmetro, o direito, no exame psicotécnico, a psicologia, e, na investigação social, há que se perguntar quais seriam seus subsídios científicos.

Tendo em vista a impossibilidade de acesso às decisões das comissões dos concursos, pela necessidade de se resguardar o sigilo das informações colhidas e a própria privacidade dos investigados, é possível que a eliminação de candidatos seja tomada com base em indícios.

Para conferir um pouco de objetividade e, conseqüentemente, cientificidade, à decisão que exclui candidato reprovado em investigação social, seria interessante a utilização de pareceres de assistentes sociais ou mesmo a formação de comissões interdisciplinares.

Com ou sem tais comissões, é perfeitamente possível que o edital do concurso mencione fatores objetivos a serem ponderados, por exemplo, a existência de faltas disciplinares cometidas, a relevância de inquéritos policiais que não resultaram em denúncia, entre tantos outros. Acrescente-se que entre saber o que é moral ou correto e o que não o é, talvez seja menos difícil a segunda alternativa. Chegar-se-á, por exclusão, à seleção dos candidatos idôneos pela conclusão daqueles que certamente não o sejam.

Da leitura de dois dispositivos constitucionais – incisos I e II do art. 37 –, infere-se que o interessado em ocupar um cargo ou emprego público deve atender aos requisitos previstos em lei e obter aprovação num concurso público, cujas exigências devem guardar pertinência com a natureza e a complexidade da função a ser exercida, segundo parâmetros fixados por lei.

A *ratio* presente nos incisos é decorrência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que tanto maiores poderão ser as exigências quanto mais complexas as atribuições e maiores as responsabilidades inerentes à função pública.

Torna-se evidente, portanto, a necessidade de uma relação de pertinência, adequação, compatibilidade e proporcionalidade entre as exigências impostas ao candida-

to e a natureza da função a ser exercida (OLIVEIRA, 2004, p. 61).

Serão válidos os requisitos de moral inatacável e correto comportamento social somente na medida em que contribuam para a satisfação do interesse público, ou, em outras palavras, somente para garantir que a entidade irá melhor cumprir suas finalidades, em respeito ao princípio da eficiência.

O raciocínio empregado pelas comissões de investigação social deve ser o de como o desatendimento a esses requisitos pode certamente comprometer o bom, fiel, probo, responsável e eficiente desempenho da função, ou, pelo contrário, o seu atendimento, em maior ou menor escala, pode contribuir para o exercício funcional de forma mais ou menos satisfatória, principalmente se a alta qualidade do serviço a ser prestado faz parte dos próprios objetivos da instituição em que se pretende ingressar.

Quanto à idoneidade moral do candidato, a exigência deve ter relação com o cumprimento do princípio da moralidade *administrativa*, que, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, já citada, abrange formas de atuação, comportamentos (1997, p. 72-73), não características ontológicas que em nada digam respeito ao exercício da função pública.

A condição de idoneidade moral inatacável será justificável sobremaneira em cargos de direção ou chefia ou que confirmam autoridade a seu titular, que terá poder de decisão ou de restrição a direitos dos administrados.

Mesmo os requisitos estabelecidos por lei, se se mostrarem abusivos, dessarrazoados, que não guardam pertinência com as atribuições do cargo, ficam sujeitos ao controle de constitucionalidade, pois, ao mesmo tempo que em nada contribuirão para a concretização do princípio da eficiência e da moralidade na Administração Pública, significarão um claro descumprimento dos princípios da impessoalidade e da igualdade, estabelecendo infundadas restrições do acesso aos cargos públicos.

Eduardo Santos de Oliveira (2004, p. 54-57) prefere falar não em restrição do acesso aos cargos públicos, mas, sim, do estabelecimento de critérios que possibilitem selecionar os candidatos adequados para o seu exercício. Nesses termos, os requisitos legais a que se refere a Constituição não seriam requisitos de restrição, mas, sim, de adequação.

No âmbito federal, o artigo 50 da Lei n.º 9.784 (BRASIL, 1999) determina a obrigatoriedade de fundamentação se o ato administrativo nega, limita ou afeta direitos ou interesses (inciso I) ou decide processo administrativo de concurso ou seleção pública (inciso III).

Mais do que ilegal, “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”, segundo a Súmula 684 do STF (BRASIL, 2003a).

Deve-se lembrar que, caso a banca examinadora exclua o candidato sem fundamentos, ou com fundamentação deficiente ou baseada em indícios, poderá ele obter judicialmente sua permanência no concurso. Nesse caso, sendo aprovado ao final e se não há certeza sobre sua idoneidade para o cargo, a dúvida poderá ser sanada antes da estabilidade, com a avaliação durante o estágio probatório, e, após tornar-se estável, por meio de avaliação periódica de desempenho, instrumentos jurídicos disponíveis, mas que não têm sido efetivamente aplicados na prática. Ademais, a todo tempo o futuro servidor público estará sujeito a sanções disciplinares, inclusive à pena de demissão ou mesmo cassação de aposentadoria, se inativo.

Entre os direitos e garantias fundamentais, encontra-se o preceito segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5.º, LV, da Constituição).

Polêmica surgiu a respeito do direito de ampla defesa do candidato prejudicado em concurso público, se ele se esgotaria com a possibilidade de interposição de recurso administrativo ou se deveria assegurar também o contraditório.

Celso Antônio Bandeira de Mello julga necessário o contraditório antes de qualquer *decisão gravosa* (1997, p. 71), não mencionando a necessidade de litígio propriamente dito.

5. A verificação dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível

Com o intuito de especificar o preenchimento dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, os editais costumam desdobrá-los em outras exigências, cujo cumprimento será analisado pelas comissões de investigação social.

Entre tantos concursos públicos, os elementos considerados pelas comissões são inúmeros, assim como são diversas as possibilidades casuísticas de uma vida pregressa. São conhecidas as exigências de apresentação, pelos candidatos, de certidão de antecedentes criminais expedida pelo juízo criminal onde tenha residido nos últimos anos e de folha de antecedentes criminais fornecida pelas secretarias de segurança pública dos Estados da federação.

Situações distintas aparecem nos registros criminais, sejam eles judiciais, atestando a existência de processos penais, ou administrativos, indicando a instauração de inquéritos policiais.

Se do registro consta a absolvição transitada em julgado, e esta se deu por inocência provada, está fora de dúvida que isso não poderá ser considerado como desabonador da conduta do candidato, uma vez que a instância competente, qual seja, o juízo criminal, decidiu definitivamente pela inexistência da autoria e do crime como fato típico, antijurídico e culpável, nada mais se podendo discutir a esse respeito e ficando o réu a salvo de toda e qualquer restrição de direitos em razão dos fatos discutidos nos autos.

O mesmo raciocínio da absolvição se aplica, mas com resultado contrário, à condenação criminal transitada em julgado e cujos efeitos persistem, antes da reabilitação. Nesse caso, o princípio da segurança jurídica faz reputar incontestado o cometimento do crime pelo acusado, sendo certamente uma prova irrefutável de seu mau comportamento.

No que toca à reabilitação, sua consideração pela comissão do concurso é ilegal em razão do sigilo sobre o processo e a condenação assegurado pelo art. 93 do Código Penal (BRASIL, 1940). Ademais, o candidato logrou reabilitação em virtude mesmo da demonstração efetiva e constante, dois anos após o cumprimento da pena, de bom comportamento público e privado ao juiz (art. 94, II). Desse modo, não pode mais ele ser prejudicado em função da condenação. Caso contrário, por via transversa, estar-se-lhe-ia impondo uma pena perpétua, em contrariedade ao 5.º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição (BRASIL, 1988).

Vislumbram-se situações que compõem, na verdade, uma mesma categoria, a da inexistência de absolvição por inocência provada ou condenação criminal transitada em julgado, com diferença entre elas apenas no grau de dúvida que paira a respeito do comportamento irrepreensível do candidato. São elas a existência de inquérito policial arquivado ou em curso, a transação penal, a existência de processo criminal, a suspen-

são condicional do processo, a prescrição², a absolvição por insuficiência de provas e a condenação não transitada em julgado. Em todas elas, (ainda) não se estabeleceu a certeza jurídica sobre a materialidade do crime e sua autoria, não se tratando, pois, de substrato probatório irrefutável de mau comportamento. Tais situações devem, portanto, ser analisadas na investigação social em conjugação com instrumentos normativos legais que estabeleçam eventuais requisitos específicos para acesso a cargos públicos, bem como com outros fatores relacionados à conduta e moral do candidato.

Claro que um inquérito policial que não resultou em denúncia terá menos relevância que um processo judicial já instaurado, assim como a condenação criminal com recurso pendente de julgamento reveste-se de maior consistência do que um processo que ainda não foi decidido sequer em primeira instância.

O número e a diversidade de anotações nos registros criminais devem também ser fatores de consideração, assim como o tipo e a gravidade da infração penal que se imputa ao candidato. Evidentemente que a denúncia por crimes contra a Administração Pública interessaria mais à investigação social que a prática de contravenção. Igualmente, um único registro de inquérito policial arquivado não tem o condão de elidir a presunção de boa conduta do candidato.

Situação peculiar é a de o candidato já ter aceitado proposta de transação penal, nos termos do art. 76 da Lei n.º 9.099 (BRASIL, 1995), ou a suspensão condicional do processo, conforme previsão do art. 89 do mesmo diploma.

Os requisitos que autorizam o Ministério Público a oferecer transação penal são menos rigorosos que os da suspensão do processo. Ao aceitar aquela, o sujeito cumprirá penas restritivas de direitos ou de multa, enquanto, ao aceitar esta última, sujeitar-se-á tão-somente a condições, cujo cumprimento é menos gravoso. Outra diferença entre os dois institutos é que a suspensão condicional requer o recebimento da denúncia, ao passo em que a transação penal é anterior a esse momento processual. Ponto comum é que, em ambas as situações, não há condenação e, sim, um acordo entre o sujeito e o Ministério Público, com a homologação do juiz.

A transação penal não pode constar em certidão de antecedentes criminais, salvo para fins de nova proposta (art. 76, § 6.º, da Lei n.º 9.099; BRASIL, 1995). Assim, se a comissão examinadora levá-la em consideração, estará agindo ilegalmente.

Por sua vez, os fatos – lembre-se: não provados – que ensejaram a proposta de suspensão condicional do processo deverão ser considerados como meros indícios de conduta na investigação social, a serem sopesados em conjunto com outros elementos de análise.

Se, além de ter aceitado a proposta de suspensão, o candidato já a cumpriu, tendo sido extinta sua punibilidade (art. 89, § 5.º, da Lei n.º 9.099; BRASIL, 1995), razão maior haverá para que a anotação no registro criminal perca relevância, pois neste caso ele já se encontra quite com a Justiça.

Não é possível afirmar que somente uma condenação criminal transitada em julgado poderia ensejar a exclusão de candidato baseada em parecer negativo na fase de investigação social. A exigência do trânsito em julgado de sentença condenatória refere-se à aplicação de uma pena num processo criminal. A exclusão de candidato de concurso é medida administrativa, mas, se não está baseada em condenação criminal

² Entenda-se: prescrição da pretensão punitiva, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Se a prescrição for da pretensão executória, como permanecem os efeitos penais e extrapenais da condenação, à exceção da pena (BITENCOURT, 2006, p. 882), aplicam-se as considerações já feitas sobre a condenação transitada em julgado ou reabilitação.

definitiva, deve fundar-se em outros elementos (inclusive legais) e farta comprovação que possibilitem formar a convicção de inidoneidade.

Quanto à imposição de medida socioeducativa ao candidato quando era menor de idade, terá ele, em seu desfavor, o mau comportamento na adolescência e, favoravelmente, a condição de inimputável à época e a possibilidade de ter se recuperado.

As informações contidas nos registros funcionais do candidato atestam, obviamente, o seu comportamento *no exercício de profissão*; por isso, tais registros devem ser a fonte primacial da investigação social, pois fornecem elementos de análise relativos à moralidade *administrativa*.

Existindo anotação desabonadora na pasta funcional, há que se verificar a gravidade do fato imputado, a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a aplicação de sanção disciplinar e o tipo de penalidade. Deve ser considerada, também, a existência de impugnação judicial do ato punitivo.

Se os elementos colhidos pela comissão investigadora não são consistentes para a não recomendação do candidato, sua conduta poderá ser avaliada em momentos posteriores, caso venha a tomar posse do cargo. Alguns editais costumam exigir dos candidatos a apresentação de consultas a cadastros restritivos de crédito, por exemplo, os conhecidos como SPC, Serasa e Cadin-Bacen.

Há que se perquirir qual a finalidade da exigência, provavelmente averiguar a idoneidade financeira ou honestidade do candidato; e qual a relação com o interesse público, com o satisfatório desempenho do futuro ocupante do cargo ou emprego.

É comum a lei exigir a quitação das obrigações militares e eleitorais, não as civis, sendo que os requisitos de cumprimento dos deveres para com o Estado se justificam na medida em que o candidato pretende exatamente a ele servir. Ademais, a presença de informações dos candidatos nos cadastros de crédito não implica a certeza da existência de débitos, nem prova de desonestidade.

Primeiramente, um único registro não tem aptidão para caracterizar a inidoneidade do candidato. Nem sempre o candidato encontra-se em débito perante terceiros por sua vontade, mas, sim, por infortúnios como o desemprego, sendo seu ingresso no serviço público justamente uma forma de voltar a auferir renda para, a partir daí, legitimamente cumprir suas obrigações.

Lado outro, muitas vezes as empresas promovem indevidamente a inclusão dos nomes dos consumidores nos referidos bancos de dados, dando margem ao pleito judicial de indenização por danos morais. Certamente a diferença entre a dívida contestada pelo candidato, no âmbito do concurso ou em juízo, e a reconhecida por ele deve ser considerada. Acrescente-se que indícios de que o candidato não cumpre tempestivamente suas obrigações civis não significam que ele não irá cumprir seus deveres profissionais. Por fim, há quem possa entender a exigência de *nome limpo na praça* adequada somente às especiais idoneidade moral e conduta irrepreensível exigíveis para determinados cargos. Por exemplo, se a função a ser exercida estiver relacionada à fiscalização ou cobrança de créditos, fazendo sentido presumir que o servidor que trabalha fazendo cumprir deveres e obrigações dê o seu exemplo.

No estudo dos editais constatou-se que alguns, ao especificarem os elementos considerados na aferição dos requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, preveem fatores desarrazoados ou desproporcionais em face do interesse público, como os *hobbies* do candidato, sua religião, o conceito moral que os vizinhos têm dele e das pessoas de seu círculo social, entre tantos outros pertinentes à sua privacidade e intimidade.

Cabe sumariamente precisar o que se entende por intimidade e vida privada. A

noção de privacidade (particular, próprio, pessoal, individual) parece sugerir algo isolado, distante, solitário, ligando-se, ainda, ao sentido de propriedade. Por sua vez, a ideia de intimidade, embora significando o que é íntimo, interior, recôndito ou escondido, remete, ao mesmo tempo, a um conteúdo intersubjetivo, relacional, de proximidade, confiança e amizade. A intimidade integra a vida privada, porém de uma forma mais dinâmica, tratando-se da projeção da privacidade no âmbito das informações pessoais e do relacionamento comunicativo (SAMPAIO, 1998, p. 268, 351).

Sem embargo da distinção entre os dois conceitos, um ponto comum é que ambos podem ser concebidos como liberdade de não-intromissão e de autonomia, de modo que invadir a vida privada equivale a invadir a intimidade, ou seja, intrometer-se no espaço de autonomia e de independência da pessoa (SAMPAIO, 1998, p. 267, 269).

É inerente à conclusão tomada na investigação social, na parte relativa à análise de dados da vida pessoal do candidato, certo grau de relativização diante da diversidade de interpretações possíveis. Não existe, aqui, a objetividade das folhas e certidões de antecedentes criminais, que ao menos apontam a tramitação de um processo, ainda que não findo, sem decisão definitiva.

Valem, neste ponto, as considerações já tecidas a respeito do princípio da moralidade, vale frisar, *administrativa*.

6. Considerações finais

Os requisitos de idoneidade moral e conduta irrepreensível, previstos em lei como condições para o ingresso em determinadas carreiras públicas, têm-se desdobrado em outras exigências presentes nos editais.

Elementos da investigação social relacionados à atuação profissional encontram validade no ordenamento jurídico, pois dizem respeito diretamente ao atendimento do interesse público em selecionar candidatos adequados ao cargo ou emprego em disputa.

Outros fatores de análise, como religião, *hobbies* e conceito moral que a vizinhança tem do candidato e das pessoas de seu círculo social, mostram-se desarrazoados ou desproporcionais, pois atinentes à intimidade e vida privada e indiferentes ao probo e eficiente desempenho da função pública.

Por sua vez, registros de condenação criminal transitada em julgado, anteriormente à reabilitação, e absolvição pela inocência do réu, são hábeis, respectivamente, à caracterização da inidoneidade ou idoneidade, ao passo em que inquéritos policiais e processos criminais não transitados em julgado devem ser relativizados diante da existência de lei que preveja o requisito ou ainda da existência de um conjunto de outros elementos indicativos de mau comportamento.

Toda exigência, ainda que prevista em lei, deve guardar compatibilidade com as atribuições do cargo ou emprego, e o seu não atendimento deve influenciar, direta ou indiretamente, o satisfatório desempenho funcional.

Além da pertinência das imposições legais e editalícias, os princípios da igualdade, plena acessibilidade às funções públicas, impessoalidade e moralidade administrativa pressupõem a objetividade dos critérios de análise e a publicidade dos métodos empregados, sob pena de se instituírem restrições arbitrárias, dando ensejo a perseguições ou favorecimentos.

Se os elementos colhidos regularmente no procedimento não permitem uma

decisão consistente, deve o candidato ser mantido no concurso público. O ordenamento jurídico disponibiliza instrumentos subsequentes para a avaliação de conduta, como o estágio probatório, a avaliação periódica de desempenho, depois da estabilidade, e processos disciplinares que podem terminar no desligamento do servidor ou mesmo na cassação de aposentadoria do inativo. Como visto, a decisão sumária de eliminação do candidato lhe antecipa um ônus que pode vir licitamente após seu ingresso no serviço público.

A decisão excludente há de ser fundamentada, possibilitando, assim, o conhecimento dos motivos da não recomendação e o exercício pleno da ampla defesa, materializada na oportunidade de interposição de recurso administrativo e, em vista da gravidade do ato, também no contraditório.

Por outro lado, a impugnação judicial da decisão nem sempre garante uma solução adequada. Situações análogas não justificam interpretações casuísticas; pelo contrário, a justiça das decisões reclama a adoção de critérios de julgamento mais uniformes, assentando quais situações são aptas a elidir a presunção de não-culpabilidade.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral: volume 1*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BORGES, Maria Cecília Mendes. *Concurso público: controle administrativo e jurisdicional do acesso às funções públicas*. 2007. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

BRASIL. Comando da Marinha. Diretoria de Ensino da Marinha. Edital de 3 de julho de 2008a: processo seletivo de admissão ao Corpo Auxiliar de Praças da Marinha. Disponível em: <<https://www.ensino.mar.mil.br/index1.html>>. Acesso em: 03 ago. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01 set. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 18 jan. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Rodoviária Federal. Edital n.º 001/2008 – PRF, de 18 de julho de 2008b. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/dprf2008/arquivos/ED_1_2008_PRF_REABERTURA_FORMI.PDF>. Acesso em: 02 ago. 2011.

BRASIL. Instrução normativa n.º 4, de 8 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/dprf2008/arquivos/IN_04_2007_INVESTIGA___O_SOCIAL_E_OU_FUNCIONAL_1.1.PDF>. Acesso em: 02 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 684. DJ de 9/10/2003a, p. 5. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 9 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 686. DJ de 9/10/2003b, p. 5. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 9 abr. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). São Paulo: Saraiva, 2006, 735 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. 765 p.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE). Edital n.º 1 – CESPE/UnB, de 2 de maio de 2007a. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/_antigos/2007/AGUPROC2007/arquivos/ED_1_2007_AGU_PROCURADOR_COLUNADO.PDF>. Acesso em: 03 ago. 2008.

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Ficha de informações confidenciais (FIC) para o Edital n.º 1 – CESPE/UnB, de 2 de maio de 2007b. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/concursos/_antigos/2007/AGUPROC2007/>. Acesso em: 03 ago. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

MINAS GERAIS. Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Academia de Polícia Civil. Divisão de Recrutamento e Seleção. Edital n. 01/2008a: concurso público regionalizado. Disponível em: <http://www.acadepol.mg.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=22&Itemid=45>. Acesso em: 03 ago. 2008.

MINAS GERAIS. Edital n. 01/2008b: concurso público para o cargo de juiz de direito substituto do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www6.tjmg.gov.br/ejef/files/concursos/juiz_2008/edital_2008.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2008.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin, in FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (org.). *Direito civil: atualida-*

des III - princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 1-36.

OLIVEIRA, Eduardo Santos de. *Concurso público: a compatibilização dos requisitos legais e das exigências editalícias com o princípio constitucional da plena acessibilidade: a razoabilidade como critério diretor*. 2004. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DAS NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

1. Os artigos deverão ser encaminhados à Revista pelo *e-mail* 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.

1.1. 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).

1.2. A partir de 2009 o sistema de avaliação será obrigatoriamente o “*duplo blind peer review*”.

2. A Revista *Jurisvox* reserva-se o direito de alterar os originais, no sentido de adequá-los às normas de seu padrão editorial.

3. 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.

4. 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.

5. Os trabalhos recusados não serão devolvidos.